



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ola Jingryd

Nätverksöverföringar
- vilka upphovsrättsliga förfoganden sker och vem
ansvarar?

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Ola Svensson

Immaterialrätt, IT-rätt

VT 2000

Innehåll

- VILKA UPPHOVSRÄTTSLIGA FÖRFOGANDEN SKER OCH VEM ANSVARAR?	1
SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte	5
1.2 Problemet	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod	7
1.5 Material	9
1.6 Forskningsläge	10
1.7 Disposition	11
2 UPPHOVSRÄTTSLIG INTRODUKTION	13
2.1 Allmänt	13
2.2 Internationellt samarbete	13
2.3 Bakomliggande hänsyn	14
2.4 Skyddet	16
2.4.1 Vad skyddas?	16
2.4.2 Verkshöjd	17
2.5 De ekonomiska rättigheterna	17
2.5.1 Exemplarframställning	18
2.5.2 Tillgängliggörande för allmänheten	19
2.5.2.1 Offentligt framförande	19
2.5.2.2 Offentlig visning	20
2.5.2.3 Spridning av exemplar	20
2.6 De ideella rättigheterna	21
2.7 De närstående rättigheterna	22
2.8 Intrång och ansvar	22
2.8.1 Intrångsbedömningen	22
2.8.2 Ansvar	23
3 VAD HÄNDER OCH VEM GÖR VAD?	24
3.1 Teknologin	24
3.1.1 Packet switching	24
3.1.2 Olika överföringar	25
3.1.3 Kopior på vägen	26
3.2 Parterna	28

4	EXEMPLARFRAMSTÄLLNING	29
4.1	Inledning	29
4.2	Tillfälliga kopior: olika lösningar	30
4.2.1	WCT och WPPT	30
4.2.2	EG-rätt	31
4.2.3	Amerikansk rätt	32
4.2.4	Svensk rätt	34
4.3	Sammanfattning och kommentar	35
5	TILLGÄNGLIGGÖRANDE	37
5.1	Inledning	37
5.2	Olika lösningar	39
5.2.1	WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet - överföring till allmänheten	39
5.2.2	Svensk rätt - framförande och visning	40
5.2.2.1	Offentlighetsrekvisitet	40
5.2.2.2	Interaktivitet	41
5.2.2.3	Visningsrättens konsumtion	43
5.3	Sammanfattning och kommentar	44
6	SPRIDNING	46
6.1	Inledning	46
6.2	Olika lösningar	46
6.2.1	WCT	46
6.2.2	Det föreslagna upphovsrättsdirektivet	47
6.2.3	Svensk rätt	47
6.2.3.1	Åtgärd riktad till allmänheten	48
6.2.3.2	Förekomsten av ett exemplar	48
6.2.3.3	Exemplaret skall överlåtas	49
6.3	Sammanfattning och kommentar	49
7	PARTERNAS ANSVAR	52
7.1	Inledning	52
7.2	Inmataren och slutanvändaren	52
7.2.1	Inmataren	52
7.2.2	Slutanvändaren	53
7.2.2.1	Webbläsning	53
7.2.2.2	Nedladdning och utskrifter	54
7.3	Mellanhänderna	57
7.3.1	Bakgrund	57
7.3.2	Upphovsrättsligt ansvar	57
7.3.2.1	Amerikansk rätt	57
7.3.2.2	Svensk rätt	58
7.3.3	Värdtjänst innehavaren	59
7.3.3.1	E-handelsdirektivet	59
7.3.3.2	Svensk rätt – “BBS-lagen”	60
7.3.4	Internetleverantören	62
7.3.4.1	E-handelsdirektivet	62

7.3.4.2	Svensk rätt	63
7.3.5	Nätverksoperatören	64
7.4	Sammanfattning och kommentar	64
8	AVSLUTNING	66
8.1	Slutsatser	66
8.1.1	Ensamrätterna	66
8.1.2	Ansvarsfrågorna	67
8.2	Föreslagna åtgärder	69
8.3	Avslutande kommentar	70
BILAGA A: ORDLISTA		71
BBS		71
processor		71
proxyserver		71
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		73
Källor		73
Refererade webbplatser		75
Litteratur		76
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		78
Svenska rättsfall		78
Amerikanska rättsfall		78

Sammanfattning

Den digitala tekniken i allmänhet och Internet i synnerhet har radikalt förändrat utnyttjandet av upphovsrättsligt skyddade verk. Genom överföringar av filer i nätverk kan verk distribueras och nyttjas utan att de traditionella kanalerna används. Till följd härav har förutsättningarna för bevakning och utövande av rättigheter ändrats. Frågan uppstår om dagens lagstiftning täcker de nya utnyttjandeformerna, eller om ny lagstiftning behövs. Internet har också gett allt fler människor möjlighet att med små medel göra omfattande intrång i rättigheter till skyddade verk, intrång som ofta är svåra att stävja. Frågan uppstår därför vem som kan hållas ansvarig för intrång som begås på Internet. De problem som uppstått i praktiken har varit av grundläggande karaktär, och fortfarande finns ingen konsensus i Sverige om hur de skall lösas. Av den anledningen behandlar jag i denna framställning de två grundläggande frågeställningarna kring nätverksöverföringar. För det första; vilka ensamrätter aktualiseras? För det andra; vem ansvarar för förfogandena?

Upphovsrättslagen tillerkänner upphovsmän två grundläggande ensamrätter; rätten att framställa exemplar av verken och rätten att göra dem tillgängliga för allmänheten (2 §). Ett verk kan göras tillgängligt för allmänheten genom offentligt framförande, offentlig visning eller genom spridning av exemplar.

Att digital lagring som sådan utgör exemplarframställning följer av att upphovsrättslagen inte är beroende av att viss teknik används; 2 §. Mer problematiskt är hur de tillfälliga kopior i datorers RAM- och cacheminnen som uppstår automatiskt vid nätverksöverföringar skall betraktas. Enligt amerikansk rätt betraktas numer all lagring som exemplarframställning. WIPO-fördragen från 1996 ger inget svar på frågan. I ett förslaget EG-direktiv om harmonisering av upphovsrätten anges att all lagring innebär exemplarframställning, men att sådana tillfälliga kopior som följer av nätverksöverföringar skall undantas från ensamrätten. Den svenske lagstiftaren har hittills valt att inte alls betrakta tillfälliga kopior som exemplar. Denna hållning torde med hänsyn till gemenskapslagstiftningen inom kort få överges.

Offentligt framförande och visning aktualiseras så fort ett verk görs tillgängligt i ett nätverk som en obestämd krets människor har tillgång till, dvs. bl a Internet. Slut användarens aktivitetsgrad ändrar inte bedömningen. WIPO-fördragen och det föreslagna upphovsrättsdirektivet inför en ny ensamrätt, överföring till allmänheten, som omfattar både framförande och visning. Denna gäller alla tillgängliggöranden i nätverk. För att komma från problemen att tillämpa framföranderätten på nätverksöverföringar föreslår jag att den nya överföringsrätten införs i upphovsrättslagen.

Spridningsrätten aktualiseras inte vid nätverksöverföringar eftersom spridning kräver att fysiska exemplar överläts. WIPO-fördragen och det

föreslagna upphovsrättsdirektivet innebär härvid ingen ändring i gällande svensk rätt.

Vad avser ansvarsfrågorna är det givetvis i första hand inmataren av information som ansvarar, eftersom det är hon som uppladdar verket (exemplarframställning) och gör det tillgängligt för allmänheten. Slut användaren, som är mottagaren av information, framställer alltid tillfälliga exemplar vid webbläsning. Dessa aktualiserar inget ansvar vare sig enligt svensk rätt eller det föreslagna upphovsrättsdirektivet. Vid permanent lagring eller utskrift framställs emellertid exemplar för enskilt bruk, vilket enligt 12 § är tillåtet utom beträffande datorprogram och databaser. Olovlig permanent lagring av dessa verkstyper kan aktualisera skadeståndsansvar (54 §) och i vissa fall straffansvar (53 §).

Mellanhänders – dvs. nätverksoperatörers, värdtjänst innehavares och Internetleverantörers - ansvar regleras hittills av 23 kap. BrB, dvs. reglerna om medverkansansvar. Straffansvar aktualiseras om mellanhanden kan anses med råd eller dåd ha främjat ett brottsligt intrång (23 kap. 4 §). I ett nytt EG-direktiv om elektronisk handel införs ansvarsbegränsningar för dessa parter. Dessvärre har man försummat att införa ansvarsbegränsningar för söktjänst innehavare. Eftersom samma företag ofta erbjuder fler än en tjänst kan ansvarsbegränsningarna därför i praktiken bli verkningslösa. Frågan har börjat utredas på gemenskapsnivå och kan ge upphov till vidare regleringar.

Förkortningar

BBS	Bulletin Board System.
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886).
BrB	Brottsbalk
DMCA	Digital Millennium Copyright Act.
EIPR	European Intellectual Property Review, London.
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade.
HTML	Hypertext Markup Language.
IP	Internet Protocol.
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet.
KODA	Komponister i Danmark.
Mp3	Moving Pictures Experts Group, Audio Layer 3.
NCB	Nordic Copyright Bureau.
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd, Stockholm.
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I.
PDF	Portable Document Format.
Prop.	Regeringens proposition.
RAM	Random Access Memory.
RF	Regeringsform.
SkL	Skadeståndslag.
SOU	Statens offentliga utredningar.
STIM	Svenska tonsättares internationella musikbyrå.
SvJT	Svensk juristtidning.
TCP	Transmission Control Protocol.
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated.
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization.
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WTO	World Trade Organization.

1 Inledning

1.1 Syfte

De senaste åren har inneburit en smärre teknisk revolution. Den digitala teknologin, genom vilken information bryts ned i en binär kod av ettor och nollor, har omkullkastat den vedertagna ordningen och skapat en rad nya sätt att utbyta och hantera information. Detta har inte minst påverkat utnyttjandet av upphovsrättsligt skyddade verk. För det första kan verk *mångfaldigas med oförändrad kvalitet*. Då även gemene man har tillgång till tekniken kan mångfaldigande dessutom ske i mycket stor omfattning. För det andra kan information, och därmed skyddade verk, *fixeras på fler olika sätt än förr* – disketter, CD-ROM, DVD, datorers hårddiskar, etc. För det tredje medför Internet att information kan överföras med en otrolig fart från en plats till en annan. Kommunikationsteknologin i kombination med kopiering till valfri bärare utan kvalitetsförsämring har gjort att informationen har blivit *självständig i förhållande till sina bärare*. Därmed försvinner vissa centrala premisser upphovsrätten traditionellt grundats på.¹

Utvecklingen skapar utmaningar för rättsordningen. Spaltmeter har skrivits om i vad mån befintliga regelverk kan appliceras på den nya tekniken och huruvida lagändringar behövs för att reglera upphovsrättsliga förfoganden på framför allt Internet. Resultaten har varierat, och har ofta varit mindre tillfredsställande. Orsakerna till det är flera, varvid bristande kunskap om tekniken per se torde tillhöra de främsta. Bristande upphovsrättslig professionalism i kombination med svårigheten att hantera marknadens globalisering har också lyfts fram som orsak, varvid frågan har väckts om specialdomstolar för upphovsrättsliga frågor bör införas². Det är måhända något drastiskt, men faktum är att de tekniska landvinningarna ställt upphovsrättsliga resonemang på sin spets på ett aldrig tidigare skådat sätt, varvid både lagstiftaren och domstolarna s a s tagits på sängen.

Tvehågsenheten har lett till ett osäkert rättsläge, vilket givetvis påverkar marknad och samhälle negativt. För det första försvårar ett oklart rättsläge rättighetsklarering och affärsmässiga bedömningar. För det andra leder det till att en av rättsordningens grundpelare urholkas, då rättigheter inte effektivt kan upprätthållas i domstolarna.

En del av problemen kan kanske spåras till rättsordningens hittillsvarande roll som sådan. Den är traditionellt *reaktiv* och eftertänkande. Det har inneburit att företeelser och problem har uppstått först, medan

¹ Se t ex Olsson, Henry, *Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt*, 6:e uppl., Stockholm 1998, s. 314 ff.

² Karnell, Gunnar, *Den odrägliga upphovsrätten*, NIR 1997 s. 373 f.; Eklund, *Copyright and the Internet – an International Issue*, JT 1999-2000 s. 38 ff.

rättsordningen hela tiden varit ett par steg efter och efter bästa förmåga sökt hålla takt med utvecklingen – något man ofta misslyckats med. Av den anledningen kan det visa sig nödvändigt att rättsordningen blir *proaktiv*, dvs. att utvecklingen av teknik, tjänster och marknadsstrukturer sker med beaktande i varje led av aktuella juridiska frågeställningar.

Ett annat problem är avsaknad av global rättsenhet. Där marknaden, tekniken och tjänsterna är globala, är juridiken geografiskt begränsad och heterogen. Därför behövs tveklöst en *internationell harmonisering* av det upphovsrättsliga skyddet. Upphovsrätten har härvid en bättre sits än många rättsområden eftersom den till stora delar uppstått genom internationellt samarbete; se nedan 2.2. Samarbetet fortsätter inom ramarna för WIPO (World Intellectual Property Organization), WTO (World Trade Organization) och EU, vilket får betraktas som positivt.

Av de tre grundläggande problemen – bristande upphovsrättsligt kunnande, en av hävd reaktiv rättsordning samt bristande internationell harmonisering – pågår arbetet med att avhjälpa det sistnämnda. Den bristande kunskapen och rättsordningens reaktiva natur kvarstår emellertid, med därav följande rättsliga osäkerhet. För att avhjälpa dessa problem krävs att allt fler får en mer gedigen förståelse för såväl upphovsrätt som teknik och tjänster. Det första steget för att uppnå detta är att rekapitulera och sammanfatta den nya teknikens inverkan på utnyttjandet av litterära och konstnärliga verk, och avgöra vilken typ av regleringar som krävs för en effektiv och rimlig hantering. Detta skall hela tiden sättas i samband med gällande rätt för att finna rimliga lösningar, genom att dels identifiera de problem vars lösning redan finns i gällande rätt och de som kräver ytterligare överväganden och/eller regleringar, dels uppmärksamma de frågor som framgent kommer att existera.

1.2 Problemet

De problem som uppstått i samband med överföringar på Internet och andra nätverk är till stora delar av grundläggande karaktär. Det har orsakat stort huvudbry att precisera vilka typer av upphovsrättsliga förfoganden som äger rum, samt vem som ansvarar för dessa förfoganden. För att lämna ett litet bidrag till det nödvändiga förtydligandet och nyanseringen av den upphovsrättsliga diskussionen kring nätverksöverföringar avser jag därför att i följande framställning behandla dessa frågor med utgångspunkt i såväl den upphovsrättsliga traditionen som utvecklingen kring teknik, tjänster och internationaliseringen av upphovsrättens utformning.

De frågor jag avser behandla och besvara är således:

1. *Vilka upphovsrättsliga förfoganden sker vid nätverksöverföringar av skyddade verk; m a o, vilka ensamrätter aktualiseras?*
2. *Vem ansvarar för dessa förfoganden?*

1.3 Avgränsningar

Nätverksöverföringar av skyddade verk är ett relativt brett begrepp. Det vore utrymmesmässigt orimligt att i detalj behandla alla typer av förfoganden på Internet. Av pedagogiska skäl har jag därför valt att ta sikte främst på vanlig *webbläsning* och *överföring av filer* innehållande skyddade verk, t ex musikfiler i Mp3-format. Framställningen täcker även *streaming*, dvs. kvasiutsändningar via nätet; se nedan 3.1.2. Övriga företeelser faller utanför ramarna för framställningen, även om samma regler givetvis kan gälla för dem. En aktuell fråga är t ex huruvida *länkning* till skyddat material utgör någon form av upphovsrättsligt förfogande. Jag har valt att helt utelämna frågan från framställningen med hänsyn till, för det första, att länkning faller utanför ramarna för den typiska överföringen (även om det i praktiken ofta är ett moment vid webbläsning) och redan av den anledningen förtjänar en egen diskussion samt, för det andra, att frågan av utrymmesskäl inte rimligen kan tas upp här.³

Internet har givetvis otaliga olika aktörer, varav inte alla kan behandlas här. Av den anledningen har jag valt att begränsa mig till de aktörer som oftast är inblandade i och omkring en överföring; se nedan 3.2. I konsekvens med att länkning inte tas upp faller *söktjänster* utanför ramarna för framställningen. Söktjänster tas visserligen upp kort i 7 kap., men jag gör ingen materiell bedömning i de frågor som uppstår i samband med dem.

1.4 Metod

När det gäller den metod jag använt mig av skall vissa anmärkningar först göras. För det första gör upphovsrättens internationalisering att *gränsen mellan svenska och utländska rättskällor suddas ut* i vissa avseenden. För det första är EG-rätten en svensk rättskälla av samma dignitet som traditionella inhemska rättskällor. För det andra utformas upphovsrätten till stora delar inom ramarna för WIPO, som är en s.k. Specialized Agency under FN. Sverige tillhör medlemsländerna i WIPO och är således med och utformar organisationens plattform och traktater. Traktater och andra regelverk som utformats inom ramarna för det internationella samarbetet torde således också de vara relevanta källor i svensk rätt. Visserligen måste traktater undertecknas och ratificeras av tillräckligt många parter för att reglerna skall bli giltiga, men ibland utgör ännu inte ikraftträdna traktatregler de enda existerande normerna, varför de tjänar som inspirationskälla för upphovsrätten i alla medlemsländer. De nya WIPO-fördragen från 1996 används därför ibland som rättskälla trots att de ännu

³ Den intresserade kan t ex se Julià-Barceló, Rosa, *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks*, [2000] E.I.P.R., s. 113 ff., med där angivna hänvisningar.

inte trätt ikraft (beträffande ikraftträdandet se nedan 1.6)⁴. I Mp3-målet⁵ använde HD såväl WIPO-fördragen som ett föreslaget EG-direktiv om harmonisering av upphovsrätten som tolkningsunderlag i ett fall om länkning; se nedan 1.6. Eftersom det föreligger behov av regler i snabbare takt än lagstiftningsprocessen medger, är detta oundvikligt.

För det andra medför behovet av internationell harmonisering att *komparativa studier* är mer relevanta än någonsin. Liksom tidigare är de givetvis av intresse som inspirationskälla. Kanske ännu viktigare är emellertid att reglerna internationellt sett inte bör avvika i alltför hög grad, eftersom datornätverken och därav följande marknader är globala. För att åstadkomma detta krävs att regler och praxis vilar på samma grund, vilket i sin tur kräver att utländsk rätt beaktas i sammanhang som detta. Det främsta studieföremålet härvid är givetvis amerikansk rätt. Det främsta skälet härför är att Internet uppstod i USA, varför man där har längst erfarenhet av problematiken. Av olika anledningar är amerikansk rättspraxis också både diger och utförlig, vilket har bidragit till en nyanserad diskussion.

Det sagda innebär att en studie av enbart inhemska svenska rättskällor vore otillräcklig.⁶ Även om det är det svenska rättsläget som skall utredas och utvärderas, är det nödvändigt att beakta internationella fördrag och gemenskapslagstiftning som tolkningsunderlag, även i sådana fall där reglerna ännu inte trätt i kraft. Inom kort kommer Sverige dessutom att vara bundet av såväl fördragen som gemenskapslagstiftningen; jfr. nedan 1.6. Av den anledningen behandlar jag WIPO-fördragen från 1996 och gemenskapslagstiftningen jämsides med den inhemska svenska rätten, för att i slutet av varje kapitel sammanjämka dem i en analys av rättsläget.

Framställningen är både deskriptiv och normativ till syfte och natur. Det innebär att jag redogör för gällande rätt och kommande rättsakter och tolkar bestämmelser på sedvanligt sätt, samt analyserar och kommenterar materialet. Analysen sker fortlöpande, men man bör skilja mellan två typer av analys. Den första typen innebär att bestämmelser tolkas för att utröna vad de rimligen betyder och i vad mån de kan appliceras på specifika fall. Den andra typen, som är den mer normativa, innebär att rättsläget kommenteras och vissa lösningar föreslås. I vissa fall kan det tyckas röra sig om bägge typerna, t ex när rimlighetsbedömningar görs vid tolkning av bestämmelser. Där bedömningen sker med utgångspunkt i allmänna immaterialrättsliga, straffrättsliga eller rättsteoretiska principer rör det sig dock fortfarande om tolkning av gällande rätt och inget annat. För tydlighetens skull sammanfattar jag i slutet av varje kapitel mina egna reflektioner i frågorna.⁷

⁴ Se t ex Hayes, David L., *Advanced Copyright Issues on the Internet*, 1998-99 Fenwick & West,

http://www.fenwick.com/pub/ip/pubs/Advanced_Copyright_2000/advanced_copyright_2000.htm (2000-08-03) under II.A.3.

⁵ Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00.

⁶ Jfr. Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Stockholm 1995, s. 35 ff.

⁷ Jfr. Peczenik, s. 50 f.

1.5 Material

Till den del framställningen behandlar svenska rättskällor avviker jag inte från gängse mönster beträffande materialet, även om jag anser det vara av värde att förhålla sig självständig i förhållande till sina källor. Svensk upphovsrätt styrs till stora delar av Auktorrättskommitténs betänkande, SOU 1956:25. Betänkandet låg till grund för upphovsrättslagen och är därför givetvis en viktig källa. Bortsett från en del frågor som av naturliga skäl inte kunde tas upp när betänkandet skrevs, är dess slutsatser fortfarande giltiga och betraktas i de flesta sammanhang som en god källa till var svensk upphovsrätt står.

När det gäller doktrin är Henry Olsson en respekterad aktör, och hans verk kan betraktas som de mest tillförlitliga inom doktrinen. Mogens Koktvedgaard och Marianne Levin manifesterar det nordiska samarbetet inom immaterialrätten genom sin "Lärobok i immaterialrätt", ett gediget standardverk som dock inte har upphovsrätt som främsta område. Nordiskt immateriellt rättsskydd, NIR, är vårt främsta diskussionsforum på området. Klokheten i de ståndpunkter som vädras där varierar självfallet beroende på skribenten. Från NIR har jag bl a hämtat Kasper Heines artikel "Medverkansansvaret för ophavsrettskränkelse på Internet", som behandlar ansvarsfrågor, och Katariina Rajalas "Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö", som liksom titeln avslöjar behandlar exemplarframställning.

Beträffande gemenskapslagstiftningen och WIPO-fördragen använder jag till stora delar artiklar hämtade ur EIPR, European Intellectual Property Review, som källor. Författarna har vitt skilda ursprung och erfarenheter, vilket bidrar till en gedigen och totalt sett tillförlitlig kunskapskälla till (bl a) gemenskapslagstiftningen.

När det gäller amerikansk rätt finns en diger flora av artiklar, som liksom lagtexten ofta publiceras på Internet. Jag använder här dels en artikel skriven av David L. Hayes, *Advanced Copyright Issues on the Internet*, dels en rapport till Copyright Office⁸ från 1998, skriven av professor I. Trotter Hardy.

Den tekniska redogörelsen i 3 kap. är grundläggande. Jag har därför nöjt mig med sådan information som funnits tillgänglig på olika webbplatser. Bland dessa märks en artikel skriven av Scot Finnie, *How the Net Works*, tillgänglig på www.cnet.com (se nedan 3.1.1), samt Streaming Media Worlds webbplats, www.streamingmedia.com (se nedan 3.1.2). I övrigt har jag använt de tekniska redogörelser som gjorts i olika juridiska dokument.

⁸ Copyright Office är en federal myndighet som sorterar under Library of Congress och som hanterar upphovsrätter i USA; <http://www.loc.gov/copyright/> (2000-08-15).

1.6 Forskningsläge

Frågor om förfoganden och ensamrätter har diskuterats flitigt de senaste åren, och har gett upphov till viss reglering. På det internationella planet tillkom i december 1996 två nya fördrag i WIPO:s regi, *WIPO Copyright Treaty (WCT)* och *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*⁹. Fördragen har ännu inte trätt ikraft; för det krävs att 30 stater ratificerar dem (art. 20 resp. art. 29), vilket endast 16 stater hade gjort den 15 juli 2000¹⁰. Målet är att fördragen skall träda ikraft senast december 2001¹¹. Genom fördragen klargörs flera, om än inte alla, aspekter av förfoganden vid nätverksöverföringar. Bl a införs en ny ensamrätt, överföring till allmänheten (se nedan 5.2.1).

EU har vidtagit åtgärder i förhållande till WCT och WPPT. I skrivande stund (augusti 2000) finns ett ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM (1999) 250 slutlig¹², som efter remiss i parlamentet antogs i nuvarande form i maj 1999. Direktivförslaget innehåller regler i samklang med WIPO-fördragen, bl. a. om tillgängliggörande i datornätverk (överföring till allmänheten; se nedan 5.2.1) och digital exemplarframställning. Tanken är bl a att direktivet skall möjliggöra medlemsstaternas ratificering av WIPO-fördragen¹³.

I Sverige är frågorna om förfoganden fortfarande oklara. Diskussionen i doktrinen är relativt nyanserad och i växande grad samstämmig så att man kan tala om vissa klara ståndpunkter. Att påstå detsamma om den svenske lagstiftaren vore emellertid en överdrift¹⁴. Rättspraxis visar också på svårigheter att hantera frågorna under nuvarande lagstiftning, även om domstolarnas kompetens gradvis tycks anpassas efter utvecklingen. Ett exempel härpå är HD:s nyligen avkunnade dom i Mp3-målet¹⁵. Det ovan nämnda förslaget till EG-direktiv om upphovsrätt har liksom WIPO-fördragen diskuterats mycket sparsamt i Sverige, troligtvis beroende på att ingen av rättsakterna ännu har trätt ikraft. Som nämnts ovan 1.4 använde HD dock både WIPO-fördragen och det föreslagna upphovsrättsdirektivet som tolkningsunderlag i Mp3-målet, vilket kan ses som ett tecken på en öppnare och mer internationaliserad svensk diskussion.

Frågor kring ansvar diskuteras på flera nivåer. Man har dock valt olika lösningar. EU har lagstiftat i frågan genom Europaparlamentets och rådets

⁹ Fördragen finns i fulltext på <http://www.wipo.org/eng/main.htm>, under "Intellectual Property" och sedan "Texts of WIPO Administered Treaties" (2000-08-07).

¹⁰ Se <http://www.wipo.org/eng/main.htm>, under "Intellectual Property" och sedan "Status of Adherences to WIPO Administered Treaties" (2000-08-07).

¹¹ Se <http://ecommerce.wipo.int/agenda/agenda-en.doc> (2000-08-04).

¹² Direktivförslaget finns i fulltext på http://europa.eu.int/eur-lex/sv/com/dat/1999/sv_599PC0250.html (2000-08-07).

¹³ Premiss 11 i preamble till det ursprungliga direktivförslaget, KOM (1997) 628.

¹⁴ Se text nedan 4.2.4.

¹⁵ Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00.

direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden. Direktivets lösning är horisontell, dvs. det rör inte endast ansvar för upphovsrättsintrång utan även annan brottslig verksamhet som kan begås på Internet. WIPO har diskuterat frågan i möten som ägde rum hösten 1999, men då utifrån ett rent upphovsrättsligt perspektiv¹⁶.

I svensk rätt är ansvarsfrågorna ganska öppna. I BBS-målet, NJA 1996 s. 79, uppkom frågan om BBS-innehavares ansvar för upphovsrättsintrång. Fallet vållade viss debatt och ledde till lagstiftning, lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor. Liksom EG-direktivet är lösningen horisontell och avser även annan brottslig verksamhet, men lagen är endast tillämplig på elektroniska anslagstavlor och reglerar därför långt ifrån alla relevanta ansvarsfrågor. I övrigt gäller vanliga upphovsrättsliga ansvarsregler. I nordisk doktrin behandlar Kasper Heines ovan nämnda artikel i NIR medverkansansvar vid upphovsrättsintrång på Internet, enligt dansk rätt jämfört med EG-direktivet. Diskussionen är annars påver och inga tydliga svar har presenterats.

1.7 Disposition

Närmast följer en introduktion till de delar av upphovsrätten i stort som är relevanta för framställningen, dvs. som behövs för förståelsen av frågorna. Bland annat redogörs för de relevanta rättsakterna och ensamrätterna. Därefter följer i 3 kap. en kortfattad och förenklad redogörelse för tekniken kring nätverksöverföringar. Jag har härvid hållit mig till grunderna och typfallen, vilket enkelt förklaras med att framställningen är skriven av en jurist för jurister¹⁷. I samma kapitel ges en kortfattad introduktion till de relevanta parterna vid överföringar.

I 4-6 kap. behandlas framställningens första frågeställning, dvs. vilka ensamrätter som aktualiseras vid nätverksöverföringar, enligt följande: exemplarframställning i 4 kap., tillgängliggörande i 5 kap. och spridning i 6 kap. Spridning är egentligen en form av tillgängliggörande, varför min uppdelning skiljer sig från den traditionella. Tilltaget motiveras nedan 5.1.

7 kap. behandlar framställningens andra frågeställning, dvs. parternas ansvar för de olika förfogandena vid nätverksöverföringar. Jag utgår härvid från varje parts respektive ansvar istället för de olika rättsakterna. Det är annars vanligt att behandla de olika rättsakterna separat, för att sedan jämföra dem med varandra. Eftersom min frågeställning kring ansvar är *vem* som ansvarar har jag istället valt att utforma kapitlet efter parterna – inmataren, Internetleverantören, etc. Det sker givetvis på bekostnad av en enhetlig redogörelse för de relevanta rättsakterna. Av pedagogiska skäl anser jag emellertid denna uppdelning vara den bästa. I 7 kap. behandlas även inskränkningar i upphovsrätten enligt 2 kap. URL, trots att dessa frågor

¹⁶ Se <http://www.wipo.int/eng/meetings/1999/osp/index.htm> (2000-08-03).

¹⁷ ☺.

egentligen är att hänföra till ensamrätterna. Eftersom t ex lovlig exemplarframställning för enskilt bruk (12 §) i praktiken är intimt förknippad med ansvarsfrågorna har jag valt att behandla regeln som en integrerad del i dessa frågor.

2 Upphovsrättslig introduktion

2.1 Allmänt

Upphovsrätten regleras i Sverige genom lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Skyddet innebär med vissa inskränkningar att upphovsmannen har ensamrätt att på olika sätt förfoga över sitt verk. Härvid görs en uppdelning i de ekonomiska och de ideella rättigheterna; se nedan 2.6 och 2.7. En tanke med upphovsrätten är att den skall tjäna att stimulera tillkomsten av nya verk till allas glädje; se nedan 2.3.

Upphovsrätten har internationellt sett två större traditioner; dels den kontinentaleuropeiska *droit d'auteurs*-regimen, dels den angloamerikanska copyrightregimen. Skillnaden dem emellan är fundamental. Där den förra är sprungen ur idén om en moralisk rätt hos upphovsmannen till sin intellektuella skapelse, var copyrightregimen från början ett konkurrensrättsligt betingat privilegium där upphovsmannen tillerkändes ensamrätt att bestämma över tryckning och distribution av sina alster. De främsta skillnaderna består däri, att den kontinentaleuropeiska traditionen mycket starkare betonar upphovsmannens ideella rättigheter.¹⁸

I Norden står vi närmast den kontinentaleuropeiska traditionen, men kanske närmare Tyskland än Frankrike¹⁹. Den svenska upphovsrättslagen tillkom efter långvarigt nordiskt samarbete på området, och dess främsta svenska underlag utgörs av Auktoritetskommitténs betänkande, SOU 1956:25, och prop. 1960:17. Sedan dess har förstås åtskilliga ändringar och tillägg införts, som det dessvärre inte finns utrymme att redogöra närmare för här.

2.2 Internationellt samarbete

1886 tillkom *Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk* (BK).²⁰ Konventionen syftar till att erbjuda upphovsmän i alla medlemstater ett *minimiskydd*, och att de i varje medlemsstat skall åtnjuta samma skydd som landets medborgare, principen om *nationell behandling*. Däremot understryks att upphovsrätten är *territoriell*. En svensk författare som beivrar intrång i Danmark gör således sin danska upphovsrätt gällande. Därtill stadgar BK att upphovsrätten skall tillkomma *formlöst*, ett krav som bl. a. gjorde att USA inte tillträdde konventionen förrän 1988.²¹ För att

¹⁸ Jfr. Olsson 1998, s. 25 f.

¹⁹ I SOU 1956:25 görs flera komparativa studier av tysk rätt i syfte att belysa utvecklingen.

²⁰ Konventionen finns tillgänglig på <http://www.wipo.org/eng/main.htm>, under "Intellectual Property" följt av "Texts of WIPO Administered Treaties" (2000-08-11).

²¹ Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 6:e uppl., Stockholm 2000, s. 39 f.

sammanjämka olika traditioner tillkom 1952 *Världskonventionen om upphovsrätt*, administrerad av UNESCO i Paris, som tillåter vissa formkrav.²² En annan central konvention är *Romkonventionen om skydd för utövande konstnärer* (RomK) från 1961. Sverige är bundet av samtliga konventioner och de senaste ändringarna.²³

Bern- och Romkonventionerna administreras av WIPO (World Intellectual Property Organization), en s.k. *Specialized Agency* under FN med säte i Genève. Organisationens arbete har inte till fullo uppskattats av alla, varför man inom ramarna för GATT har utformat *TRIPS-avtalet* (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), som trädde ikraft 1995.²⁴ Som namnet utlovar har avtalet främst handelspolitiska överväganden för ögonen och riktar sig i mycket till utvecklingsländerna, med sikte bl a på den omfattande handeln med piratkopior av skyddade verk; jfr nedan 2.3.

1996 års WIPO-fördrag, WCT och WPPT, har nämnts ovan 1.6. Dessa utgör protokoll till BK, och syftar till att rusta upphovsrätten för digital kommunikation i informationssamhället. Bl a införs nya regler om tillgängliggörande för allmänheten av verk i datornätverk; se nedan 5 kap.

EU har i arbetet med den inre marknaden alltmer kommit att fokusera på immaterialrätter, inte minst upphovsrätt. Man har utfärdat en rad direktiv för att harmonisera medlemsländernas lagstiftning, bl. a. rådets direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, rådets direktiv 92/100/EEG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter mm. och Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG om upphovsrättsligt skydd för databaser. Som nämnts ovan 1.6 finns just nu ett förslag till direktiv om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, som syftar till att harmonisera medlemsländernas lagstiftning och möjliggöra deras ratificering av WCT och WPPT.

2.3 Bakomliggande hänsyn

Det är enligt min mening viktigt att ha upphovsrättens bakomliggande hänsyn i åtanke. Detta är desto mer sant när man diskuterar vilka, om några, ändringar som måste göras för att tillgodose tidens behov.

Det första och kanske mest centrala argumentet för ensamrätten är *var och ens rätt till vad man skapat*. Det är en gammal och vedertagen princip att var och en har rätt att njuta frukterna av sitt arbete. Detta gäller även intellektuella skapelser. I grunden har således upphovsmannen äganderätt till sitt verk. Det har bl. a. uttryckts så, att "arbetaren är sin lön värd"²⁵.

²² Kocktvedgaard, Levin, s. 40; Olsson 1998, s. 278 ff.

²³ Kocktvedgaard, Levin, s. 37, 40 och 41.

²⁴ Kocktvedgaard, Levin, s. 37 f. TRIPS-avtalet finns tillgängligt på http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (2000-08-11).

²⁵ SOU 1956:25 s. 85.

Denna moraliskt betingade "intellektuella äganderätt" betonas särskilt i den kontinentaleuropeiska rättstraditionen.²⁶ Tanken ligger även bakom art. 27(2) i FN:s deklaration om mänskliga rättigheter: "[e]veryone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary, or artistic production of which he is the author"²⁷.

Det andra argumentet, som också är det mest framhävda, är *samhällsekonomiska och kulturpolitiska hänsyn*. Genom att tillförsäkras kontroll över sina verk uppmuntras upphovsmännen att publicera sina verk, varigenom andligt skapande stimuleras, vilket anses komma alla till godo.²⁸ Incitamentet består dels i den ekonomiska avkastningen, dels i möjligheten att själv disponera över nyttjandet. Det kulturpolitiska perspektivet är ganska klart, och betonas föga överraskande främst i Europa²⁹. Det samhällsekonomiska perspektivet kommer sig av att de branscher som hanterar upphovsrättsligt skyddade verk omsätter enorma summor och utgör märkbara andelar av världsekonomin. Det märks också tydligt i senare års tendens att vilja skydda avsevärda investeringar. Tillskapandet av verk kan som bekant vara förenat med höga kostnader.³⁰

På senare tid har *handelspolitiska hänsyn* gjort sig alltmer gällande, inte minst genom TRIPS-avtalet. Detta är något upphovsrätten delar med övriga immaterialrätter. I diskussionerna mellan USA och Kina har piratkopiering av musikverk och datorprogram varit ett hett ämne, och det av WTO administrerade TRIPS-avtalet handlar i mycket om beivrande av immaterialrättsintrång.³¹

Informationsfriheten är en grundpelare i demokratin och är därför ständigt aktuell i upphovsrättssammanhang. Inte minst i samband med utvecklingen av Internet har idén om ett fritt informationsflöde slagit rot på somliga håll, vilket tycks vara motsatt upphovsrätten. Det är i och för sig inte informationen per se som omfattas av ensamrätten utan den individuella utformningen (se nedan 2.4.2), men ensamrätten till verken som innehåller informationen kan tyckas skapa en monopolsituation kring viss information. Av den anledningen finns bl. a. specialregler för bibliotek och utbildning; se 13, 14, 16, 17 och 18 §§ URL. Informationsfriheten är också en av grunderna till konsumtionsregeln i 19 §, även om den bestämmelsen också har andra bakomliggande hänsyn.

²⁶ Olsson 1998, s. 29.

²⁷ Deklarationen finns tillgänglig på <http://www.un.org/Overview/rights.html>.

²⁸ Olsson 1998, s. 29.

²⁹ Jfr. p. 10.b i preamble till det föreslagna upphovsrättsdirektivet, KOM (1999) 250 slutlig.

³⁰ Jfr Olsson 1998, s. 30.

³¹ Olsson 1998, s. 30 f.

2.4 Skyddet

2.4.1 Vad skyddas?

Upphovsrätten skyddar litterära och konstnärliga verk, vilka finns uppräknade i 1 § URL. Skyddet varar i 70 år efter upphovsmannens död (43 §); där flera upphovsmän finns gäller den senast avlidne. Av 1 § framgår att ett verk inte måste vara en kulturyttring i snäv bemärkelse. Således åtnjuter även beskrivande verk som facklitteratur och bruksanvisningar skydd. Att *datorprogram* skyddas av upphovsrätten som litterärt verk synliggjordes i Sverige redan 1987,³² och fastslogs 1989 genom uttryckligt stadgande i 1 § 1 st. 2p. Upphovsrättsligt skydd för datorprogram påbjuds också i rådets direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, samt i art 10.1 i TRIPS-avtalet och i art 4 i WCT. Till *konstnärliga verk* hänförs musikverk, sceniska verk, filmverk, konstverk, byggnadskonst och brukskonst. Konstverk avser all bildkonst, dvs. fotografier, målningar, skulpturer, etc.³³

Genom rådets direktiv 96/9/EEG om upphovsrättsligt skydd för databaser står det klart att *databaser* åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Databaser är stora samlingar av information, främst lagrade i digital form men även i annan form³⁴. Rent praktiskt kan det röra sig om antologier, uppslagsverk, webbsidor, etc. I svensk rätt känner vi sedan tidigare dels *sammanställningar*, dvs. kompilationer av verk eller verksdelar enligt 5 § URL, samt *katalogskyddet* enligt 49 §. Därför behövdes endast mindre lagändringar vid implementeringen av direktivet. Skillnaden mellan de två bestämmelserna är att skydd enligt 5 § förutsätter att det sätt på vilket man sammanfogat de olika verken eller verksdelarna uppnår verkshöjd; se nedan 2.4.2.

Det kan ibland vara svårt att avgöra vilka element i ett verk som är skyddade, dvs. vad som rent upphovsrättsligt anses utgöra verket. Här brukar det sägas att upphovsrätten är ett *formskydd*, *inte ett idéskydd*. Det innebär att ett verks bakomliggande idéer, tankar eller motiv inte omfattas av skyddet, utan endast den konkreta utformning upphovsmannen valt att ge dessa idéer.³⁵ Idén om en stark och kavat flicka med röda flätor åtnjuter inte skydd. Däremot skyddas Astrid Lindgrens utformning av dessa idéer, nämligen Pippi Långstrump. Samtidigt är skyddet oberoende av konststart och teknik. Man talar härvid om verkets inre respektive yttre form. Karaktären Pippi är verkets *inre form*. Astrid Lindgrens ensamrätt till Pippi Långstrump är inte begränsad till romanform utan gäller även i serieform, teaterpjäs, filmverk, etc. Detta är verkets *yttre form*.³⁶

³² Jfr Hovrätten för Västra Sverige 1987-12-19 dom DB 159.

³³ SOU 1956:25 s. 65, Koktvedgaard, Levin, s. 59.

³⁴ Premiss 13 och 14 i preambeln i direktiv 96/9/EG; prop. 1996/97:111 s. 16; Olsson 1998, s. 44.

³⁵ SOU 1956:25 s. 68 f.

³⁶ SOU 1956:25 s. 98 f.

Liksom idéer skyddas inte heller en upphovsmans stil eller teknik, även i sådana fall där dessa lätt kan kopplas till honom.³⁷ Trots att en viss kompositör kanske alltid använder sig av vissa stilistiska grepp och infallsvinklar, omfattas dessa inte av upphovsrättsskyddet. Att efterhärma stildrag kan visserligen allmänt uppfattas som en konstnärlig stöld, men det utgör inget upphovsrättsintrång.

2.4.2 Verkshöjd

Upphovsrätten skyddar som nämnts litterära och konstnärliga verk, som är resultatet av andligt skapande och uppvisar en viss originalitet och särprägel. Detta kallas *verkshöjd*.³⁸ Verkshöjdskravet innebär för det första att verket skall vara skapat av en *människa*. Verk skapade av djur eller datorer erhåller inte skydd, något som givetvis inte hindrar att verk kan skapas med datorer som verktyg, precis som kompositören kan komponera med hjälp av sitt instrument.³⁹ För det andra skall verket vara nytt för upphovsmannen, s.k. *subjektiv nyhet*. Det får man inte vara fråga om ren efterhärming, vilket även omfattar omedveten efterhärming.⁴⁰ För det tredje skall verket som sådant uppvisa viss *särprägel*. Detta skall inte uppfattas som ett smakbestämt kvalitetskrav, utan som ett minimikrav på originalitet.⁴¹ Kravet varierar beroende på verkstypen, men är i Sverige generellt sett relativt lågt.⁴²

Upphovsrättens internationalisering gör sig gällande även vad gäller verkshöjd. EG-direktivet (91/250/EEG) om rättsligt skydd för datorprogram stadgar i art 1.3 att "[e]tt datorprogram skall skyddas om det är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egna intellektuella skapelse. Inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas". Härmed är ett kvalitativt verkshöjdskrav uteslutet beträffande datorprogram. Exakt vilket genomslag detta fått i Sverige är osäkert, men med hänsyn till utvecklingen lär europeisk praxis bli styrande även för svensk rättstillämpning.⁴³ Dessutom talar direktivet, av vilket Sverige är bundet, sitt tydliga språk.

2.5 De ekonomiska rättigheterna

De ekonomiska rättigheterna räknas upp i 2 § URL. Upphovsmannen har ensamrätt att framställa exemplar av verket samt att göra det tillgängligt för allmänheten. Verk kan göras tillgängliga för allmänheten genom offentligt

³⁷ SOU 1956:25 s. 69.

³⁸ SOU 1956:25 s. 66 f., Olsson 1998, s. 53 ff.

³⁹ Olsson 1998, s. 55.

⁴⁰ Nordell, Per Jonas, *Rätten till det visuella*, Stockholm 1997, s. 363.

⁴¹ SOU 1956:25 s. 69.

⁴² Olsson 1998, s. 54.

⁴³ Koktvedgaard, Levin, s. 81 f.

framförande, visning eller spridning; 2 § 3 st. Jag ska nu kortfattat redogöra för den traditionella innebörden i dessa ensamrätter.

2.5.1 Exemplarframställning

Rätten att framställa exemplar innebär att upphovsmannen har ensamrätt att fixera sitt verk i en bärare från vilken man kan ta del av verket.⁴⁴ Begreppet exemplar innefattar såväl original som kopior, samt trycksatser, klichéer, formar, etc. Det saknar betydelse vilken teknik som används eller hur många exemplar som framställs; 2 § 1 st. I enlighet med läran om den inre och yttre formen är ett fotografi av t ex en tavla ett exemplar av verket⁴⁵. I 2 § 2 st. URL sägs exemplarframställning också föreligga då ett verk överförs på en anordning från vilket det kan återges. Lagring i en dator innebär således att ett exemplar av verket framställs, varmed det står klart att exemplarframställningsrätten som sådan gäller även digitala exemplar. Det är emellertid omdiskuterat hur pass självständigt ett exemplar måste vara för att räknas som exemplar i upphovsrättslig mening. Det är en av framställningens centrala frågeställningar, till vilken jag återkommer nedan 4.2.

För att exemplarframställning skall föreligga krävs inte att hela verket fixeras eller kopieras. Detta har givetvis främst betydelse i en intrångssituation. Det innebär att även ett kapitel av en roman betraktas som ett exemplar av romanen.⁴⁶ Det sagda stöds bl. a. av NJA 1995 s. 256 ("Elbranschens nummerbank"), där en stor andel av en nummerbank hade använts av ett annat företag än det som sammanställt informationen. Det torde dock krävas att den framställda verksdelen i sig uppnår verkshöjd eller representerar verket som helhet.

Exemplarframställningsrätten är inskränkt i vissa avseenden. I 2 kap. URL finns regler om tillfällen där exemplar under vissa förutsättningar får framställas utan upphovsmannens samtycke, bl. a. exemplar i blindskrift samt för undervisningsändamål. Den kanske viktigaste inskränkningen är emellertid rätten enligt 12 § att framställa exemplar för enskilt bruk. Enskilt bruk omfattar familjen och de närmaste vännerna. Denna rätt föreligger inte beträffande datorprogram eller digitala kopior av digitala sammanställningar; 12 § 2 st. Exemplaret får inte användas till annat än enskilt bruk; 12 § 1 st.

Förutom att exemplarframställning innebär ett upphovsrättsligt förfogande, finns det vissa rättsverkningar som är knutna just till förekomsten av ett exemplar. Förekomsten av exemplar, definierat som fixeringar i beständiga bärare, är en förutsättning för att spridning skall kunna ske. Spridning är i sin tur enligt 8 § 2 st. URL en förutsättning för utgivning; se nedan 6.3.

⁴⁴ SOU 1956:25 s. 100, prop. 1960:17 s. 60 f.

⁴⁵ SOU 1956:25 s. 94.

⁴⁶ SOU 1956:25 s. 94.

2.5.2 Tillgängliggörande för allmänheten

2.5.2.1 Offentligt framförande

Offentligt framförande kan ske t ex genom att musik spelas på radio, att film visas i TV eller på bio, eller att musikaliska eller sceniska verk uppförs på scen. Det saknar betydelse om framförandet sker "live" eller om det är en inspelning som framförs.⁴⁷ Huvuddragen kan sägas vara följande.

För det första krävs att framförandet är *offentligt*, vilket exkluderar privata framföranden. Huvudregeln för att ett framförande skall betraktas som offentligt är att det sker så att vem som helst kan ta del av det.⁴⁸ Ett framförande räknas som offentligt även om det sker inför en större sluten krets, om det sker i näringsverksamhet och allmänheten lätt, t ex mot erläggande av medlemsavgift, kan ta del av framförandet; 2 § 3 st. URL. Att framförandet skall vara offentligt innebär inte att flera personer måste ta del av det samtidigt. I Radiohandlarmålet, NJA 1986 s. 702, ansågs det således vara ett offentligt framförande då en försäljare spelade upp musik för att demonstrera hifi-utrustning, trots att bara en person i taget kunde ta del av musiken.⁴⁹

För det andra syftar framförande till verk som är *utdragna i tiden*, dvs. film, musik, litteratur, etc.⁵⁰ Annars rör det sig om visning, som rör konstverk, byggnader och bilder. Skillnaden kan illustreras genom att visning innebär att publiken kastar ett getöga på ett bokomslag i ett skyltfönster, medan framförande syftar till möjligheten att ta del av innehållet⁵¹. Däremot är det inget krav att allmänheten faktiskt tar del av verket. Om någon ställer ett verk till allmänhetens rådighet så att vem som helst kan ta del av det, anses hon framföra verket offentligt. Det saknar alltså betydelse huruvida allmänheten verkligen utnyttjar denna möjlighet.⁵²

Enligt rådande uppfattning torde det vara ett offentligt framförande när en text, en film eller ett musikstycke tillgängliggörs på Internet, eller i annat datornätverk till vilket en krets som kan kallas allmänheten har tillgång. Detta är troligtvis fallet redan vid tillgängliggörandet, alltså innan någon faktiskt tagit del av verket - en ordning som harmonierar väl med tidigare praxis kring framföranderätten. Frågan, som är central i framställningen, kommer att behandlas mer ingående nedan 5 kap.

Framföranderätten är inskränkt på så sätt att utgivna verk enligt 21 § får framföras offentligt vid undervisning, gudstjänster samt andra tillfällen där

⁴⁷ SOU 1956:25 s. 93.

⁴⁸ SOU 1956:25 s. 101 ff.

⁴⁹ Ytterligare fall är NJA 1967 s. 150 (Gammeldansföreningen), NJA 1980 s. 123 (Hotellrummen), NJA 1988 s. 715 (Sjukhusmusiken) och NJA 1996 s. 79 (BBS-målet).

⁵⁰ Jfr. Olsson 1998 s. 92.

⁵¹ Prop. 1992/93:214 s. 115.

⁵² Dag Mattson i Karnov 1999/2000 s. 1016 not 15.

framförandet inte är det huvudsakliga, tillträdet är avgiftsfritt och anordnandet inte sker i näringsverksamhet. Detta gäller inte sceniska verk och filmverk och avser inte utsändning av verk i radio eller TV.

Offentligt framförande har viktiga rättsverkningar. Enligt 8 § 1 st. offentliggörs ett verk då det lovligen görs tillgängligt för allmänheten⁵³. Offentligt framförande är en form av tillgängliggörande; 2 § 3 st. När ett verk blir offentliggjort blir vissa inskränkningar i ensamrätten tillämpliga, t ex rätten att framställa exemplar för enskilt bruk (12 §).

2.5.2.2 Offentlig visning

Offentlig visning har av förklarliga skäl sin största betydelse ifråga om konstverk, kanske främst bildkonst. Visningsrätten omfattar såväl direkt visning, dvs. att verket ställs ut på t ex ett konstgalleri, och indirekt visning då verket visas genom en teknisk anordning som overhead, TV, etc.⁵⁴ Detta torde innebära att visning även sker då "statiska" verk som fotografier, teckningar eller liknande tillgängliggörs i datornätverk, motsvarande vad som gäller för framförande; se nedan 5.1. Offentlig visning är precis som framförande ett tillgängliggörande för allmänheten som, där det sker lovligen, innebär att verket offentliggörs enligt 8 § 1 st. URL.

Visningsrätten är inskränkt genom att den konsumeras sedan verket *utgivits*: 20 § URL. Detta avser endast de exemplar som omfattas av utgivningen och ger inte rätt att visa exemplar av konstverk genom film eller i TV. Visningsrättens konsumtion behandlas vidare nedan 5.2.2.3.

2.5.2.3 Spridning av exemplar

Spridning innebär att exemplar av ett verk bjuds ut till försäljning, uthyrning, utlåning eller liknande; 2 § 3 st. URL. Ändamålet med spridningen saknar betydelse⁵⁵. Rätten är knuten till förekomsten av exemplar och förutsätter att ett eller flera exemplar överläts. Åtgärden skall vara riktad till allmänheten, dvs. utanför den närmaste familj- och vänskapskretsen.⁵⁶ Spridningsrätten har tidigare mest ansetts vara ett komplement till exemplarframställningsrätten, men är numer av utomordentlig betydelse. För det första är spridning en förutsättning för *utgivning* enligt 8 § 2 st. Utgivning har i sin tur en mängd rättsverkningar; flera inskränkningar i ensamrätten i 2 kap URL är knutna till just utgivning.⁵⁷ För det andra *konsumeras* spridningsrätten efter första spridningsåtgärden; 19 §. Konsumtionen innebär att exemplar av verk som en gång överlåtits får spridas vidare. I Sverige tillämpas av hävd *global konsumtion*, dvs. att spridningsrätten konsumeras oavsett var i världen den

⁵³ Ett olovligt tillgängliggörande innebär således inget offentliggörande.

⁵⁴ Olsson 1998, s. 101.

⁵⁵ SOU 1956:25 s. 95 f., Olsson 1998, s. 97.

⁵⁶ Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, Stockholm 1996, s. 62 resp. 64 f.

⁵⁷ Det rör sig om exemplar och upptagningar för undervisningsändamål (13 §), exemplar i blindskrift (17 §), samlingsverk för undervisning (18 §), visning av exemplar (20 §) samt framförande under vissa förutsättningar (21 §).

första spridningsåtgärden ägde rum.⁵⁸ Parallelimport av exemplar kan således inte stoppas av rättighetsinnehavaren sedan exemplaren lovligen satts på marknaden någonstans i världen. Beträffande de s.k. närstående rättigheterna, dvs. utövande konstnärers, producenters och radio- och TV-bolags rättigheter, tillämpas emellertid *regional konsumtion* som avser EES-länderna; 45 § 4 st., 46 § 3 st. och 48 § 4 st. De närstående rättigheterna behandlas nedan 2.7.

Spridningsrätten är dock bibehållen i vissa fall. Filmverk är helt undantagna från bestämmelsen, som endast talar om litterära och musikaliska verk och konstverk. Överlåtelse av exemplar ger heller inte rätt att hyra ut verk, utom byggnader och brukskonst, eller att låna ut datorprogram i maskinläsbar form; 19 § 2 st. Rätten torde inte heller konsumeras i Sverige när första spridningsåtgärden skett olovligen utomlands, även om åtgärden var laglig i det land där den företogs; jfr 53 § 3 st.

Eftersom spridning förutsätter att exemplar överläts på ett eller annat sätt, är det tveksamt om spridningsrätten kan tillämpas vid nätverksöverföringar. Det medför att utgivning och konsumtion inte aktualiseras i dessa sammanhang. Detta är ytterligare en central frågeställning som jag återkommer till nedan 6 kap.

2.6 De ideella rättigheterna

Upphovsmannen har enligt 3 § URL rätt att alltid bli namngiven när hans verk används, den s.k. *namngivelsesrätten*, eller *paternitetsrätten*. Han behöver heller inte tåla att hans verk används i ett för honom kränkande sammanhang eller ändras på ett för honom kränkande sätt, den s.k. *respekträtten*.⁵⁹ Dessa rättigheter kan enligt 3 § 2 st. endast efterges beträffande viss begränsad användning av verket. Det sagda innebär att en författare som upplåtit licens att göra film av hans bok i princip kan stoppa filmen om den innebär att hans litterära anseende eller egenart kränks. Ramarna är emellertid relativt vida, och t ex parodier anses av hävd få tålas⁶⁰. Dessa har ju också ett annat syfte än originalverket. Däremot är namngivelsesrätten strängare. I fallet Stadens Löjtnant, NJA 1996 s. 354, ansågs Sveriges Television ha kränkt upphovsmannens namngivelsesrätt när man utelämnade hans namn vid slutet av programmet sedan hans musikstycke spelats under programmet.

De ideella rättigheterna är inte centrala i denna framställning. Ansvarsfrågorna gäller dock intrång i de ideella såväl som de ekonomiska rättigheterna; se nedan 7 kap.

⁵⁸ Olsson 1998, s. 98.

⁵⁹ Olsson 1998, s. 106 ff.

⁶⁰ SOU 1956:25 s. 124.

2.7 De närstående rättigheterna

Vid sidan av den egentliga upphovsrätten har det ansetts nödvändigt att skydda vissa andra prestationer – exempelvis utövande konstnärers, filmproducenters, m fl. - på liknande sätt. Det kommer sig av att den tekniska utvecklingen medfört att ett flertal parter förutom de egentliga upphovsmännen blivit centrala vid tillskapandet av litterära och konstnärliga verk. Brist på skydd ansågs t ex vid grammofon- och filmindustrins genombrott skadligt ur såväl social som kulturpolitisk synvinkel.⁶¹ Därför tillerkänns vissa grupper ekonomiska, och ibland ideella, rättigheter liknande de egentliga upphovsmännens. Skyddet har infogats i 5 kap URL och avser utövande konstnärer (45 §), framställare av ljud- och bildupptagningar (46 §), radio- och TV-företags rättigheter (48 §), framställare av kataloger m.m. (49 §) och fotografer (49 a §). Skyddet varar som huvudregel i 50 år från det prestationen ägde rum; se respektive bestämmelse.

2.8 Intrång och ansvar

2.8.1 Intrångsbedömningen

Intrång innebär att upphovsmannens ekonomiska eller ideella rätt blivit kränkt. Man kan dela in intrång i två kategorier. Till den första kategorin hör situationer där det är klart att det är upphovsmannens verk som använts. Bedömningen hänger här på huruvida förfogandet varit tillåtet eller inte, eller i vissa fall huruvida ett förfogande skett alls, alternativt huruvida någon ideell rättighet kränkts. Vanliga knäckfrågor är huruvida ett framförande varit offentligt, huruvida ett visst förfogande varit tillåtet enligt licensavtal, huruvida spridningsrätten varit konsumerad eller inte, etc. Den andra kategorin utgörs av situationer där det inte är självklart att upphovsmannens verk använts alls. Upphovsmannens ensamrätt är inte begränsad till exakt hans verk, utan verket har ett skyddsomfång som kan variera. Detta synliggörs i 2 § URL genom lokutionen ”i ursprungligt eller ändrat skick”. Eftersom verkshöjdskravet i Sverige ställs relativt lågt är detta skyddsomfång motsvarande snävt, vilket innebär att endast små variationer på verket anses falla inom skyddsomfånget. Bedömningen blir med nödvändighet en ganska skönmässig helhetsbedömning, men det brukar sägas att intrång föreligger om originalet och det påstådda plagiatet för en någorlunda initierad part framstår som ”samma verk”.⁶²

⁶¹ Olsson 1998, s. 247.

⁶² Som läsaren med lätthet inser betyder detta vad som helst och ändå ingenting.

2.8.2 Ansvar

Intrång som sker av uppsåt eller grov oaktsamhet kan enligt 53 § URL medföra böter eller fängelse i högst två år. Vid oaktsamhet av normalgraden, och givetvis vid grov oaktsamhet eller uppsåt, kan enligt 54 § 2 st. skadestånd utdömas för uteblivet vederlag samt lidande eller annat förfång. Föreligger inte ens oaktsamhet av normalgraden är användaren enligt 54 § 1 st. under alla omständigheter skyldig att utge skäligt vederlag för användningen.

23 kap. brottsbalken är tillämpligt på brottsliga upphovsrättsintrång. Det innebär att försök, förberedelse och medverkan till brott är straffbelagt. Försök och förberedelse nämns uttryckligen i 53 § 5 st. I prop. 1981/82:152 uttalades att även om 23 kap. egentligen avser brotten i BrB, har bestämmelserna i praxis fått en sådan vidsträckt analogisk tillämpning inom specialstraffrätten att det står klart att reglerna om medverkan gäller även upphovsrättsintrång⁶³. Det innebär att även den som med råd eller dåd främjat det brottsliga intrånget kan straffas; 23 kap. 4 § BrB. Det sagda är i högsta grad relevant beträffande intrång via datornätverk; frågan kommer att diskuteras nedan 7 kap.

⁶³ Prop. 1981/82:152 s. 13.

3 Vad händer och vem gör vad?

En stor del av hittillsvarande problem kan troligtvis spåras i bristande förståelse för teknologin och för vem som utför vad. Därmed blir det svårt att fastställa vilken typ av praktiskt förfogande som sker över skyddade verk, vilket i sin tur gör det omöjligt att göra en rättvis juridisk bedömning. Jag skall därför kort redogöra för vad som rent tekniskt händer vid typiska överföringar. Därefter kommer de aktörer som är inblandade i en typisk överföring att presenteras.

3.1 Teknologin

3.1.1 Packet switching

Internetkommunikation sker med en teknologi som kallas TCP/IP⁶⁴, som bildar ett språk alla anslutna datorer förstår och använder för att överföra information. Metoden, som kallas för *packet switching*, syftar till att minimera risken för att information försvinner på vägen.⁶⁵ TCP bryter ner informationen i ettor och nollor och sätter ihop dem i små enheter, packets. Alla packets "slås in" i ett "kuvert" med avsändarens och mottagarens adress. IP räknar sedan ut den bästa vägen genom alla anslutna datorer, *routers*, för att informationen effektivast skall komma fram till mottagaren. Informationen kan därefter passera genom vilken eller vilka som helst av miljontals datorer, för att sedan sättas samman av TCP igen hos mottagaren.⁶⁶ Följande figur illustrerar skeendet.⁶⁷

⁶⁴ Transmission Control Protocol respektive Internet Protocol.

⁶⁵ Finnie, Scot, *How the Net Works*, 1997 CNET Coverage, <http://coverage.cnet.com/Content/Features/Techno/Networks/ss02.html> (2000-07-27); Copyright Office Report, *Project Looking Forward. Sketching the Future och Copyright in a Networked World. Final Report May 1998*, <http://www.loc.gov/copyright/reports/> (2000-08-02), s. 35 ff.

⁶⁶ Se <http://coverage.cnet.com/Content/Features/Techno/Networks/ss02.html> (2000-07-27) och Hayes, under II.A.1.

⁶⁷ Bilden är hämtad från <http://coverage.cnet.com/Content/Features/Techno/Networks/ss02.html> (2000-07-27).

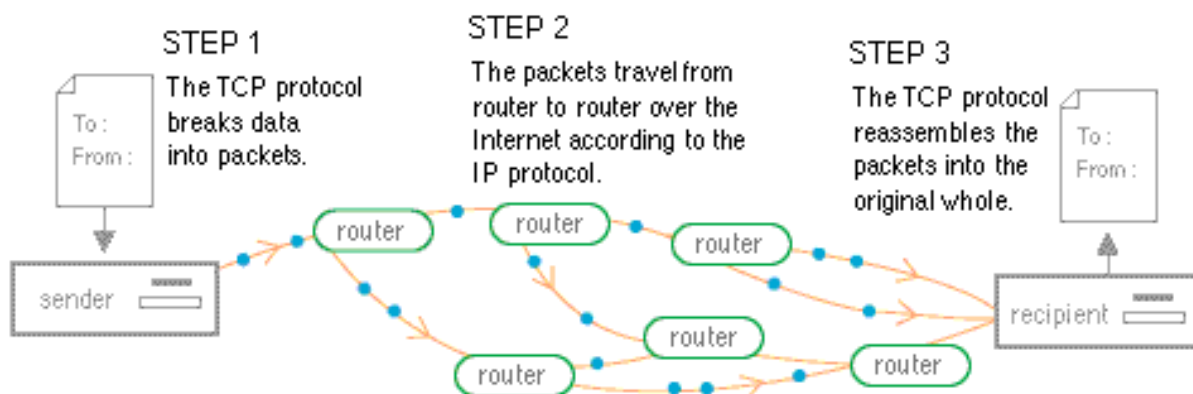


Figure 2. How data travels over the Net.

När informationen färdas, innebär det inte att den försvinner från den ena datorn och återuppstår i den andra. Tvärtom uppstår en tillfällig (efemär) kopia av informationen i varje led under överföringen. Denna kan ha olika varaktighet och de flesta kopior försvinner efter en kort stund.⁶⁸ En annan sak är att e-postprogram oftast är inställda på att inte automatiskt göra permanenta lagringar av utgående post. Om man klickar på "bakåt"-pilen på sin webbläsare kommer man emellertid ofta att få se antingen en RAM-kopia eller en cachekopia av det just avsända meddelandet. En redogörelse för några vaniga typer av tillfälliga kopior följer nedan 3.1.3.

3.1.2 Olika överföringar

I föregående avsnitt redogjordes för hur informationen färdas över nätet. Men det finns olika sorters överföringar med olika syfte, metod och resultat. Jag skall nu kortfattat redogöra för tre huvudtyper av överföringar: webbläsning, nedladdning och streaming.

1. Webbläsning

Vid vanlig webbläsning initieras överföringen av slutanvändaren genom att hon skriver in en webbadress i webbläsarens adressfält eller klickar på en länk. Överföringen sker enligt ovan, dvs. informationen bryts ned i packets som sätts samman igen hos slutanvändaren. Informationen hamnar i slutanvändarens RAM-minne och ofta i hennes cacheminne (se nedan 3.1.3), men ingen permanent lagring sker av sig själv. Förfarandet kallas webbläsning eftersom det funktionellt motsvarar vanlig läsning av information.

⁶⁸ Hayes, under II.A.1.

2. Upp- och nedladdning (upload och download)

Uppladdning innebär att information lagras permanent på en server från vilken andra nätanslutna datorer kan hämta den. Nedladdning sker genom att slutanvändaren initierar en överföring genom att klicka på en länk eller en ikon. Informationen kommer sedan fram som en hel fil och lagras permanent på hårddisken. Genom nedladdning har slutanvändaren tillgång till hela filen och kan därefter i princip förfoga över den som hon vill.

3. Streaming

Vid vanlig webbläsning eller nedladdning finns all information tillgänglig samtidigt hos slutanvändaren. Visserligen händer det ofta att informationen färdas olika snabbt beroende på filstorleken, så att t ex text ofta uppenbarar sig på skärmen innan tillhörande bilder kommit fram - något alla webbanvändare stött på. Metoden fungerar för statiska filer som text och bild. Filer vars information är utdragen i tiden, som ljud och rörliga bilder, kan emellertid ta sådan tid att ladda fram att det inte känns motiverat. En banal liten bildsekvens med tillhörande ljud kan ta relativt stort minne i anspråk, varvid tidsutdräkten för laddning vida överskrider tiden för att spela upp innehållet. Av den anledningen används framför allt för videofiler metoden *streaming*. Genom streaming färdas inte all information samtidigt till slutanvändaren, och följaktligen får hon heller inte all information samtidigt till sin dator. Därmed kan innehållet spelas upp samtidigt som resten av informationen överförs, vilket gör processen effektivare och kan ge intryck av en utsändning.⁶⁹ Ett exempel på en tjänst som använder streamingteknik är Spraydio, som funktionellt motsvarar en radiostation⁷⁰.

3.1.3 Kopior på vägen

Ovan 3.1.1 konstaterades att överföringar innebär att olika kopior uppstår på vägen från avsändaren (inmataren) till mottagaren (slutanvändaren). För tydlighetens skull skall jag nu redogöra för de vanligaste kopiorna.

1. RAM-kopior

För att information över huvud taget skall kunna bearbetas av datorn krävs att kopior görs i RAM-minnet. Dessa är mer eller mindre flyktiga och försvinner då datorn stängs av. Det hela sker så, att informationen laddas in i datorn antingen från den egna terminalen – hårddisken, CD-enheten eller diskettenheten – eller från en annan nätansluten enhet, en server. Informationen lagras tillfälligt i RAM-minnet eftersom datorns ”motor” – processorn – själv inte kan lagra informationen. Det finns olika typer av RAM-minne, och oftast måste informationen kontinuerligt uppdateras för att förbli läsbart för datorn.⁷¹ Vid nätverksöverföringar uppstår också en mängd RAM-kopior i varje mellanled (router) på vägen från avsändaren till mottagaren. Dessa kopior är ofta inte fullständiga, utan systemet söker den

⁶⁹ Se <http://streamingmediaworld.com/gen/tutor/whatis/index2.html> (2000-08-10).

⁷⁰ Se <http://spraydio.spray.se/main/portal/index> (2000-08-18).

⁷¹ Hayes, under II.A.2.

snabbaste vägen över nätet varvid informationen kan färdas genom ett otal olika mellanled, för att sedan sammanfogas igen hos mottagaren.⁷²

2. Intern cachning

Dagens datorer har hög kapacitet och arbetar snabbt. RAM-minnet brukar idag, augusti 2000, oftast rymma 64 eller 128 MB, men även 256 MB och större minnen förekommer, och siffran ökar i princip för varje ny modell som kommer. Processorerna har en kapacitet på ca 500 MHz, men redan finns processorer på 1 GHz⁷³. För att kunna arbeta ännu fortare, vilket är angeläget inte minst vid webbläsning, gör dock de flesta datorer automatiskt cachekopior av informationen som går igenom RAM. Det innebär kort sagt att datorn "lånar" utrymme i hårddisken för att ge plats åt ny information i RAM. Denna information hämtas sedan de facto från hårddisken, och finns kvar även sedan datorn stängts av och RAM-kopian förstörts.⁷⁴

3. Proxycachning

Ett problem för Internets, och framför allt den elektroniska handelns, framväxt har hittills varit att trafiken i stora delar varit långsam, vilket upplevs dagligen. Farten beror av en rad faktorer - "avsändarens" kapacitet, den långsammaste länken i kedjan, antalet användare vid ett visst tillfälle, etc.⁷⁵ En metod att avhjälpa detta problem är att förflytta informationen närmare slutanvändaren. Detta sker genom att kopior av ofta besökta webbplatser framställs i Internetleverantörens proxyserver, en metod som allmänt kallas proxycachning.⁷⁶ Kopian uppstår liksom RAM-kopian automatiskt, men skiljer sig från denna på två viktiga punkter. För det första är proxycachning ingen nödvändig förutsättning för kommunikationen över nätverk, utan endast ett hjälpmedel för att den skall kunna ske smidigare och effektivare. För det andra är varaktigheten längre, och kopian kan beroende på inställningarna finnas kvar i någon vecka eller mer.

Cachning är givetvis en produkt av den bristande infrastrukturella kapacitet som Internet hittills dragits med. I takt med att kapaciteten ökar minskar behovet av att lagra informationen närmare användaren, varvid fenomenet kan komma att på sikt helt försvinna.⁷⁷

⁷² Hayes, under II.A.1.

⁷³ Tidningen PC Extra testar just nu en processor på 1 GHz; <http://www.pcxtra.net/testlabbet/> (2000-08-15).

⁷⁴ Hayes, not 8; Copyright Office Report 1998, <http://www.loc.gov/copyright/reports/> (2000-08-14), s. 126 och s. 127 not 103.

⁷⁵ Copyright Office Report 1998, <http://www.loc.gov/copyright/reports/> (2000-08-14), s. 124.

⁷⁶ Koelman, Kamiel och Hugenholtz, Bernt, *Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, Workshop on Service Provider Liability, Genève 1999, s. 14 och 25 f.; jfr Julià-Barceló, Rosa, *On-Line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks*, [2000] E.I.P.R. s. 110.

⁷⁷ Copyright Office Report 1998, <http://www.loc.gov/copyright/reports/> (2000-08-14), s. 126.

3.2 Parterna

Här skall endast kort redogöras för de olika parterna som på ett eller annat sätt är inblandade i en överföring. De upphovsrättsliga aspekterna kommer att tas upp nedan 7 kap. Jag redogör heller inte för alla parter på Internet, då t ex söktjänster faller utanför ramarna för framställningen. De relevanta aktörerna är följande⁷⁸;

- 1 *Inmataren* (content provider) är den som uppladdar information till en server och gör den tillgänglig i nätverket, oftast på en webbplats men i princip är även en person som sänder information via e-post en inmatare.
- 2 *Nätverksoperatören* är den som äger och kontrollerar nätverket, dvs. infrastrukturen. För närvarande går Internetkommunikation mestadels över telefonlinjerna, men det kan snart komma att ändras. Redan nu erbjuds bredbandsuppkoppling via bl a kabel-TV-nätet och elnätet⁷⁹. Snart kan satellitkommunikation bli den relevanta infrastrukturen. För närvarande är telebolag som Telia nätverksoperatörer, men för att göra termen teknikneutral skall den lämpligen förstås som "den som äger och/eller kontrollerar infrastrukturen för Internetkommunikation".
- 3 *Internetleverantören* (Internet Service Provider eller Access Service Provider) är den som erbjuder främst privatpersoner tillgång till Internet. Exempel på Internetleverantörer är Telia, Tele 2 och Spray⁸⁰. Privatpersoner med modem kopplar upp sig via sin Internetleverantör, så att all information som de väljer att skicka eller ta emot passerar Internetleverantörens faciliteter.
- 4 *Värdtjänst innehavare* erbjuder lagringsutrymme på sina servrar, antingen gratis eller mot betalning. Det kan dels röra sig om webbaserad e-post som t ex Hotmail, eller webbhotell som Yahoo.com. Information som hämtas från Pelles webbsida kommer då i själva verket från värdtjänst innehavarens server.
- 5 *Slutanvändaren* är mottagaren av informationen, konsumenten. En närmare förklaring torde vara överflödig.

I praktiken erbjuder ofta samma företag flera tjänster, och fungerar således som både Internetleverantör och värdtjänst innehavare; se t ex, www.tele2.com och www.spray.se.

⁷⁸ För en uppräknig se Heine, Kasper, *Medverkansansvaret för ophavsrettskränkelse på Internet*, NIR 1999 s. 615.

⁷⁹ Se t ex IT-kommissionens rapport 1999-12-09, Dnr ITK 99/23, *Framtidssäker IT-infrastruktur för Sverige*, <http://www.itkommissionen.se/PDF/sk991209.pdf>; eller Sydkraft, <http://www.sydkraft.se/news/0100/godagrannar.asp> (2000-08-15).

⁸⁰ Se http://www.telia.se/bvo/info/gen_info.jsp.html?OID=58607&CID=-22121, <http://www.register.everyday.com/> respektive <http://www.spray.se/member/register/?pa=a2:5> (2000-07-27).

4 Exemplarframställning

4.1 Inledning

Begreppet exemplar har alltid varit knutet till fixeringen av ett verk i en fysisk bärare, t ex en bok eller grammofonskiva, jfr. ovan 2.5.1. Dessa exemplar har haft det gemensamt att de varit beständiga och att de kunnat betraktas som föremål. De har dessutom varit svåra att kopiera utan stora kvalitetsförsämringar. Den digitala teknologin omkullkastar ordningen på flera sätt, eftersom informationen inte längre behöver vara bunden till någon särskild bärare⁸¹. Det har ovan 3.1.1 och 3.1.3 konstaterats att nätverksöverföringar innebär att kopior av verken uppstår på flera olika ställen, i varierande omfattning och med varierande beständighet, från uppladdning till webbläsning eller nedladdning. Den första frågan som uppstår är huruvida digitala kopior alls kan betraktas som exemplar i upphovsrättslig mening. Frågan kan besvaras enkelt. Det upphovsrättsliga skyddet är inte beroende av att viss teknik används; 2 § 1 st. URL⁸². I 2 § 2 st. anges att även överföring på anordning från vilket verket kan återges utgör exemplarframställning. Däremot finns ett krav att fixeringen skall vara självständig. Lagen har också sagts bygga på förutsättningen att fixeringen är så självständig att den i sig kan spridas bland allmänheten.⁸³ Kravet på självständighet är ostridigt uppfyllt beträffande CD-skivor och disketter, och anses även uppfyllt vid lagring på en dators hårddisk.⁸⁴ Därmed står det klart att *uppladdning och nedladdning innebär exemplarframställning*.

Den andra frågan är huruvida de tillfälliga kopior som uppstår i mellanleden och i slutanvändarens RAM- och cacheminnen kan betraktas som exemplar. Denna fråga är mer omstridd och har fått varierande svar. Som framgått ovan 3.1.1 och 3.1.3 är kopiorna i mellanleden ofta inte kompletta - tvärtom används i allmänhet olika vägar beroende på framkomlighet, varvid många kopior endast utgör små delar av de verk som överförs⁸⁵. Kopior i slutanvändarens RAM-minne är osjälvständig i så måtto att den försvinner när datorn stängs av eller vid fortsatt webbläsning eller annan användning av datorn, låt vara oftast för att förvandlas till en mer beständig intern cachekopia.

Rättsligt är frågan om de tillfälliga kopiorna tudelad. För det första: är de tillräckligt självständiga för att kunna betraktas som exemplar i upphovsrättslig mening? För det andra: om de är att betrakta som exemplar, skall de ingå i ensamrätten eller bör undantag göras i lag? Jag skall i det

⁸¹ Olsson 1998, s. 314, jfr. ovan 1.1.

⁸² Se även SOU 1956:25 s. 93.

⁸³ Prop. 1996/97:111 s. 32.

⁸⁴ Prop. 1996/97:111 s. 32; Rajala, Katariina, *Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö*, NIR 1999 s. 99.

⁸⁵ Det skall erinras om att exemplarframställning kräver att minst en del av verket som uppnår verkshöjd eller som representerar verket kopieras; se ovan 2.5.1.

följande redogöra för synen på tillfälliga exemplar enligt 1996 års WIPO-fördrag, gemenskapslagstiftningen respektive svensk rätt. För att belysa den internationella utvecklingen kommer jag även att redogöra för det amerikanska rättsläget.

4.2 Tillfälliga kopior: olika lösningar

4.2.1 WCT och WPPT

Frågan om tillfälliga kopior var uppe för diskussion när Bernkonventionen skulle kompletteras 1996. Det första förslaget till WCT, som dock inte antogs, innehöll en regel som skulle räta ut en del frågetecken. Art 7(1) skulle således lyda:

”The exclusive right accorded to authors of literary and artistic works in article 9(1) of the Berne Convention of authorizing the reproduction of their works, in any manner or form, includes *direct and indirect* reproduction of their works, *whether permanent or temporary*” (mina kursiveringar).⁸⁶

Formuleringen ”whether permanent or temporary” tyder på att regeln skulle ha omfattat de tillfälliga kopior som görs i RAM-minnet, och ”direct and indirect reproductions” synes mena att de kopior som uppstår hos mellanhänderna vid nätverksöverföringar också skall omfattas av ensamrätten. Föreslagna art. 7(2) löd:

”Subject to the conditions under, and without prejudice to the scope of applicability of, Article 9(2) of the Berne Convention, it shall be a matter for legislation in Contracting Parties to limit the right of reproduction in cases where a temporary reproduction has the sole purpose of making the work perceptible or where a temporary reproduction is of a transient or incidental nature, provided that such reproduction takes place in the course of use of the work that is authorized by the author or permitted by law in accordance with the Berne Convention and this Treaty.”⁸⁷

Den föreslagna regeln blev hårt kritiserad, föga överraskande främst av Internetleverantörer som befarade att de skulle komma att bli ansvariga för oräkneliga exemplarframställningar som sker på Internet. Med hänvisning till artiklar 8 och 10 i Europakonventionen (rätten till privatlivet respektive rätten att mottaga information)⁸⁸ ansågs det också betänkligt att rent mottagande och konsumtion av information skulle kräva tillstånd från rättighetsinnehavare⁸⁹. Regeln ströks därför helt från WCT, som nu inte innehåller någonting i frågan, annat än en gemensam förklaring där det sägs att "...[I]agring av ett skyddat verk i digital form i ett elektroniskt medium

⁸⁶ Vinje, Thomas, *The New WIPO Treaties: a Happy Result in Geneva*, [1997] E.I.P.R. s. 230.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Europeiska konventionen av den 4 november 1950 angående skydd av de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, SÖ 1952:35.

⁸⁹ Vinje, s. 231.

skall förstås så att den utgör ett mångfaldigande enligt artikel 9 i Bernkonventionen"⁹⁰. Härmed har man emellertid inte sagt något om tillfälliga kopior.

Den parallella traktat som antogs samtidigt, WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), innehåller kuriöst nog i art. 7 en bestämmelse där ensamrätten omfattar *direkt och indirekt* mångfaldigande. Detta kan mycket väl omfatta de kopior som uppstår hos mellanhänderna på Internet, kanske särskilt cachekopior, som ju har större varaktighet än RAM-kopior⁹¹. Cachning har annars inte berörts specifikt. Istället användes i den icke antagna art. 7 uttrycket "tillfälligt mångfaldigande", vilket får tolkas som ett samlingsbegrepp som omfattar såväl RAM-kopior som cachekopior. Det är därför likaledes osäkert om cachekopior är att betrakta som exemplar enligt traktaterna.

4.2.2 EG-rätt

Frågan om tillfälliga kopior har varit aktuell även på gemenskapsnivå. Artikel 5 a) i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser anger att såväl temporära som varaktig framställning av exemplar, helt eller delvis, oberoende av sätt eller form, faller under upphovsmannens ensamrätt. I p. 44 i preambeln uttalas också att upphovsmannens tillstånd behövs, om visning på en skärm av databasen kräver att hela eller en väsentlig del av innehållet *varaktigt eller tillfälligt* överförs på annan anordning. Art. 2 i det föreslagna upphovsrättsdirektivet anger att "[m]edlemsstaterna skall föreskriva ensamrätt [för upphovsmännen] att godkänna eller förbjuda *direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent* mångfaldigande [av deras verk], oavsett metod och form, helt eller delvis [...]".

Artikeln omfattar tillfälliga kopior i stort, dvs. i princip även de kopior som uppstår i mellanleden vid nätverksöverföringar. I kommentaren till artikeln sägs också att "såväl tillfälliga som permanenta kopior omfattas av definitionen av vilka handlingar som utgör mångfaldigande"⁹². Man har emellertid ansett att vissa exemplarframställningar bör falla utanför ensamrätten. I art 5.1 sägs att "[t]illfälliga former av mångfaldigande enligt artikel 2, som t.ex. sker i övergångs- eller kompletteringssyfte, inklusive sådana former av mångfaldigande som underlättar att överföringssystem fungerar effektivt, och ingår som en integrerad och nödvändig del i en teknisk process och görs i uteslutande syfte att möjliggöra en användning av verk eller annat material samt saknar fristående ekonomisk betydelse, skall undantas från den rättighet som avses i artikel 2."

⁹⁰ Gemensam förklaring i anknytning till artikel 1(4) WCT.

⁹¹ Frågan är öppen. I den gemensamma förklaringen i anslutning till artiklar 7, 11 och 16 sägs elektronisk lagring utgöra exemplarframställning, vilket inte säger något om *tillfälliga* elektroniska kopior.

⁹² Kommentar till art. 2, KOM (1997) 628 Slutlig (97/0359/COD), s. 25.

Genom art 5.1 undantas således alla RAM-kopior som uppstår vid nätverksöverföringar från ensamrätten, från avsändaren via mellanleden till slutanvändaren, eftersom dessa uppstår som en nödvändig förutsättning för överföringar. De saknar också fristående ekonomisk betydelse. Något mer oklart är om cachekopior faller utanför ensamrätten eller ej, då dessa inte kan sägas vara en nödvändig del av den tekniska processen på samma sätt som RAM-kopiorna. I p. 23 i preambeln sägs dock att "förberedande lagring (cachning) och webbläsning" omfattas av undantaget. Detta torde avse såväl intern cachning som proxycachning.⁹³

Genom upphovsrättsdirektivet tycks man vilja skapa en ordning som bygger på att tillfälliga kopior i och för sig utgör exemplar i upphovsrättslig mening, men att dessa i vissa fall faller utanför ensamrätten. Undantagen fungerar precis som de traditionella inskränkningarna i ensamrätten, och syftar till att inte strypa tillväxten hos Internet och elektronisk handel. Tillämpning av undantagen skall emellertid enligt art. 5.4 avgränsas till att gälla vissa fall, och får inte tolkas så att man oskäligt inkräktar på rättighetsinnehavarens legitima intressen eller gör intrång i verkets normala utnyttjande⁹⁴. Uppenbart missbruk av de tillfälliga exemplaren kommer således att utgöra intrång trots undantaget.

4.2.3 Amerikansk rätt

USA drogs till en början med samma tvehågsenhet som övriga världen beträffande tillfälliga kopior. Den amerikanska debatten kretsade kring dels huruvida de ofullständiga kopior som uppstår i mellanleden vid nätverksöverföringar skall anses som exemplar, dels huruvida tillfälliga kopior över huvud taget är tillräckligt varaktiga för att utgöra exemplar⁹⁵. I Copyright Act (17 U.S.C. § 101) definieras exemplar som:

"material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "copies" includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed".

Vad gäller de kopior som uppstår i mellanleden vid nätverksöverföringar, uttalades i NII White Paper att även om en överföring kan resultera i en fixering, blir ett verk inte fixerat genom överföringen i sig.⁹⁶ Uttalandet tycks tala emot att kopiorna anses som exemplar. Den andra frågan är

⁹³ Slutsatsen att cachning faller utanför ensamrätten förstärks av uttalandet i kommentaren till art. 13 i det föreslagna e-handelsdirektivet, att "[c]achningen [inte] i sig innebär ett separat utnyttjande av den vidarebefordrade informationen"; KOM (1998) 586 slutlig, s. 29.

⁹⁴ Artikeln följer det s.k. "trestegstestet" i art. 9.2 i Bernkonventionen, som också återfinns i art. 13 i TRIPS-avtalet och art. 10 i WCT.

⁹⁵ Hayes, under II.A.2.

⁹⁶ Intellectual Property and the National Information Infrastructure, *Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington DC 1995, <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (2000-08-09), hädanefter kallat "NII White Paper", s. 27.

huruvida tillfälliga kopior är tillräckligt varaktiga för att utgöra en sådan fixering som krävs. Härvid anger Copyright Act (17 U.S.C. § 101):

"A work is fixed in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration".

Lagtexten tyder på att vissa tillfälliga kopior med någorlunda varaktighet, t ex cachekopior, kan utgöra exemplar. I förarbetena ("legislative history") till 1976 års Copyright Act finns dock uttalanden som antyder motsatsen⁹⁷. I NII White Paper från 1995 hävdas det emellertid vara tydligt att RAM-kopior utgör exemplar, vilket bl a motiveras av ovan citerade lagrum i Copyright Act, dess förarbeten och rättspraxis⁹⁸. I fallet *MAI Systems v. Peak Computer, Inc.*⁹⁹ ansågs lagring av ett datorprogram i RAM-minnet utgöra intrång, trots att syftet var underhåll av hårdvara. Peak Computer var ett servicebolag som reparerade kunders datorer, och var således en olicensierad tredje part. Man hade använt programmet för att kunna hitta felet på en viss dator. För att hitta felet var man tvungen att analysera systemets feldagbok, vilket möjliggjordes genom att använda programmet. Då skedde en lagring i RAM. Ironiskt nog var det just detta - att man varit tvungen att framställa RAM-kopian - som fick domstolen att finna RAM-kopian tillräckligt långvarig för att kunna granskas, varför den var att betrakta som ett exemplar i upphovsrättslig mening.¹⁰⁰ I fallet *Advanced Computer Services v. MAI Systems*¹⁰¹ uttalades att endast kopior som varar några minuter eller mer åtnjuter skydd, medan man i *Stenograph L.L.C. v. Bossard Assocs.*¹⁰² ansåg intrång föreligga så fort ett datorprogram laddades in i RAM-minnet och användes till sitt huvudsyfte. Praxis talar således starkt för att frågetecknen numer är utträtade, varför vi kan sluta oss till att RAM-kopior enligt amerikansk rätt betraktas som exemplar i upphovsrättslig mening. Cachning har inte berörts specifikt i diskussionen, men eftersom cachekopior i regel är mer varaktiga än RAM-kopior torde motsvarande gälla även dem.

Genom Digital Millennium Copyright Act (DMCA) infördes 1998 flera undantag från ansvar för digitala kopior, bl a för de olika mellanleden för de kopior, inklusive cachekopior, som uppstår vid nätverksöverföringar, samt för underhåll i liknande fall som i MAI-fallet, etc.¹⁰³ Amerikansk rätt intar således den positionen att exemplarframställningsrätten gäller fullt ut, dvs. även tillfälliga kopior, men att vissa exemplarframställningar inte skall aktualisera ansvar. Metoden är på det teoretiska planet något annorlunda

⁹⁷ Hayes, under II.A.2, med hänvisning till H.R. Rep. No. 94-1476, at 53 (1976), i nytryck i U.S.C.C.A.N. 5659, 5666.

⁹⁸ NII White Paper, s. 65 f.

⁹⁹ 991 F.2d 511 (9th cir. 1993).

¹⁰⁰ Rajala, s. 104.

¹⁰¹ 845 F.Supp. 356 (E.D.Va. 1994).

¹⁰² 53 U.S.P.Q.2d 1425 (D. Utah 1999).

¹⁰³ 17 U.S.C. § 512. DMCA finns tillgänglig i sammanfattad form på <http://www.loc.gov/copyright/legislation/dmca.pdf> (2000-08-09).

från den europeiska, som går ut på att inskränka ensamrätten. I praktiken torde emellertid konsekvenserna bli ungefär desamma.

4.2.4 Svensk rätt

1989 infördes upphovsrättsligt skydd för datorprogram i Sverige. I förarbetena uttalades beträffande de kopior som framställs vid bearbetningen av informationen att "[s]ådana - flyktiga - framställningar av verket [inte] är att anse som exemplar i upphovsrättslagstiftningens mening om de inte "fryses".¹⁰⁴ Frågan verkar inte ha väckt någon större debatt vid den tiden¹⁰⁵.

Sverige är givetvis bundet av databasdirektivet. Dess artikel 5 a) tycks täcka RAM-kopior, då den anger att även provisoriska exemplarframställningar faller under ensamrätten, vilket skall ses i kombination med premiss 44 i preambeln. Sverige gjorde emellertid en annan tolkning vid implementeringen¹⁰⁶, och uttalade i förarbetena att "om ett verk i digital form visserligen fixeras inne i en dator, t ex på dess hårddisk, men fixeringen är osjälvständig, t ex försvinner efter ett ögonblick eller när datorn stängs av, framställs inte [...] ett exemplar av verket"¹⁰⁷. Man fortsatte och tillade: "[d]en typ av automatiska, mycket kortvariga lagringar som sker när ett verk överförs på Internet torde inte uppfylla dessa krav [på självständig fixering] och omfattas därmed inte alls av kopieringsrätten".¹⁰⁸

Cachning har inte varit uppe för diskussion i Sverige. Det är därför osäkert om interna cachekopior eller proxycachning innebär exemplarframställning eller inte. Mot bakgrund av ovanstående förarbetsuttalanden verkar det knappast troligt att ens cachekopior betraktas som exemplar, trots deras längre varaktighet.

Det framgår ganska tydligt att lagstiftaren inte betraktar tillfälliga kopior som exemplar i upphovsrättslig mening. Konstigt nog hänvisar man härvid till farhågor att det upphovsrättsliga skyddet kan bli för starkt i förhållande till informationsintresset, samtidigt som man hävdar att implementeringen av direktivet inte på något sätt innebär ändringar i gällande rätt.¹⁰⁹ Synsättet kan diskuteras, och har också kritiserats i doktrinen. Agne Lindberg och Daniel Westman menar att det strider mot 2 § 2 st. URL, som anger att "[s]åsom framställning av exemplar anses även att verket överföres på anordning, genom vilket det kan återgivas". Mot bakgrund av ordalydelsen menar författarna att det avgörande kriteriet bör vara huruvida informationen som finns i minnet kan användas för att återskapa verket,

¹⁰⁴ SOU 1985:51 s. 57.

¹⁰⁵ Henry Olsson sammanfattade betänkandet i en artikel, NIR 1986 s. 29, men utvecklade inte frågan.

¹⁰⁶ SFS 1997:790.

¹⁰⁷ Prop. 1996/97:111 s. 32.

¹⁰⁸ Prop. 1996/97:111 s. 36.

¹⁰⁹ Ibidem.

oavsett hur långvarig lagringen är.¹¹⁰ Per Jonas Nordell menar att uttalandet, hur välmenande det än må vara att söka bringa balans i upphovsrätten, står i strid med såväl databasdirektivet som den internationella utvecklingen.¹¹¹

Slutsatsen att tillfälliga kopior inte utgör exemplar enligt svensk rätt kan emellertid kritiseras. Eftersom lagtexten inte säger något i frågan, är två förarbetsuttalanden det enda som talar för uppfattningen. Även om förarbeten av hävd har en stark ställning inom svensk upphovsrätt utgör de ingen tvingande rättskälla. Databasdirektivet, som är bindande för Sverige, talar emot uttalandet. Doktrinen är i stort enig om att tillfälliga kopior bör betraktas som exemplar, och man motiverar utförligt sin ståndpunkt. Uttalandet i prop. 1996/97:111 s. 32, däremot, saknar varje form av diskussion och motivering. Hänvisningen till SOU 1956:25 beträffande kravet på fixering saknar all relevans eftersom tillfälliga digitala kopior inte kunde förutses vid det betänkandets tillkomst. Det kan därför med fog ifrågasättas vilken tyngd som bör tillmätas uttalandet. Med hänsyn till det kommande upphovsrättsdirektivet lär dess giltighet i vart fall inte bli långlivad. Upphovsrättsutredningens ståndpunkter i SOU 1985:51 är på motsvarande sätt överspelade.

4.3 Sammanfattning och kommentar

Vi kan konstatera att frågan om tillfälliga kopior än så länge är långt ifrån löst. Den föreslagna artikel 7 i WCT bortföll efter häftiga påtryckningar från bl a Internetoperatörer. I det föreslagna upphovsrättsdirektivet anges dock tillfälliga kopior utgöra exemplar, medan man istället ger medlemsstaterna i uppdrag att formulera undantag från ensamrätten. Härmed stryker man ett streck över den närmast rättsteoretiska diskussionen om vad som utgör ett exemplar, för att istället förflytta fokus till vilka exemplarframställningar, tillfälliga eller permanenta, som skall omfattas av upphovsmannens ensamrätt. Detta synsätt torde vara betydligt mer fruktsamt än den hittillsvarande svenska inställningen. Eftersom direktivförslaget anger att tillfälliga kopior omfattas av ensamrätten, med vissa specifika undantag, kan Sverige heller inte hävda motsatsen. Art. 5.4 i direktivförslaget erinrar om trestegstestet i art. 9.2 i Bernkonventionen, dvs. att undantagen skall begränsas till vissa fall och inte får inkräkta på rättighetsinnehavarens legitima intressen eller göra intrång i verkets normala utnyttjande. Att helt exkludera tillfälliga kopior från ensamrätten torde innebära att Sverige inför ett otillåtet undantag, då det i så fall inte begränsas till vissa fall. Rätt metod är därför att låta tillfälliga kopior omfattas av ensamrätten och införa undantagen som inskränkningar i 2 kap. URL.

Det sagda innebär inget nytt i upphovsrätten. Upphovsrättslagen anger redan en rad inskränkningar i ensamrätten, och det enda som krävs beträffande

¹¹⁰ Lindberg, Agne, Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 2:a uppl., Stockholm 1999, s. 169.

¹¹¹ Nordell, s. 286.

tillfälliga exemplar är uttryckliga undantag motsvarande art. 5 i det föreslagna upphovsrättsdirektivet. För tydlighetens skull kan det vara bra att i 2 § uttryckligen ange att tillfälliga kopior som sådana utgör exemplar i upphovsrättslig mening. En sådan ordning innebär för det första ett tydligt rättsläge, vilket gynnar förutsebarheten och därmed en effektiv upphovsrätt, och för det andra kontinuitet i sättet att angripa upphovsrättsliga problem. På så sätt åstadkoms också flexibilitet inför utvecklingen, då det är enkelt att efter behov inskränka eller utöka ensamrättens omfattning.

5 Tillgängliggörande

5.1 Inledning

Den andra ekonomiska rättigheten som nämns i upphovsrättslagen är att *göra verket tillgängligt för allmänheten*. Detta kan ske genom offentligt framförande, offentlig visning eller spridning av exemplar genom försäljning, uthyrning, etc.; 2 § 3 st. Uppräkningen är uttömmande¹¹². Traditionellt skiljer sig framförande från visning och spridning i det att de senare ansetts knutna till ett existerande exemplar¹¹³. På grund av att nätverksöverföringar med nödvändighet förutsätter att nya exemplar ständigt framställs, omkullkastas denna ordning då ett och samma exemplar aldrig förflyttar sig över nätet. För att precisera vilka former av tillgängliggörande som aktualiseras kan man angripa problematiken på olika sätt. Antingen kan man utgå från existerande ensamrätter, eller kan man skapa en ny ensamrätt som avser nätverksöverföringar. Härvid har det uppstått en skiljelinje mellan svensk rätt å ena sidan, och WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet å den andra.

I svensk rätt tycks framförande, visning och spridning betraktas som de alltid gjort, dvs. enligt ovan. Problemet är att det hittills inte finns någon konsensus beträffande vilken eller vilka typer av tillgängliggörande som äger rum vid nätverksöverföringar. Prop. 1996/97:111 nämner tillgängliggörande för allmänheten i stort, men anger inte om framförande, visning eller spridning åsyftas¹¹⁴. I BBS-målet gjorde åklagarsidan i HD endast gällande att den tilltalade gjort verken tillgängliga för allmänheten genom att göra det möjligt för andra att framställa exemplar av dem, alternativt genom uthyrning, utlåning eller med uthyrning jämförbar rättshandling¹¹⁵. Lindberg och Westman menar att det svåraste vid rättslig klassificering av tillgängliggöranden i nätverk är att skilja mellan framförande och visning, men hävdar ändå att man kan bli ansvarig för otillåten spridning¹¹⁶. Olsson menar att verk som är utdragna i tiden torde anses framföras medan statiska verk visas, precis som i andra sammanhang¹¹⁷. Daniel Westman menar att den enda rimliga lösningen är att överge uppdelningen i olika former av tillgängliggörande¹¹⁸. I den nyligen avkunnade domen i Mp3-målet¹¹⁹ ansåg HD att länkning till webbplatser med skyddade verk utgjorde ett offentligt framförande men inte spridning, vilket får betraktas som en steg mot ett stabilare rättsläge. Att en

¹¹² Westman, Daniel, *Mp3-målet i HD - rättsläget kring länkning fortfarande oklart*, Lov & Data nr. 62, tillgänglig på <http://www.juridicum.su.se/iri/> (2000-08-09).

¹¹³ Jfr Nordell, s. 243.

¹¹⁴ Prop. 1996/97:111 s. 32.

¹¹⁵ NJA 1996 s. 79, Riksåklagarens gärningsbeskrivning (s. 89).

¹¹⁶ Lindberg, Westman, s. 172 f.

¹¹⁷ Olsson 1998, s. 92.

¹¹⁸ Westman, under "Kommentarer".

¹¹⁹ Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00.

hållbar lösning fortfarande saknas torde emellertid framgå med råge av denna sammanfattning.

WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet syftar till att anpassa upphovsrätten till digitala sammanhang och datornätverk, varvid en ny ensamrätt, *överföring till allmänheten*, har införts. Begreppet är något bredare än de svenska framförande- och visningsrätterna och omfattar alla verkstyper som kan överföras i nätverk. Från dessa förfogande skiljs emellertid spridning av exemplar, som enligt fördraget och direktivförslaget inte kan ske i nätverk; se nedan 6.2.

Jag har valt att följa fördragets och det föreslagna direktivets ordning, vilket får följande konsekvenser för framställningen. För det första skiljs spridning från framförande och visning. Detta medför ingen större ändring i gällande rätt då det vid nätverksöverföringar är de senare som inte är knutna till ett definierat exemplar. Som nämnts ovan 2.5.1 är t ex ett fotografi av en tavla ett exemplar av tavlan. Ett tillgängliggörande av fotografiet är en visning av verket trots att själva tavlan inte visas. Att den bild slutanvändaren får se inte är densamma som rättighetsinnehavaren innehar påverkar inte visningsrättens tillämplighet.¹²⁰ Att det förhåller sig annorlunda med spridning skall visas nedan 6 kap.

För det andra behandlas framförande och visning delvis tillsammans. De två ensamrätterna skiljer sig egentligen åt på flera sätt. Som nämnts ovan 2.5.2 avser framföranderätten verk som är utdragna i tiden, såsom texter, musik och likande, medan visningsrätten syftar på bilder och konstverk, dvs. ”statiska” verk. Det finns också olika regler som är knutna till endera förfogandeformen¹²¹. När det gäller nätverksöverföringar är utnyttjandet av utdragna respektive statiska verk emellertid så likartat att framförande och visning lämpligen tas upp i ett sammanhang. Desto mer motiverat är detta mot bakgrund av att en mängd olika verktyper ofta tillgängliggörs samtidigt. Ett enkelt exempel härpå är text och bilder på samma webbsida. Det finns således ett värde i att de två ensamrätterna i så stor utsträckning som möjligt behandlas lika.¹²² Visningsrättens konsumtion enligt 20 § URL fordrar emellertid en separat diskussion som kommer att föras nedan 5.2.2.3.

I det följande skall jag först redogöra för den nya ensamrätten överföring till allmänheten enligt WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet. Därefter undersöks framförande- och visningsrätternas tillämplighet och räckvidd vid nätverksöverföringar.

¹²⁰ Jfr. Olsson 1998, s. 174 f.

¹²¹ Se 2 kap. URL, inte minst visningsrättens konsumtion i 20 §.

¹²² Jfr. Nordell, s. 245.

5.2 Olika lösningar

5.2.1 WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet - överföring till allmänheten

Enligt art. 8 WCT "[...] skall upphovsmän till litterära och konstnärliga verk ha en uteslutande rätt att tillåta överföring till allmänheten av deras verk på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att deras verk görs tillgängliga till allmänheten på ett sådant sätt att medlemmar av allmänheten har tillgång till dessa verk från en plats och vid en tid som väljs individuellt av dem".

Artikeln anger tydligt att den form av tillgängliggörande som görs i datornätverk omfattas av upphovsmannens ensamrätt. Genom lokutionen "från en plats och vid en tid" undanröjs alla tvivel som kan orsakas av att slutanvändaren tar del av verket ensam i hemmet och därtill själv avgör när detta skall ske. Det är alltså förbehållet upphovsmannen att placera sina verk på en nätansluten server,¹²³ oavsett om besökaren kan ta del av verket genast från webbplatsen eller om hon, som beträffande PDF-filer, måste klicka på en ikon för att antingen öppna eller ladda hem verket till sin egen hårddisk. Regeln är utmärkt formulerad för de beställningstjänster som finns och kan komma att finnas på Internet, inklusive video-on-demand, försäljning av musikaliska verk över nätet, etc. Att notera är att "överföring" inkluderar både framförande och visning av verk i digitala sammanhang, då man endast talar om överföring av *verk*.

Art 3(1) i det föreslagna upphovsrättsdirektivet, med rubriken "Rätten till överföring till allmänheten, inbegripet rätten att tillhandahålla verk och annat material", lyder:

"Medlemsstaterna skall ge upphovsmännen ensamrätt att godkänna och förbjuda varje överföring till allmänheten av original och andra exemplar av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att deras verk görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att medlemmar av allmänheten kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tid som bestäms individuellt av dem".

Direktivet är avsett att möjliggöra medlemsländernas ratificering av WCT, varför regeln följer art. 8 i fördraget. En skillnad är att man uttryckligen nämner original och andra exemplar, vilket torde undanröja varje tvivel om att visning ingår i denna breda förfogandeform¹²⁴. En annan skillnad är att lokutionen "godkänna och förbjuda" innebär en, måhända överflödigt, markering att upphovsmannen har en förbuds rätt.

¹²³ Rätten att framställa exemplar, som ju även den blir aktuell vid uppladdning, diskuteras inte här.

¹²⁴ Jfr. nedan 5.2.2.3.

5.2.2 Svensk rätt - framförande och visning

För att framförande- och visningsrätterna skall aktualiseras krävs att man lämnar den privata sfären. Tillgängliggöranden i nätverk innebär emellertid i regel att slutanvändarna tar del av verken var och en för sig, ofta i hemmet. Den första frågan som infinner sig är huruvida den krets som har tillgång till Internet eller som kan tänkas ta del av en viss webbsida utgör allmänheten i upphovsrättslig mening.

Verk kan göras tillgängliga på olika sätt. Den ena huvudtypen av tillgängliggörande är där informationen ligger "öppen", så att informationen framträder automatiskt när webbsidan kommer fram på skärmen. Den andra huvudtypen är där informationen finns på webbplatsen i form av ett dokument som användaren måste antingen ladda ner till sin hårddisk, eller i vart fall öppna genom att klicka på en särskild ikon, för att kunna ta del av verket. Det som finns på skärmen är endast ett slags omslag, inte helt olik omslaget på en bok. Exempel på detta är PDF-filer, Mp3-filer, etc.¹²⁵. Här väljer slutanvändaren när hon vill ta del av verket. De nödvändiga åtgärderna vidtas med andra ord i högre grad än annars av allmänheten. Den andra frågan är således huruvida detta aktiva element hos användaren påverkar tillämpligheten av framförande- och visningsrätterna.

Enligt 20 § URL konsumeras vid utgivning visningsrätten till de exemplar som omfattas av utgivningen. Fråga uppstår därför huruvida visningsrättens tillämplighet kan påverkas av att bilderna en gång blivit utgivna.

5.2.2.1 Offentlighetsrekvisitet

Den första frågan är om tillgängliggörande av ett verk på en webbplats kan sägas ske "för allmänheten". Beträffande framförande är det klart att även framförande inför större sluten krets i förvärvsverksamhet är offentligt; 2 § 3 st. URL in fine. Huvudkriteriet är att vem som helst t ex mot betalning kan ta del av framförandet¹²⁶. Någon motsvarande regel finns inte beträffande visning, men regeln bör kunna tillämpas analogt även på den ensamrätten¹²⁷. Offentligt framförande och offentlig visning bör därför anses ske i alla situationer utanför den närmsta bekantskapskretsen.

Offentlighetsrekvisitet har prövats i en rad rättsfall i Sverige. I NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansförening) spelades musik vid danstillställningar där medlemskap visserligen krävdes, men kunde förvärfas så sent som samma dag som en tillställning. Antalet medlemmar var obegränsat, och man annonserade i ortspressen inför varje tillställning. HD ansåg offentlighetsrekvisitet vara uppfyllt. Detsamma skedde i NJA 1980 s. 123 (Hotellrum), där hotellet tillhandahållit radio och TV på rummen. HD anmärkte att en vidareändring av verk genom en centralantenn utgjorde ett offentligt framförande, eftersom hotellets gäster var att anse som

¹²⁵ Portable Document Format respektive Mpeg Layer 3.

¹²⁶ SOU 1956:25 s. 101 ff.

¹²⁷ Jfr. Nordell, s. 240 f.

allmänheten. Att märka är att offentligt framförande förelåg redan genom att hotellet tillhandahöll *möjligheten* att ta del av verken. I NJA 1986 s. 702 (Radiohandlarmålet) spelades musik upp i syfte att demonstrera hifi-utrustning, vilket ansågs utgöra ett offentligt framförande trots att endast en eller ett par personer i taget tog del av verken. I NJA 1988 s. 715 (Sjukhusmålet) tillhandahölls patienterna vid bl. a. sjukhus och sjukhem radiomusik vid sängen, och i personalutrymmen och vissa gemensamma utrymmen spelades musik från radio och TV jämte uppträdanden av trubadurer. I samtliga fall gällde att lyssnarkretsen inte ansågs så definierad och avgränsad att det kunde anses falla utanför offentlighetsbegreppet.

Offentligt framförande sker alltså inte bara när en publik tar del av verket samtidigt. Det är inget krav att allmänheten tar del av verket vid samma tidpunkt, eller ens att någon lyssnar alls. Om jag ställer upp en gitarrförstärkare på torget och spelar blues är det ett offentligt framförande även om ingen stannar upp och lyssnar, eller ens befinner sig på torget samtidigt. Det är själva *möjligheten* att ta del av verket som är avgörande, inte om någon verkligen utnyttjar möjligheten. Det sagda bör i stort anses gälla även för offentlig visning¹²⁸.

När verk tillgängliggörs på en webbplats kan potentiellt miljontals besökare ta del av det. Denna krets är utan tvekan utanför den närmaste bekantskapskretsen. Att besökarna tar del av verket var för sig vid sin dator saknar härvid betydelse; en radioutsändning är ett offentligt framförande även om alla lyssnare skulle sitta och trycka ensamma med var sin radio. I Hotellmålet kunde ju hotellgästerna lyssna på radio eller se på TV ensamma på sitt rum. Inte heller är det något hinder att besökarna oftast inte tar del av verket vid samma tidpunkt. Väntmusik i telefon är också ett offentligt framförande, likaså att spela upp ett verk för en kund i taget för att demonstrera hifi-apparater som i Radiohandlarmålet¹²⁹.

Vi kan konstatera att offentlighetsrekvisitet inte hindrar tillämpning av reglerna om framförande och visning på nätverksöverföringar. Där mottagarkretsen inte är individuellt bestämd och väl avgränsad sker framförandet respektive visningen offentligt. Att tillgängliggöra verk på en webbplats är således att göra verket tillgängligt för allmänheten enligt 2 § URL. Detsamma gäller sådana slutna datornätverk, intranät, där kretsen som kan ta del av verket inte är tillräckligt avgränsad. Det sagda gäller också om tillgång till materialet kräver någon form av betalning. Sådana situationer täcks med hänsyn till den potentiella kundkretsens storlek utan tvekan av 2 § 3 st.

5.2.2.2 Interaktivitet

Den andra frågan är huruvida slutanvändarens aktivitetsgrad påverkar tillämpligheten av reglerna om offentligt framförande eller visning. Frågan grundar sig i att framförande och visning traditionellt skett under sådana

¹²⁸ Jfr. Nordell, s. 242.

¹²⁹ Olsson 1998, s. 90.

former att publiken varit passiv i förhållande till de nödvändiga åtgärderna. Visserligen måste man ta sig till biografen för att se en film, eller till konstgalleriet för att se en utställning, men tillgängliggörandet är i dessa fall inte beroende av den enskilde besökaren. Frågan är om blotta tillgängliggörandet på en nätansluten server räcker för att ett framförande eller en visning skall anses ske. I BBS-målet tolkade HD i 2 § 3 st. in ett aktivitetskrav för att *intrång* skall ske. Detta skall i och för sig ses mot bakgrund av att det var fråga om ett brottmål, där den straffrättsliga legalitetsprincipen givetvis inte får kringgås¹³⁰. Än viktigare är dock att HD i fallet endast prövade den tilltalades ansvar i egenskap av BBS-operatör, dvs. för det blotta tillhandahållandet av en BBS till - och från - vilken verk överfördes. Att själva tillgängliggörandet i sig är ett förfogande tycks förutsättas i HD:s dom. Ett eventuellt aktivitetskrav torde därför vara uppfyllt i samband med uppladdningen. Det tycks således *prima facie* finnas goda grunder för uppfattningen att ett offentligt framförande föreligger redan vid tillgängliggörandet. Motsvarande gäller rimligen visning.

Man måste emellertid skilja mellan två olika fall. I det första fallet finns verket "öppet" på själva webbplatsen, och det enda slutanvändaren måste göra för att ta del av det är att klicka på en länk eller skriva in en adress i adressfältet. Här kan det på goda grunder sägas röra sig om ett offentligt framförande från dess att webbplatsen anslöts till nätverket, helt i linje med att det är ett offentligt framförande att spela musik på torget även om ingen skulle befinna sig där, eller att sända musik i radio när ingen lyssnar. Åtgärderna slutanvändaren vidtar skiljer sig i det avseendet inte i avgörande mån från att ställa in rätt frekvens på radioapparaten eller sätta på rätt kanal på TV-apparaten. Något annorlunda är det beträffande t ex Mp3- eller PDF-filer. Även här finns dokumenten att hämta från en webbplats, men för att ta del av verken måste besökaren ladda ner hela dokumentet till sin egen hårddisk eller i vart fall öppna det genom att klicka på en särskild ikon¹³¹. Det är således helt upp till slutanvändaren om och *när* hon vill ta del av verket. Frågan är om framförande respektive visning kan anses ske under sådana förhållanden.

Fenomenet att det är slutanvändaren som avgör när hon vill ta del av verket är inte nytt. Karaoke är ett typiskt exempel på ett offentligt framförande där användarna, gästerna på en krog eller fest, själva väljer när de vill spela upp, och sjunga till, en viss låt¹³². I skivbutiker är det brukligt att låta kunderna avlyssna skivorna i hörlurar i butiken. Det är kunderna själva som avgör vad de vill lyssna på och när, och icke desto mindre är det ett offentligt framförande.¹³³

Vi kan således sluta oss till att det faktum att det är slutanvändaren som själv avgör om eller när hon önskar ta del av ett verk *inte* förtar

¹³⁰ RF 1:1; jfr. Nordell, s. 241 f.

¹³¹ Det är inte ens säkert att dokumenten finns på samma server som webbplatsen i övrigt.

¹³² Olsson 1998, s. 90.

¹³³ E-postmeddelande från Stefan Tkaczyk på STIM, 2000-04-10.

tillgängliggörandets egenskap av offentligt framförande. Motsvarande torde gälla visning av bilder.

5.2.2.3 Visningsrättens konsumtion

När ett verk har utgivits får enligt 20 § URL de exemplar som omfattas av utgivningen visas offentligt. Motsvarande gäller när upphovsmannen överlåtit exemplar av ett konstverk. Frågan är om visningsrättens tillämplighet vid tillgängliggörande i nätverk kan påverkas av konsumtion. För att visningsrätten skall anses konsumerad krävs för det första att verket varit föremål för *utgivning*, och för det andra att aktuellt exemplar *omfattas av utgivningen*. Utgivning förutsätter enligt 8 § 2 st. att exemplar med upphovsmannens samtycke förts i handeln eller eljest blivit spridda till allmänheten. Utgivningsbegreppet kommer att behandlas nedan 6.3 och har ingen direkt relevans här mer än att konsumtion förutsätter att verket är utgivet. Beträffande konstverk krävs att konstverket överlåtit, och konsumtionen avser endast det överlåtna exemplaret.

Visningsrätten konsumeras som sagt endast beträffande de exemplar som omfattas av utgivningen. Här framträder visningsrättens knytning till ett exemplar i tydlig kontrast till tekniken kring nätverksöverföringar. Eftersom tillgängliggörande i nätverk förutsätter ett flertal exemplarframställningar, varvid det exemplar slutanvändaren får se inte alls är detsamma som en gång tillgängliggjordes, uppstår frågan *vilket* exemplar som är knutet till visningsrätten och därmed omfattas av utgivningen. Härvid kan svaret variera beroende på i vilken form verket gavs ut. Ponera att en bild givits ut i samband med utgivningen av en bok, dvs. att den är utgiven i pappersform. Visningsrätten till de exemplar som omfattas av utgivningen är konsumerad. Detta innebär emellertid inte mer än att bilden *i boken* får visas offentligt, vare sig man förevisar hela boken eller river ut den aktuella sidan. Lagring på en dator innebär exemplarframställning, och det nya exemplaret omfattas inte av utgivningen. I sådant fall är visningsrätten aldrig konsumerad när den tillgängliggörs och överförs i nätverk.

Situationen är något annorlunda när en bild offentliggörs första gången på en webbplats. Om denna åtgärd kan klassificeras som utgivning torde visningsrätten till detta exemplar konsumeras. Men omfattas något ytterligare exemplar av utgivningen? Helt klart är att det exemplar som tillgängliggörs på servern är skilt från de nya exemplar som uppstår hos slutanvändaren. I vart fall de tillfälliga exemplar som med nödvändighet uppstår vid webbläsning framställs med underförstådd licens från rättighetsinnehavaren; jfr. nedan 7.2.2.1¹³⁴. Eftersom dessa exemplar är en förutsättning för att verket skall kunna visas är det inte helt orimligt att hävda att de omfattas av utgivningen, så att visningsrätten till exemplaren är konsumerad när de dyker upp på skärmen. I så fall torde exemplaren få visas offentligt, t ex med en projektor inför publik, såvida inte projektors användande förutsätter en ny exemplarframställning. Liksom kommer att framgå nedan 6.3 är frågan emellertid i dagsläget helt akademisk eftersom

¹³⁴ Detta förutsätter givetvis att tillgängliggörandet varit tillåtet.

utgivning enligt gällande rätt inte kan anses ske vid tillgängliggörande i nätverk. Helt klart är att konsumtion inte kan inträda pga. överlåtelse av ett konstverk, eftersom konsumtionen endast kan avse det överlåtna exemplaret. Vid tillgängliggörande i nätverk uppstår ett nytt exemplar som inte får visas med stöd av 20 §; jfr. nedan 6.2.3.

Vi kan således konstatera att visningsrättens konsumtion enligt 20 § i dagsläget inte på något sätt påverkar visningsrättens tillämplighet. Med en eventuell ändring av utgivningsbegreppet kan situationen emellertid komma att ändras i de fall där verk offentliggörs för första gången på en webbplats.

5.3 Sammanfattning och kommentar

Som framgått ovan torde upphovsmän vara skyddade mot tillgängliggörande i nätverk redan med de befintliga begreppen framförande och visning. Ett eventuellt aktivitetskrav är uppfyllt genom att verket laddas upp på en nätansluten server. Framföranderättens tillämplighet torde inte ifrågasättas av någon, och inte heller visningsrätten borde vålla några större problem. Någon konsumtion av visningsrätten blir med nuvarande terminologi inte aktuell i nätverk, varför visningsrätten gäller fullt ut. Jag vill ändå förorda att den nya överföringsrätten enligt WCT och upphovsrättsdirektivet införs i svensk rätt vid sidan av de nuvarande ensamrätterna, för det första av tydlighetsskäl, och för det andra därför att det underlättar rättighetsklarering.

Tydlighet är viktig av flera anledningar. För det första bjuder *legalitetsprincipen* att lagen är tydlig och har en rimlig terminologi. Framförande och visning av exemplar kan förvisso verka tydligt nog för den insatte, men för en lekman kan det verka förvirrande att överföring av filer, samt tillgängliggörande av desamma på en webbplats, är framförande eller visning. Det är språkligt främmande.

För det andra är *rättstillämpningen* betjänt av en tydlig terminologi och klart definierade ensamrätter. Nuvarande regler har visat sig svårillämpade och har vållat stor förvirring på många plan¹³⁵. Införande av en tydlig regel som i WCT och upphovsrättsdirektivet torde kunna bota flera problem och möjliggöra en rimlig och förutsebar rättstillämpning.

För det tredje måste hänsyn tas till *framtida behov*. Även om nuvarande begrepp i princip täcker dagens förfoganden, är det med nöd och näppe. Överföringsrätten enligt WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet tar direkt syfte på nätverksöverföringar och är därför mer träffsäker än framförande och visning, allrahelst som man uttryckligen anger att tillgängliggörande innebär ett förfogande även där allmänheten själv

¹³⁵ Se t ex NJA 1996 s. 79 (BBS-målet) och Högsta domstolen 2000-06-15. Mål nr. B 413-00 (MP3-målet).

bestämmer när och var de vill ta del av verket. Tydlighet är en stor fördel när lagtext skall tolkas för att tjäna sitt syfte i framtida situationer.

Rättighetsklareringen är betjänt av en överföringsrätt som uttryckligen syftar på nätverksöverföringar. Nätverksöverföringar, framför allt av filer med musikaliska eller litterära verk, är som utnyttjandeform en hybrid som i flera avseenden motsvarar framförande och spridning samtidigt. Det rent ekonomiska värdet i många nätverksöverföringar är således långt större än i offentliga framföranden i radio, TV och liknande. Därför förtjänar de en egen hantering. Offentliga framföranden av musikaliska verk hanteras i Sverige av STIM, medan exemplarframställning och spridning hanteras av NCB¹³⁶. Oavsett vem som skulle hantera nätverksöverföringar kan det visa sig nödvändigt att betrakta dem som en separat utnyttjandeform.

Överföringsrätten är dessutom till synes mer neutral än framförande och visning i det att den täcker så många potentiella situationer. Man kan dra en parallell till avtalslagen, som trots att den tillkom så tidigt som 1915 fortfarande kan tillämpas på de allra flesta situationer.¹³⁷ På så sätt undviks också överilade förändringar och plottrig, asymmetrisk lagtext.

De traditionella framförande- och visningsrätterna bör emellertid bibehållas vid sidan av överföringsrätten. Vid t ex streaming erhåller slutanvändaren inget exemplar som hon kan använda vid senare tillfälle. Sådana överföringar skiljer sig därför inte från vanliga radioutsändningar, och faller därför naturligt inom ramarna för den vanliga framföranderätten. Valet mellan ensamrätterna bör göras mot bakgrund av syftet och resultatet med överföringen. Överföring av musikfiler, t ex Mp3-filer, tillhör kärnan i överföringsrättens tillämpningsområde. I takt med att olika överföringstyper uppstår kommer det troligtvis att bli tydligare vilka förfoganden de respektive ensamrätterna täcker. Därmed kommer också rollfördelningen mellan ensamrätterna att framstå som allt mer motiverad.

¹³⁶ www.ncb.dk och www.stim.se (2000-08-09).

¹³⁷ Jfr Lundmark, Christina, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, Stockholm 1998, s. 101 ff.

6 Spridning

6.1 Inledning

Det har ovan konstaterats att nätverksöverföringar aktualiserar exemplarframställning jämte offentligt framförande eller visning, beroende på verkstypen. Det återstår att undersöka huruvida även spridningsrätten aktualiseras. Frågan kan visserligen te sig akademisk - särskilt om en överföringsrätt enligt WCT och upphovsrättsdirektivet införs - eftersom upphovsmannen då under alla omständigheter synes vara skyddad mot otillåtna förfoganden. Spridningsrätten är emellertid även av vikt på grund av dess rättsverkningar. För det första är spridning enligt gällande rätt en förutsättning för *utgivning*; 8 § 2 st. URL. Utgivning ger i sin tur upphov till ett antal rättsverkningar. För det andra är spridningsrätten med vissa undantag underkastad *konsumtion* efter första spridningsåtgärden. Frågan tål därför att granskas noggrant, med beaktande av de rättsliga konsekvenserna. Jag skall nedan behandla spridningsrätten enligt, WCT, det föreslagna upphovsrättsdirektivet respektive svensk rätt.

6.2 Olika lösningar

6.2.1 WCT

Artikel 6(1) i WCT anger att "[u]pphovsmän till litterära och konstnärliga verk skall åtnjuta en uteslutande rätt att tillåta att original och exemplar av deras verk görs tillgängliga för allmänheten genom försäljning eller annat överförande av äganderätt". Detta stadgande kan synas ge mer täckning för en spridningsrätt som täcker nätverksöverföringar, då 6(2) anger att "[i]ngenting i detta fördrag skall inverka på avtalslutande parter:s frihet att bestämma de villkor som kan finnas böra gälla i fråga om konsumtion av rätten enligt (1) efter den första försäljningen eller annan överföring av originalet eller ett exemplar av verket med upphovsmannens tillstånd". Det sagda tycks inte hindra en ordning där nätverksöverföringar aktualiserar spridningsrätten men inte konsumtion av densamma.

Denna tolkning är emellertid något förhastad. I den gemensamma förklaringen i anknytning till artiklarna 6 och 7 anges: "[i] den mening de används i dessa artiklar hänför sig uttrycken "exemplar" och "original och exemplar", vilka omfattas av spridningsrätten och uthyrningsrätten enligt de nämnda artiklarna, uteslutande till upptagna exemplar som kan bringas i omsättning som fysiska objekt".

Samma anmärkning kan göras här som ovan, att när besökaren genom nedladdning får ett permanent exemplar av verket, kan det hävdas att det är

ett exemplar som kan bringas i omsättning som ett fysiskt objekt. Samma invändningar mot detta är lika giltiga. WCT bringar således ingen klarhet i situationen utöver vad som redan kan sägas enligt gällande svensk rätt.

6.2.2 Det föreslagna upphovsrättsdirektivet

Artikel 4 i det föreslagna upphovsrättsdirektivet lyder:

"1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmännen ensamrätt, i fråga om originalen till deras verk eller andra exemplar av dessa, till varje form av spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt".

2. Spridningsrätten skall inte konsumeras inom gemenskapen för ett original eller annat exemplar av ett verk, förutom i de fall då den första försäljningen, eller någon annan form av överföring av äganderätten, inom gemenskapen som gäller *detta föremål* görs av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke" [min kursivering].

Bestämmelsen anger att en spridningsrätt skall finnas, och erinrar om dess koppling till konsumtion. Ordalydelsen i 4.2 syftar främst till att markera att konsumtionen skall vara regional, men punkten innehåller även den intressanta lokutionen "detta föremål". Bestämmelsen ger således vid handen att i vart fall konsumtionen är kopplad till fysiska föremål. Härvid innebär direktivförslaget ingen ändring av rättsläget. Det är däremot öppet för en ordning där nätverksöverföringar aktualiserar spridningsrätten men inte konsumtion av densamma.

I preambeln förtydligas emellertid saken något. Premiss 18 definierar spridningsrätten som "ensamrätten att bestämma över spridning av verk som ingår i *en konkret vara*", och beskrivningen av konsumtionen i samma punkt talar om "vidareförsäljningen av *föremålet*". Formuleringen anger ganska tydligt att spridningsrätten avser konkreta föremål. Premiss 19 förklarar varför konsumtion inte inträder vid nätverksöverföringar, varvid det påpekas att varje sådan överföring också innebär ett förfogande som inte omfattas av konsumtionen. Härmed avses - även om det inte sägs uttryckligen - givetvis främst exemplarframställning. En vidareförsäljning riktar sig emellertid ofta till allmänheten, och för det fall denna skulle ske genom nätverksöverföring kommer också ett tillgängliggörande för allmänheten att äga rum. Denna konsumeras lika lite som rätten till exemplarframställning.¹³⁸ Sammantaget tycks direktivförslaget innebära att spridningsrätten *inte* omfattar nätverksöverföringar.

6.2.3 Svensk rätt

För att spridning skall ske krävs enligt svensk rätt att tre förutsättningar är uppfyllda. För det första skall ett *exemplar* föreligga. För det andra skall detta exemplar *överlätas* genom försäljning, gåva eller liknande (utlåning

¹³⁸ Jfr artikel 3 i det föreslagna upphovsrättsdirektivet.

låter sig av naturliga skäl inte göras genom nätverksöverföringar). För det tredje skall åtgärden vara *riktad till allmänheten*; 2 § 3 st. URL.¹³⁹

6.2.3.1 Åtgärd riktad till allmänheten

Kravet på att åtgärden skall vara riktad till allmänheten medför inga problem. Det är inget krav att åtgärden skall innebära en marknadsföring av exemplaret eller exemplaren, utan så fort åtgärden riktar sig till en krets utanför familjen och den närmsta bekantskapskretsen anses den riktad till allmänheten.¹⁴⁰ Det sagda innebär att om den krets som har tillgång till ett nätverk inte är definierad och väl avgränsad, är åtgärden riktad till allmänheten. Detta täcker de flesta åtgärder på Internet utom e-post.

6.2.3.2 Förekomsten av ett exemplar

Spridningsrätten tillkom vid en tid när exemplar odiskutabelt var fysiska föremål av något slag, och ingår därför traditionellt jämte exemplarframställningsrätten och visningsrätten i den s.k. exemplarrätten. Det är naturligt när man enbart talar om exemplar i form av föremål. Vi har emellertid konstaterat att exemplar förvisso föreligger vid nätverksöverföringar, såväl hos inmataren som hos slutanvändaren - med reservation givetvis för det fall mottagaren endast får ett exemplar i RAM-minnet och detta inte betraktas som ett exemplar. Om mottagaren därtill får ett permanent exemplar genom nedladdning finns ytterligare skäl att anse kravet på förekomsten av ett exemplar uppfyllt. Frågan är om det räcker för att tillgodose lagens krav beträffande just spridning.¹⁴¹

Spridningsrätten är knuten till överlåtelse av exemplar som är så självständiga att de i sig skall kunna cirkulera på marknaden.¹⁴² Detta skall ses i kombination med 19 § URL, som anger konsumtionsregeln, dvs. att "[n]är ett exemplar av ett litterärt eller musikaliskt verk eller ett konstverk med upphovsmannens samtycke har överlåtits, får exemplaret spridas vidare". Tanken är således att exemplaret skall kunna spridas i mer än ett led för att spridningsrätten skall kunna bli aktuell. Låt oss granska vad som händer vid nätverksöverföringar genom att ta ett exempel. Slut användaren surfar in på en webbplats, varvid ett exemplar av i vart fall en del av webbplatsen framställs i hennes dators RAM-minne. Om hon inte sparar informationen på sin hårddisk eller en diskett har hon inget exemplar som är så självständigt fixerat att det kan cirkulera på marknaden. Under de omständigheterna torde kravet på förekomsten av ett exemplar *inte* vara uppfyllt. Skulle hon däremot permanent lagra informationen, t ex på en diskett, kan man hävda att ett exemplar som uppfyller lagens kriterier föreligger.

¹³⁹ Se även SOU 1956:25 s. 94 ff.

¹⁴⁰ SOU 1956:25 s. 101 ff., jfr. ovan 5.2.2.1.

¹⁴¹ Observera att detta resonemang om exemplar endast gäller spridningsrätten. I övrigt gäller vad som sägs ovan 4 kap.

¹⁴² Jfr prop. 1996/97:111 s. 32 och SOU 1956:25 s. 93.

6.2.3.3 Exemplet skall överlåtas

För att spridning skall ske skall exemplet byta händer genom en överlåtelse av något slag - köp, gåva eller liknande. En överlåtelse av ett exemplar innebär att äganderätten till exemplet överlåts, medan ensamrätten till verket stannar hos upphovsmannen; 27 § 1 st. URL. Det sagda innebär att rätten att framställa nya exemplar eller rätten till offentligt framförande inte ingår i överlåtelsen¹⁴³. Denna ordning fungerar beträffande böcker, musikskivor samt datorspel där bäraren måste finnas i datorn för att spelet skall kunna användas. Men låt oss utveckla ovan nämnda exempel på nätverksöverföring. På webbplatsen finns filer som slutanvändaren antingen mot betalning eller gratis kan ladda hem till sin hårddisk. Sedan klarering skett - eller, i gratisfallet, direkt - överförs filen till slutanvändaren. Vad hon får är emellertid inte samma exemplar utan ett nytt. Förlagan stannar hos inmataren. Därmed har ingen överlåtelse av exemplet skett, varför detta krav inte kan anses uppfyllt.

Man kan i och för sig hävda att kravet på överlåtelse inte innebär att samma exemplar måste byta händer. Det kan hävdas att det exemplar som omfattas av överlåtelsen inte är förlagan för kopieringen utan i själva verket det nya exemplar som framställs hos slutanvändaren. Den enda skillnaden mellan denna situation och där fysiska exemplar överlåts är ju då att exemplarframställningen i det senare fallet äger rum innan överlåtelsen medan den här sker antingen efteråt eller samtidigt. Resultatet blir detsamma, dvs. att mottagaren får ett exemplar.¹⁴⁴

Resonemanget haltar emellertid. Spridningsrätten är knuten till konsumtion enligt 19 § URL. Konsumtion kan inte komma ifråga vid nätverksöverföringar eftersom överlåtare alltid behåller sitt exemplar medan mottagaren får ett nytt. Allt är gott och väl när A överlåter ett exemplar av sitt verk till B över nätverk. B får ett nytt exemplar, och hittills finns inget som i sig hindrar tillämpning av spridningsrätten. När emellertid B vill vidareöverlåta sitt exemplar till C sker en ny exemplarframställning, medan B behåller sitt exemplar. Konsumtionen avser endast spridningsrätten till det aktuella exemplet, ingen annan ensamrätt. En ny exemplarframställning innebär ju ett förfogande som inte omfattas av konsumtionsreglerna.

6.3 Sammanfattning och kommentar

Sammantaget pekar både gällande svensk rätt, WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet på att överföringar i nätverk *inte* aktualiserar spridningsrätten. Visserligen sägs intet i 2 § URL, art 6 WCT eller artikel 4 i direktivförslaget som motsäger en ordning där nätverksöverföringar aktualiserar spridningsrätten men inte konsumtion av densamma. I flera

¹⁴³ SOU 1956:25 s. 279.

¹⁴⁴ Jfr Eklund, a.a. s. 32.

olika sammanhang har det dock gjorts tydligt att spridningsrätten tar sikte på fysiska föremål. Denna ordning är rimlig av flera anledningar.

För det första är spridningsrätten intimt förknippad med konsumtionsreglerna, dvs. att ensamrätten till exemplaren konsumeras vid första spridningsåtgärden. Det är emellertid endast spridningsrätten som konsumeras, varför varje åtgärd som omfattar något annat förfogande även fortsättningsvis är förbehållet upphovsmannen. En nätverksöverföring innebär med nödvändighet en exemplarframställning hos mottagaren, och har i regel föregåtts av ett tillgängliggörande för allmänheten. Även om man skulle betrakta det nya exemplaret och inte dess förlaga som överlåtelseexemplar, kan detta exemplar inte spridas vidare utan att ännu en exemplarframställning sker. Detta kan inte med bästa vilja betraktas som likvärdigt med spridning av fysiska exemplar.

För det andra är upphovsmannen även utan spridningsrätt vid nätverksöverföringar skyddad mot de förfoganden som sker i nätverk, genom ensamrätten att framställa exemplar och att göra verket tillgängligt för allmänheten genom framförande eller visning. Detta blir desto mer sant med det föreslagna upphovsrättsdirektivets bredare och tydligare ensamrätt överföring till allmänheten.¹⁴⁵

För det tredje är det av stort värde att upprätthålla en enhetlig begreppsstruktur och göra så få ändringar som möjligt. Spridning är kopplad till konsumtion och således rimligen knuten till exemplar som kan cirkulera på marknaden som föremål. Att införa ett undantag från konsumtion för nätverksöverföringar i 19 § URL är visserligen lagtekniskt enkelt, men skapar en onödigt asymmetri i lagen. I linje med vad jag anfört ovan 5.5 skyddas rättighetsinnehavare vid nätverksöverföringar lämpligen genom ensamrätten överföring till allmänheten, alternativt offentligt framförande, och inget annat.

Ett undantag från det sagda skulle kunna vara det fall att ett verk laddas ned och permanent lagras på t ex hårddisken eller en CD-skiva. Om verket laddas ner direkt till CD-skivan, skulle man kanske kunna tala om spridning eftersom ett permanent exemplar uppstår som kan spridas vidare som fysiskt exemplar. En förutsättning för det är emellertid att användningen av verket inte fordrar att nya exemplar framställs, som är fallet med datorprogram (jfr. ovan 4.2). Om verket laddas ned på hårddisken, och användningen av verket inte fordrar ytterligare exemplarframställningar, är saken måhända mer tveksam. Det kräver i så fall att man betraktar hårddisken som ett fysiskt föremål som kan cirkulera på marknaden.

En olycklig konsekvens av att spridningsrätten inte blir tillämplig är att utgivning inte kan ske vid tillgängliggörande i nätverk. Spridning är en förutsättning för utgivning enligt 8 § 2 st. URL¹⁴⁶. Bestämmelsen anger att ett verk "anses utgivet då exemplar därav med upphovsmannens samtycke

¹⁴⁵ Jfr. ovan 5.2.1.

¹⁴⁶ SOU 1956:25 s. 163.

förts i handeln eller eljest blivit *spridda* till allmänheten" (min kursivering). Utgivning har i sin tur viktiga rättsverkningar, bl a konsumtion av visningsrätten enligt 20 §.¹⁴⁷ Att tillgängliggörande i nätverk inte kan betraktas som utgivning får bl a den bisarra konsekvensen att en artikel som endast publiceras på DN:s webbplats inte anses utgiven, medan den anses utgiven så fort den publiceras i pappersupplagan. Det innebär också att inga bestämmelser knutna till utgivna verk blir tillämpliga. Här är dock inte rätt plats att redogöra för alla konsekvenser. Det enda som är relevant för denna framställning är utgivningens koppling till spridningsbegreppet.

Man kan huvudsakligen tänka sig två sätt att komma runt problemet med utgivning. Det ena alternativet är att tolkningsvägen eller genom en mindre lagändring hävda att publicering på Internet faktiskt innebär att verket blir utgivet. Det kan t ex hävdas att exemplar av verket de facto har förts i handeln om de tillgängliggörs för försäljning på en webbplats. När verk bara tillgängliggörs utan att försäljning åsyftas, blir det mer komplicerat, då de mer svårigen kan sägas ha "förts i handeln". Då återstår alternativet "eljest blivit spridda bland allmänheten". Man skulle härvid kunna hävda att spridningsrekvisitet är uppfyllt för utgivning även där exemplaren framställs av användarna själva¹⁴⁸. Här uppstår problem i det att man till synes måste välja mellan en enhetlig tolkning av spridningsbegreppet och en pragmatisk syn på utgivningsbegreppet.

Det andra alternativet är att fokusera på de bestämmelser där utgivning ingår som rekvisit, och analysera om och i så fall varför det är viktigt att verket är utgivet för att dessa bestämmelser skall kunna tillämpas. T ex fordrar framställning av exemplar för enskilt bruk enligt 12 § endast att verket är *offentliggjort* enligt 8 § 1 st. Det kan ifrågasättas varför utgivning är umbärligt i det fallet men inte beträffande t ex offentligt framförande vid gudstjänster och liknande tillställningar enligt 21 §.

Trots nämnda lagtekniska problem väger skälen för att utesluta spridningsrätten från nätverksöverföringar tyngst. Exemplet utgivning tjänar mest att uppmärksamma vikten av tydligt definierade begrepp. Desto viktigare är det då att uppmärksamma splittringen av exemplarbegreppet. När det föreslagna upphovsrättsdirektivet träder ikraft kommer tillfälliga kopior att aktualisera exemplarframställningsrätten men inte spridningsrätten. Det är därför önskvärt att i lag uttryckligen ange att spridningsrätten (till skillnad från exemplarframställningsrätten) endast avser spridning av fysiska exemplar. Lagtekniskt räcker t ex att ordet "fysiska" infogas i 2 § 3 st.¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Se även 13 § (exemplarframställning och upptagningar för undervisningsändamål), 17 § (exemplar i blindskrift), 21 § (rätt att framföra verk offentligt i vissa fall) och 26 d § (särskilda bestämmelser om ljudradio och television).

¹⁴⁸ Jfr Muldin, Kenth, *Rättighetsförvaltning i elektroniska media*, i *Digitalisering och upphovsrätt* (red. Karnell), Stockholm 1993, s. 91.

¹⁴⁹ Lydelsen skulle kunna bli "då fysiska exemplar därav utbjudes [...]".

7 Parternas ansvar

7.1 Inledning

När det gäller ansvarsfrågor skall det erinras om att dessa skiljer sig från frågor kring förfoganden och ensamrätter i det att de senare handlar om när ett visst förfogande är för handen eller om det ingår i ensamrätten, medan ansvarsfrågorna endast rör ansvaret för förfogandet. En handling kan utgöra ett förfogande utan att personen ifråga ansvarar för den, t ex därför att den faller utanför ensamrätten.¹⁵⁰ Ett exempel härpå är exemplarframställning för enskilt bruk enligt 12 § URL. I sådana fall aktualiseras inget ansvar. Eftersom undantagen från ensamrätterna är intimt förknippade med ansvaret har jag valt att behandla dessa regler här, trots att de formellt egentligen definierar ensamrätternas yttre gränser. Som vi skall se väcker förfoganden över nätverk också frågor om bl a medverkansansvar, varför det kan finnas skäl att begränsa vissa parters ansvar.

Parterna är desamma som definieras ovan 3 kap., nämligen inmataren, nätverksoperatören, Internetleverantören, värdtjänst innehavaren och slutanvändaren. Dessa kan delas in i två grupper. I den första återfinns inmataren och slutanvändaren. Det är dessa som egentligen kommunicerar med varandra, och som också har direkt kontakt med och kontroll över informationen som överförs. I den andra gruppen återfinns mellanhänderna i kommunikationen - nätverksoperatören, Internetleverantören och värdtjänst innehavaren.

Kapitlet behandlar ansvarsfrågorna enligt svensk rätt och gemenskapsrätt, med vissa jämförelser med amerikansk rätt. Eftersom syftet är att redogöra för parternas respektive ansvar har jag valt att behandla dem var för sig, på bekostnad av enhetliga redogörelser för de olika rättsakterna.

7.2 Inmataren och slutanvändaren

7.2.1 Inmataren

Inmataren är den som tillgängliggör ett verk på en nätansluten server, vare sig denna är hennes egen eller annans. Inmatarens ansvar är enkelt att identifiera; det är självfallet hon som i första hand ansvarar för de förfoganden som sker över nätverket. Det följer naturligt av att det är hon som gör den första relevanta exemplarframställningen - uppladdningen - och

¹⁵⁰ Det självklara tål att poängteras, särskilt mot bakgrund av vissa mindre genomtänkta förarbetsuttalanden; jfr. prop. 1996/97:111 s. 32 och ovan 4.2.4.

gör verket tillgängligt för allmänheten.¹⁵¹ Hon är också den som har direkt kontroll över materialet. I normalfallet är inga inskränkningar i ensamrätten (2 kap. URL) tillämpliga. Uppladdningen kan inte vara exemplarframställning för enskilt bruk eftersom exemplaret görs tillgängligt för allmänheten; 12 §. Visning av bilder torde inte få ske eftersom visningsrätten inte är konsumerad i detta avseendet; se 20 § jfrt. med 5.2.2.3 ovan. Verk som är utdragna i tiden, utom filmverk kan dock få tillgängliggöras om webbsidan är icke-kommersiell och framförandet inte är det huvudsakliga momentet; 21 §. Regeln torde emellertid ytterst sällan kunna tillämpas på webbsidor, allra minst där verken tillgängliggörs i form av filer, som t ex musikfiler.

7.2.2 Slutanvändaren

Slutanvändaren är den sista parten i kedjan vid nätverksöverföringar. Vilka förfoganden som sker i detta led beror av om gällande svensk rätt eller det föreslagna upphovsrättsdirektivet tillämpas, men frågan kretsar kring exemplarframställning. När användaren surfar in på en webbplats uppstår emellertid alltid som minst en tillfällig kopia i hennes dator. Vid nedladdning eller utskrift uppstår en permanent kopia. Permanent lagring och utskrifter utgör under alla omständigheter exemplarframställning; se ovan 4.1. Tillfälliga kopior, däremot, anses av den svenske lagstiftaren inte utgöra exemplar i upphovsrättslig mening. Det kan dock på goda grunder antas att denna ståndpunkt är direkt felaktig, varför det inte kan uteslutas att tillfälliga kopior även enligt svensk rätt kan innebära exemplarframställning; se ovan 4.2.4. Enligt det föreslagna upphovsrättsdirektivet betraktas alla kopior som exemplar, medan de tillfälliga kopior som uppstår automatiskt vid webbläsning undantas från ensamrätten; art. 2 och 5.1. Nedan skall redogöras för ansvaret enligt båda synsätten. Det är härvid motiverat att behandla vanlig webbläsning (varvid endast tillfälliga kopior uppstår) och nedladdning och utskrifter (varvid permanenta kopior uppstår) för sig.

7.2.2.1 Webbläsning

Vid webbläsning uppstår genast ett exemplar i slutanvändarens dators RAM-minne, och i de flesta fall även en cachekopia som finns kvar sedan datorn stängts av. Det är användaren som utför exemplarframställningen eftersom det är hon som genom att klicka på en länk eller skriva in en adress i adressfältet har valt att hämta hem informationen. Följer man den svenske lagstiftaren aktualiseras inget som helst ansvar i det läget. Enligt den alternativa svenska synen och det föreslagna upphovsrättsdirektivet uppstår dock ett exemplar varvid ett förfogande sker. Förfogandet kan härvid vara lagligt på följande grunder.

När tillgängliggörandet skett med rättighetsinnehavarens samtycke kan en *underförstådd licens* ("implied licence") anses föreligga, dvs. att rättighetsinnehavaren genom att tillgängliggöra sitt verk på en webbplats får

¹⁵¹ Jfr Heine, Kasper, *Medverkansansvaret för ophavsrettskränkningar på Internet*, NIR 1999 s. 616.

anses ha gett sitt samtycke till exemplarframställningen.¹⁵² Meningen med att tillgängliggöra material är ju att människor skall ta del av det. Under sådana omständigheter aktualiseras givetvis inget ansvar för slutanvändaren.

För det fall tillgängliggörandet skett utan rättighetsinnehavarens samtycke har det föreslagna direktivet och upphovsrättslagen olika lösningar. Enligt art. 5.1 i direktivförslaget undantas tillfälliga kopior som följer av nätverksöverföringar från ensamrätten, vilket utesluter ansvar. Enligt upphovsrättslagen kan det hävdas att slutanvändaren framställer ett tillåtet exemplar för *enskilt bruk* (12 §). Regeln om exemplar för enskilt bruk täcker de flesta element som kan tänkas finnas på en webbsida, som text, bilder, etc., men ger inte rätt att framställa exemplar av datorprogram eller exemplar i digital form av sammanställningar i digital form (dvs. databaser); 12 § 2 st.¹⁵³ Härvid tycks det föreligga en lucka i svensk rätt, där ansvar i princip kan aktualiseras. Viss åtskillnad bör göras mellan databaser och datorprogram.

Beträffande databaser anger art. 6.1 i direktivet 96/9/EG om upphovsrättsligt skydd för databaser att sådant förfogande som är nödvändigt för att man skall kunna ta del av innehållet inte kräver tillstånd från rättighetsinnehavaren. Därför kan inget ansvar aktualiseras vid läsning av en databas, inklusive webbsidor.¹⁵⁴ Något annorlunda är det med datorprogram, där varken tillstånd eller undantag föreligger om tillgängliggörandet varit otillåtet. Det är emellertid knappast rimligt att hålla slutanvändaren ansvarig för en tillfällig exemplarframställning som sker automatiskt när hon inte kan förutsättas ha kännedom om huruvida tillgängliggörandet varit tillåtet eller inte. Det skall också erinras om HD:s aktivitetskrav för intrång från BBS-målet¹⁵⁵. Hon kan därför knappast sägas ansvara vare sig straffrättsligt eller civilrättsligt vid ren webbläsning. I princip kan skälig ersättning enligt 54 § 1 st. utgå, men den torde i de flesta fall vara i det närmaste obefintlig eftersom tillfälliga exemplar saknar fristående ekonomiskt värde.

7.2.2.2 Nedladdning och utskrifter

Vid nedladdning eller utskrift uppstår en permanent kopia, vilket ostridigt innebär exemplarframställning. Utskrift på papper medför inga problem. Enligt art. 5.2(a) i det föreslagna upphovsrättsdirektivet får medlemsstaterna lagstifta om undantag från ensamrätten för kopior i pappersform av alla

¹⁵² Jfr. Carlén-Wendels, *Nätjuridik. Lag och rätt på Internet*, 2:a uppl., Stockholm 1998 och Field, Jr., Thomas G, *Copyright on the Internet*, Franklin Pierce Law Center 2000, <http://www.fplc.edu/tfield/copynet.htm> (2000-05-02), under avsnittet "Limits to Copyright".

¹⁵³ Webbsidor kan vara skyddade som sammanställningar enligt 5 § eller enligt katalogskyddet i 49 §, varför även tillfällig digital kopiering av dessa tycks kräva tillstånd - även om det enda tänkbara fall där tillstånd saknas vore att någon uppladdat webbsidan utan webbdesignerns tillstånd, vilket verkar osannolikt.

¹⁵⁴ 12 § 2 st. utformades efter föreställningen att tillfälliga kopior inte utgör exemplar; jfr. prop. 1996/97:111 s. 32. Regeln skall därför inte förstås som att ansvar kan aktualiseras när enbart tillfälliga kopior uppstår.

¹⁵⁵ Se ovan 5.2.2.2.

verkstyper utom musikaliska verk. Enligt upphovsrättslagen framställs ett lovligt exemplar för enskilt bruk; 12 §. Med nedladdning avses främst direkt nedladdning till hårddisken eller annan enhet av t ex en musikfil, men att spara en webbsida som webbarkiv, HTML-dokument eller offline-favorit är en motsvarande åtgärd eftersom en permanent kopia uppstår. Det föreslagna upphovsrättsdirektivet tillåter undantag för digitala kopior av ljud-, bild- eller audiovisuella verk, under förutsättning att rättighetsinnehavaren får skälig ersättning; art. 5.2(ab). 12 § URL täcker digitala kopior av alla sorters verk utom datorprogram och databaser. I gengäld har upphovsrättslagen ett system med kassettersättning. Enligt 26 k § skall en näringsidkare som tillverkar eller importerar tomma kassetter, CD-skivor och liknande avsedda för enskilt bruk betala ersättning till upphovsmän till verk som därefter blivit utgivna¹⁵⁶ eller sänts ut i radio eller TV. Betalningen sker till organisationer såsom STIM. Ersättningen är två öre per inspelningsbar minut. Visserligen ger detta ingen ersättning vid nedladdning till hårddisken, men slutanvändaren kan inte bränna nedladdade musikfiler på en CD-skiva utan att ha erlagt ersättning (vilket hon gör när hon köper tomma CD-skivor). Upphovsrättslagen torde därför uppfylla direktivförslagets krav på skälig ersättning. Permanent lagring av webbsidor på hårddisken omfattas inte av kassettersättningen, men torde sällan ge upphov till några ersättningsanspråk.

Med det sagt förutsätter en relevant diskussion att man skiljer mellan straffrättsligt och civilrättsligt ansvar. För straffrättsligt ansvar krävs enligt 53 § URL uppsåt eller grov oaktsamhet. Här fordras också att legalitetsprincipen iakttas till punkt och pricka. Bestämmelsen anger att "[d]en som [...] vidtar åtgärder, som innebär intrång i den till verket enligt 1 och 2 kap. knutna upphovsrätten [...] döms, om det sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet, till böter eller fängelse i högst två år". Hänvisningen till 2 kap. innebär att bestämmelsen skall läsas i samband med bl a 12 §, vari det inte kan tolkas in att exemplarframställning för eget bruk är otillåten enbart pga. att förlagan är olaglig. Visserligen skall inskränkningar i ensamrätten tolkas restriktivt, och framför allt i enlighet med art. 9 i Bernkonventionen, som anger att tillåtet mångfaldigande aldrig får inkräkta på det normala utnyttjandet av verket eller upphovsmannens legitima intressen¹⁵⁷. Legalitetsprincipen får emellertid anses väga tyngre. Under de omständigheterna kan grov oaktsamhet knappast sägas föreligga. Det kan därför omöjligt bli tal om straffrättsligt ansvar beträffande verk som täcks av 12 §.

Datorprogram och databaser är undantagna från 12 §, men straffansvar inträder enligt 53 § 2 st. endast om förlagan för kopieringen används i näringsverksamhet eller offentlig verksamhet. Dock skall skäligt vederlag alltid utgå enligt 54 § 1 st. Frågan är därför om datorprogram och databaser

¹⁵⁶ Lagtexten använder uttrycket "getts ut på anordningar genom vilka de kan återges", vilket troligtvis inte skall ses som synonymt med utgivningsbegreppet (se ovan 6.3.1). Verk som endast offentliggjorts på en webbplats torde därför omfattas av bestämmelsen.

¹⁵⁷ BK finns tillgänglig i fulltext på <http://www.wipo.org/eng/main.htm>, under "Intellectual Property" följt av "Texts of WIPO Administered Treaties" (2000-08-09).

som tillgängliggörs via en webbplats kan sägas användas i näringsverksamhet. För detta torde krävas antingen att exemplarframställningen sker mot vederlag, eller i vart fall att webbplatsen är kommersiell, t ex reklamfinansierad eller att webbplatsen innehas av ett företag som ett led i dess verksamhet¹⁵⁸. Med hänsyn till det subjektiva rekvisitetet skall detta tydligt framgå för slutanvändaren. Å andra sidan torde faktum att en webbplats är kommersiell snarare ge intryck av att tillgängliggörandet är lagligt. Detta är desto mer sant där vederlag utgår. Straffrättsligt ansvar kan således endast komma ifråga om det är ett datorprogram eller en databas som kopieras, och det är uppenbart både att tillgängliggörandet är otillåtet och att förlagan används i näringsverksamhet eller offentlig verksamhet - något som torde vara mycket svårt att påvisa.

Civilrättsligt ansvar är något annorlunda. För det första är legalitetsprincipen inte är lika central, och för det andra räcker enligt 54 § 2 st. oaktsamhet av normalgraden för att ansvar skall inträda. Inte heller här kan emellertid 12 § anses ge stöd för att förlagan för kopieringen måste vara laglig för att exemplarframställningen skall få ske. Även civilrättsligt ansvar torde därför vara uteslutet beträffande texter, bilder, musik mm. Vid kopiering av datorprogram och databaser räcker det emellertid att slutanvändaren på ett oaktsamt sätt underlåtit att ta reda på om kopiering får ske, eftersom dessa verkstyper inte täcks av 12 §. Det torde i många fall framgå ganska tydligt om tillstånd finns eller inte. I sammanhang där piratverksamhet är vanligt förekommande finns också skäl att iaktta större aktsamhet än annars. Detta framgår av Tunikafallet, NJA 1995 s. 164¹⁵⁹. Eftersom ersättning enligt 54 § 2 st. kräver att andra förluster än uteblivet vederlag påvisas, torde emellertid i de flesta fall endast skäligt vederlag enligt 54 § 1 st. kunna utgå.

Sammanfattningsvis ansvarar slutanvändaren endast för olovlig exemplarframställning av datorprogram och databaser. Eftersom webbplatser kan vara skyddade som sammanställningar eller enligt katalogskyddet, gäller det sagda i princip även dessa. Det skall dock erinras om att intrång förutsätter att minst en verksdel som i sig uppnår verkshöjd eller i hög grad representerar verket kopieras. Straffrättsligt ansvar kan endast komma ifråga i extraordinära fall. Civilrättsligt ansvar är lättare att utkräva, men ersättningen torde sällan överskrida skäligt vederlag enligt 54 § 1 st.

En annan sak är att en exemplarframställning som är tillåten enligt 12 § kan bli otillåten genom senare handlingar. Om slutanvändaren således laddar hem en olagligen tillgängliggjord musikfil och sedan spelar upp den för en krets som utgör allmänheten (se ovan 2.5.2) eller gör den tillgänglig för allmänheten på sin dator, gör hon sig skyldig till såväl otillåten

¹⁵⁸ Vad som avses med användning i näringsverksamhet definieras varken i 53 § eller i förarbetena; se prop. 1992/93:48 s. 134 f.

¹⁵⁹ Eftersom fallet gällde en näringsidkare bör dock viss försiktighet iakttas när det gäller privatpersoner.

exemplarframställning som otillåtet tillgängliggörande för allmänheten. 53 och 54 §§ gäller i sådant fall fullt ut.

7.3 Mellanhänderna

7.3.1 Bakgrund

Frågan om mellanhändernas ansvar för upphovsrättsintrång på Internet är lika gammal som Internet självt. Det primära ansvaret faller självfallet på inmataren, men hon är inte lika intressant att hålla ansvarig. För det första är hon ofta svår att identifiera och "nå" rättsligt, eftersom hon både kan vara anonym och befinna sig på andra sidan jordklotet, och för det andra har hon oftast inte resurser att ersätta rättighetsinnehavaren till fullo. Samma problem finns inte beträffande mellanhänderna som ofta är telebolag med fast adress i ett specifikt land, och som därtill i regel har goda ekonomiska förutsättningar att kompensera skadelidande rättighetsinnehavare. Det är därför ofta intressant för rättighetsinnehavare att kunna hålla mellanhänderna ansvariga för intrång som begås över nätverk. Av förklarliga skäl är mellanhänderna själva mindre intresserade av en ordning där de kan hållas ansvariga för intrång som initieras av kunderna.

Frågan om mellanhändernas ansvar har lösts annorlunda i olika länder. Sverige och Tyskland är hittills de enda EU-länder som infört specifik lagstiftning i frågan, med vitt skilda resultat.¹⁶⁰ För att undkomma de osäkerheter detta innebär för europeiska aktörer, och för att främja den europeiska elektroniska handeln, har Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (hädanefter kallat "e-handelsdirektivet") antagits. Utöver denna specifika lagstiftning gäller allmänna upphovsrättsliga ansvarsregler. Innan jag behandlar parternas ansvar enligt den nya lagstiftningen skall jag därför kortfattat redogöra för förutsättningarna för ansvar enligt de upphovsrättsliga ansvarsreglerna, enligt svensk respektive amerikansk rätt. Därefter kommer respektive parts ansvar enligt e-handelsdirektivet och den svenska lagstiftning som hittills antagits att behandlas.

7.3.2 Upphovsrättsligt ansvar

7.3.2.1 Amerikansk rätt

Grunderna som kan åberopas enligt amerikansk rätt för att hålla mellanhänder ansvariga för intrång varierar, men två huvudgrunder kan identifieras. Den första är *direkt ansvar*, dvs. att mellanhanden själv anses ha begått intrånget, t ex olovlig exemplarframställning, på grund av att hon

¹⁶⁰ Julià-Barceló, s. 106.

hanterar serverna och/eller nätverken som möjliggjorde intrånget.¹⁶¹ Detta har använts som grund för stämning vid flera tillfällen. I det kända fallet *Playboy Enters, Inc. v. Frena*¹⁶² ansågs BBS-innehavaren Frena ansvarig för överföring av kopierade bilder, trots att innehavaren inte kände till överföringen.

Den andra huvudgrunden är *indirekt ansvar*, dvs. medverkansansvar. Detta kan delas in i *contributory infringement* respektive *vicarious infringement*.¹⁶³ Contributory infringement föreligger när A visserligen inte själv gör intrång i annans upphovsrätt, men med vetskap om att B gör intrång främjar gärningen, t ex genom att tillhandahålla medel härför eller genom andra åtgärder¹⁶⁴. Vicarious infringement föreligger när A har ett sådant förhållande till intrångsgörande B, att det inte är orimligt att hålla A ansvarig. Förhållandet skall vara sådant att A har rätt och möjlighet att övervaka B, och A har uppenbara ekonomiska intressen i B:s verksamhet.¹⁶⁵ Eftersom de amerikanska medverkansreglerna är upphovsrättsliga kan de grunda både straffrättsligt och civilrättsligt ansvar.

I fallet *Sega Enterprises v. MAPHIA*¹⁶⁶ tillät en BBS-innehavare användarna att ladda upp och ner videospel till och från BBS:en. MAPHIA ansågs ansvarigt därför att man haft vetskap om och aktivt uppmanat användarna till kopieringen, samt därtill tillhandahållit en "hjälpkarta" av BBS:en så att spelen lättare kunde hittas.

7.3.2.2 Svensk rätt

Som nämnts ovan 2.8.2 är 23 kap. BrB tillämpligt på brottsliga upphovsrättsintrång. Därmed kan medverkansansvar enligt 23 kap. 4 § inträda. Det innebär att en part kan hållas ansvarig antingen för direkt intrång eller för att med råd eller dåd ha främjat brottslig gärning. Direkt intrång förutsätter att det är mellanhanden själv som har begått intrånget, vilket har prövats i BBS-målet, NJA 1996 s. 79, där datorprogram kunde laddas upp och ner från en BBS. Den enda gärning som lades innehavaren till last var att ha tillhandahållit BBS:en, men åklagaren väckte ändå åtal för upphovsrättsintrång genom tillgängliggörande. Här inträdde det ovan nämnda aktivitetskravet, varvid det slogs fast att enbart tillhandahållande av en BBS inte räcker för upphovsrättsintrång skall föreligga. Den direkt intrångsgörande handlingen utförs nämligen av inmataren; jfr ovan 7.2.1.

När det gäller medverkansansvar för mellanhänder finns ingen svensk rättspraxis. Pga. gärningsbeskrivningens utformning i BBS-målet togs frågan aldrig upp i HD. Det torde emellertid på goda grunder kunna hävdas

¹⁶¹ Julià-Barceló, Rosa, *On-line Intermediary Liability Issues*, [2000] E.I.P.R. s. 105; Copyright Office Report 1998, <http://www.loc.gov/copyright/reports/> (2000-08-14), s. 137 ff.

¹⁶² 839 F.Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).

¹⁶³ Copyright Office Report 1998, s. 143 ff.

¹⁶⁴ Copyright Office Report 1998, s. 143.

¹⁶⁵ Copyright Office Report 1998, s. 144 f.

¹⁶⁶ 948 F.Supp 923 (N.D. Cal. 1996).

att medverkansansvar kan bli aktuellt i vissa fall. I BBS-målet var kretsen som hade tillgång till BBS:en begränsad. Där kretsen av möjliga användare är att betrakta som allmänheten sker emellertid upphovsrättsliga förfoganden så fort verk tillgängliggörs på en BBS - exemplarframställning vid uppladdning samt tillgängliggörande genom framförande eller visning. Om BBS-innehavaren uppmuntrar, eller genom annat aktivt handlande än det blotta tillhandahållandet av BBS:en underlättar, verksamheten, torde han kunna hållas ansvarig enligt reglerna om medverkansansvar, eftersom han då med råd eller dåd främjar en brottslig gärning. Att observera är att reglerna om medverkan endast avser brottsliga intrång, dvs. att uppsåt eller grov oaktsamhet krävs.

7.3.3 Värdtjänstinnehavaren

Värdtjänstinnehavaren är den part som upplåter lagringsutrymme på sin server åt andra. Typiska exempel är webbhotellsinnehavare som t ex Yahoo.com och Spray.se. Det är från denna server slutanvändaren hämtar information. Innehavaren är nära knuten till inmataren eftersom de har ett avtalsförhållande sinsemellan, och helt naturligt även till den information som överförs och lagras, eftersom den finns permanent lagrad på hennes server. En annan typ av värdtjänster är BBS:er, Bulletin Board Systems, dvs. elektroniska anslagstavlor till vilka allmänheten, abonnenter eller medlemmar kan skicka meddelanden och läsa andras. Skillnaden mellan de två tjänsterna är att den förra främst består i att erbjuda lagringsutrymme, medan den senare är mer fokuserad på utbytet av meddelanden.

7.3.3.1 E-handelsdirektivet

E-handelsdirektivet behandlar värdtjänstinnehavare i artiklarna 14 och 15. Artikel 14 anger ansvarsbegränsningar innebärandes att en värdtjänstinnehavare inte kan ställas till svars för information som på en kunds begäran lagrats i hennes server, så länge vissa villkor är uppfyllda. För att undgå straffrättsligt ansvar räcker det enligt 14.1(a) att värdtjänstinnehavaren inte hade kännedom om att verksamheten var olaglig, medan frihet från civilrättsligt ansvar förutsätter att hon inte heller hade kännedom om sådana fakta som gjort olaglig verksamhet uppenbar. Värdtjänstinnehavaren är enligt 14.1.(b) också fri från ansvar om hon så snart hon fått sådan kännedom som sägs i (a) utan dröjsmål vidtagit åtgärder för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig. Straffrättsligt ansvar förutsätter således *faktisk kännedom* om olaglig verksamhet, medan civilrättsligt ansvar inträder vid kännedom om vissa fakta som gör den olagliga verksamheten *uppenbar*. Heine nämner som exempel på sådana uppenbara fall nyhetsgrupper som "alt.paedophilia", "alt.warez" och "alt.mp3", vilka syftar på barnpornografi, piratmjukvara respektive piratmusik.¹⁶⁷ Att värdtjänstinnehavare kan undgå ansvar genom att vid kännedom vidta åtgärder för materialets avlägsnande eller

¹⁶⁷ Heine, s. 629.

oåtkomlighet sägs i kommentarerna utgöra en grund för de berörda parterna att själva införa rutiner för att underrätta värdtjänst innehavare om olagligt material, s.k. "notice and take down procedures".¹⁶⁸

Med tanke på artikel 14 är artikel 15.1 något förvånande, då den anger att tjänsteleverantörer inte får åläggas några generella krav att aktivt övervaka innehållet i kundernas lagrade eller vidarebefordrade information. Medlemsstaterna får dock enligt 15.2 ålägga tjänsteleverantörerna att informera behöriga myndigheter om påstådd olaglig verksamhet eller, beträffande värdtjänst innehavare, att på deras begäran lämna uppgifter till myndigheterna i syfte att identifiera kunder.

Rimligheten i artikel 15 kan ifrågasättas. Enligt artikel 14 krävs som minst kännedom om omständigheter som gör intrång uppenbart för att något som helst ansvar skall inträda. Men enligt artikel 15 får tjänsteleverantörerna inte åläggas att övervaka tjänsten eller ens eftersöka tecken på olaglig verksamhet. Som Heine påpekar finns det risk att en rättighetsinnehavare så gott som aldrig kan påvisa någon som helst kännedom hos leverantören, varvid de praktiska möjligheterna att beivra upphovsrättsintrång kringskärs betänkligt.¹⁶⁹ Påpekandet är emellertid inte invändningsfritt. Att övervaka ens en del av en tjänst kan vara mycket kostnadskrävande och vinsten, dvs. eventuella skadestånd eller i vart fall upphörd piratverksamhet, lär i praktiken sällan uppväga olägenheterna. Däremot vore alla parter betjänta av tydliga regler för när en värdtjänst innehavare skall anses informerad om att olaglig verksamhet pågår; se nedan 7.4.

7.3.3.2 Svensk rätt – "BBS-lagen"

Den lagstiftning som hittills antagits i Sverige är lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor, "BBS-lagen", som trädde ikraft den 1 maj 1998. Lagen gäller elektroniska anslagstavlor, som i 1 § definieras som en tjänst för förmedling av elektroniska meddelanden. Detta sägs i förarbetena innefatta "alla tjänster där någon inrättar en möjlighet för användare att sända in egna och ta del av andras meddelanden." Däremot omfattas inte tex webbplatser som endast förmedlar information.¹⁷⁰ I 2 § anges undantag från tillämpningsområdet, nämligen tillhandahållande av nät eller annan utrustning som krävs för tillgång till ett nät, förmedling av meddelanden inom en myndighet, företag eller koncern, elektronisk post med en begränsad och definierad mottagarkrets, och slutligen tjänster som skyddas av tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen. Undantaget för tillhandahållande av nät eller andra faciliteter för att möjliggöra tillgång till ett nät innebär att nätverksoperatörer och Internetleverantörer inte träffas av lagens bestämmelser. En annan sak är att en och samma part ofta erbjuder både tillgång till nät och utrymme på en server. Det är dock endast den senare tjänsten som kan omfattas av lagen.

¹⁶⁸ Kommentarer till de enskilda artiklarna, KOM (1998) 586 Slutlig, 98/0325 (COD), s. 28.

¹⁶⁹ Heine, s. 629.

¹⁷⁰ Prop. 1997/98:15 s. 9.

Lagens främsta subjekt i upphovsrättssammanhang torde i praktiken vara webbhotellsinnehavare, dvs. parter som upplåter lagringsutrymme för kunder på sin server att lägga ut egna webbplatser. Här skall det dock sägas, att enbart erbjudande av lagringsutrymme inte gör att lagen blir tillämplig¹⁷¹. Webbaserad e-post innebär att kunderna lånar eller hyr utrymme på en främmande server, men detta omfattas inte eftersom andra inte kan ta del av informationen. Däremot omfattas vanliga webbplatser, eftersom dessa kan läsas av andra och därför kan betraktas som "meddelanden".

I 3 § åläggs BBS-innehavaren en plikt att informera användarna om sin identitet och i vilken utsträckning meddelanden blir tillgänglig för andra, medan 4 § förpliktar henne att hålla sådan uppsikt över tjänsten som skäligen kan krävas med hänsyn till tjänstens omfattning och inriktning. Man knyter således plikten till BBS-innehavarens möjligheter att kontrollera innehållet i meddelanden. Utgångspunkten är att innehavaren inte bör få samtycka till eller passivt åse missbruk av tjänsten. Härvid uttalas i förarbetena att kravet bör sättas högre för tjänster som erbjuds yrkesmässigt än för tjänster som bedrivs av privatpersoner och som typiskt sett är mindre besökta.¹⁷² Ett riktmärke anges dock vara att ingen tjänst bör kunna lämnas utan tillsyn under längre tid än en vecka. För det fall det skulle visa sig tidsmässigt eller ekonomiskt ohållbart att kontrollera alla meddelanden föreslås som en åtgärd att innehavaren tillhandahåller en "klagomur" till vilken allmänheten kan anmäla otillåtet innehåll i vissa meddelanden.¹⁷³

4 § tycks gå stick i stäv med förbudet i art. 15.1 i e-handelsdirektivet att införa en generell övervakningsplikt. Det är dock inte helt säkert. För det första tar reglerna sikte på olika verksamheter. BBS-lagen gäller endast elektroniska anslagstavlor, varför enbart erbjudande av lagringsutrymme i sig inte medför någon tillsynsplikt. Lagen gäller till skillnad från artikel 15 i direktivet heller inte nätverksoperatörer och Internetleverantörer. Ansvarsfrihet enligt direktivet förutsätter också enligt premiss 46 i preambeln att verksamheten är av teknisk natur och att tjänsteleverantören inte har någon kännedom om den överförda eller lagrade informationen, förutsättningar som inte alla BBS-operatörer uppfyller.

För det andra anger premiss 48 att direktivet inte hindrar medlemsstaterna från att ålägga värdtjänstinnehavare att visa sådan omsorg som skäligen kan krävas, och som preciseras i nationell rätt. Detta kan mycket väl ge utrymme för en övervakningsplikt som i BBS-lagen. Det problematiska är att man i premiss 47 anger att förbudet mot övervakningsplikt endast gäller skyldigheter av allmän natur. Övervakningsskyldighet kan alltså vara tillåtet i ett speciellt fall. Men övervakningsplikten enligt 4 § BBS-lagen är just av allmän natur. Uttalandena förvirrar mer än de förtydligar, varför det

¹⁷¹ Prop. 1997/98:15 s. 11 f.

¹⁷² Prop. 1997/98:15 s. 15.

¹⁷³ Prop. 1997/98:15 s. 15.

egentligen inte kan avgöras säkert huruvida den svenska övervakningsplikten är förenlig med direktivet eller ej.

5 § ålägger innehavaren att ta bort meddelanden som uppenbart är av viss brottslig natur eller innebär uppenbara upphovsrättsintrång. 6 och 7 §§ anger straff för brott mot 3 och 5 §§. För brott mot informationsplikten räcker oaktsamhet, medan brott mot skyldigheten att ta bort meddelanden kräver grov oaktsamhet. Kravet i 5 § att meddelandet skall vara uppenbart rättsstridigt tillkom för att innehavaren inte skall tvingas ta ställning till svåra juridiska gränsdragningsproblem¹⁷⁴. Lagen ligger emellertid i linje med de upphovsrättsliga reglerna i det att fullbordat brott inte kräver mer än att meddelandet varit tillgängligt på anslagstavlan.¹⁷⁵

Lagens bestämmelser anger endast straffsanktion och nämner ingenting om civilrättsliga sanktioner. För eventuellt skadestånd skall därför i första hand URL tillämpas, eftersom speciallagstiftning går före skadeståndslagen¹⁷⁶. Om en BBS-innehavare gör sig skyldig till antingen direkt upphovsrättsintrång (varvid oaktsamhet räcker) eller medverkan till brottsligt intrång (varvid grov oaktsamhet krävs) enligt URL, kan skadestånd utgå enligt 54 § 2 st. Annars kan 2 kap 4 § skadeståndslagen grunda ersättning för ekonomisk skada pga. brott.

7.3.4 Internetleverantören

Internetleverantören har liksom värdtjänst innehavaren ett avtalsförhållande med användaren, men har till skillnad från den senare ingen egentlig kontroll över informationen som flödar över nätet. Som nämnts ovan görs emellertid i regel cachekopior i Internetleverantörens proxyserver för att underlätta kommunikationen. Eftersom varaktigheten i regel är relativt lång kan dessa kopior i större grad kontrolleras, även om det i praktiken inte torde förekomma i någon större utsträckning att så sker.

7.3.4.1 E-handelsdirektivet

Artikel 12.1 i e-handelsdirektivet anger att den som utför vidarebefordran av information på ett kommunikationsnät eller erbjuder tillgång till ett nät inte skall ställas till svars för överfört material, under förutsättning att hon inte avsänt meddelandet, valt ut dess mottagare eller valt ut eller ändrat de uppgifter som ingår i meddelandet. I 12.2 utsträcks ansvarsfriheten till alla tillfälliga kopior som uppstår vid förmedlande av informationen, under förutsättning att lagringen enbart görs för att utföra överföringen och att varaktigheten inte överskrider rimlig tid för vidarebefordran. Internetleverantören kan härmed varken hållas straffrättsligt eller civilrättsligt ansvarig för upphovsrättsintrång i den av henne förmedlade

¹⁷⁴ Prop. 1997/98:15 s. 16 f.

¹⁷⁵ Prop. 1997/98:15 s. 17.

¹⁷⁶ Se 1 § SKL.

informationen¹⁷⁷. Det sagda hindrar dock enligt 12.3 inte en domstol eller administrativ myndighet i en medlemsstat att förelägga leverantören att upphöra med eller förhindra en överträdelse.

Som nämnts är det Internetleverantören som företar cachning av information i sin proxyserver eller router för att öka effektiviteten och prestandan i kommunikationsnäten. När så sker skapas exemplar vars varaktighet långt överskrider vad som åsyftas i artikel 12. I artikel 13 införs ansvarsfrihet även för denna verksamhet. Ansvarsfrihet förutsätter bl a att Internetleverantören inte ändrar informationen, att hon rättar sig efter bestämmelser om uppdatering av informationen, och att hon utan dröjsmål vidtar åtgärder för att avlägsna information så snart hon fått kännedom om att den avlägsnats från den punkt där den ursprungligen lades ut på nätet eller gjorts oåtkomlig, eller att behörig myndighet beslutat att informationen skall avlägsnas eller göras oåtkomlig.

Förbudet i artikel 15 i e-handelsdirektivet mot allmän övervakningsplikt gäller även Internetleverantörer. De kan således lika lite som värdtjänst innehavare åläggas att aktivt övervaka den förmedlade informationen.

7.3.4.2 Svensk rätt

Internetleverantören träffas inte av BBS-lagens bestämmelser; 2 § 1 p. Hon har således ingen uttrycklig plikt enligt svensk rätt att kontrollera innehållet i den information som flödar genom hennes faciliteter. Det enda sättet att hålla en Internetleverantör ansvarig för kundernas olovliga förfoganden är därför de allmänna reglerna i 23 kap BrB om medverkansansvar. Hon kan således teoretiskt sett ansvara om hon med råd eller dåd främjat ett brottsligt intrång. Med hänsyn till det i BBS-målet utstakade aktivitetskravet för att intrång skall föreligga lär ansvar emellertid i regel inte komma ifråga enligt svensk rätt, då Internetleverantören inte gör mer än att erbjuda sina kunder tillgång till nätverket.

Ett förfogande för vilket Internetleverantören, åtminstone i teorin, kan tänkas hållas direkt ansvarig är emellertid proxycachning. Fenomenet tas inte upp någonstans i lagstiftningen, och som nämnts ovan 4.2.4 är det inte avgjort huruvida dessa kopior är att anse som exemplar. Eftersom det än så länge inte heller är säkert att kopior i RAM-minnet betraktas som exemplar är det emellertid knappast troligt att proxycachning kan aktualisera ansvar. Legalitetsprincipen gör straffrättsligt ansvar helt otänkbart, och inte mycket talar för att ett skadeståndsanspråk skulle nå större framgång. Skulle cachekopiorna ändå betraktas som exemplar, och därtill anses ingå i ensamrätten, kan eventuellt vitesförbud enligt 53 a § URL komma ifråga. Vid oaktsamhet kan skadestånd enligt 54 § 2 st. eventuellt utgå. Mot bakgrund av syftet med proxycachningen torde emellertid grov oaktsamhet eller uppsåt, och därmed straffansvar, vara uteslutet.

¹⁷⁷ Jfr Kommentaren till artikel 12, KOM (1998) 586 Slutlig, 98/0325, s. 25.

7.3.5 Nätverksoperatören

Nätverksoperatören är den part som tillhandahåller den underliggande tekniken som gör nätverkskommunikation möjlig. Nätverksoperatören har ingen närmare kontakt med den information som överförs i nätverket mer än att den sker genom hennes faciliteter. Hon har heller inget avtalsförhållande med någon av de individer som kommunicerar med varandra. Eftersom nätverksoperatörens roll endast är att stå för infrastrukturen kan hon inte rimligen hållas ansvarig för kränkningar vid överföringar över nätet. Följaktligen anger 2 § 1 p BBS-lagen att nätverksoperatören faller utanför tillämpningsområdet. Art 12 i e-handelsdirektivet fritar också nätverksoperatörer från något som helst ansvar, under samma villkor som Internetleverantörer. Förbudet i artikel 15 mot en allmän övervakningsskyldighet gäller även nätverksoperatörer.

7.4 Sammanfattning och kommentar

Som vi sett är det i första hand inmataren som ansvarar för förfogandena över nätverken eftersom det är hon som gör den första relevanta exemplarframställningen och gör verket tillgängligt för allmänheten. Slut användaren kan knappast hållas vare sig straffrättsligt eller civilrättsligt ansvarig för något som helst förfogande vid ren webbläsning. Utskrift på papper aktualiserar inte heller ansvar. Nedladdning av material kan eventuellt aktualisera ansvar om det rör sig om datorprogram eller databaser. I andra fall gäller regeln om exemplarframställning för enskilt bruk i 12 § URL.

När det gäller mellanhänderna är nätverksoperatören och Internetleverantören de som har minst kontakt med den överförda informationen, och ansvarar således endast i extraordinära fall. Värdtjänst innehavare, däribland BBS-innehavare, ansvarar i den mån de har faktisk kännedom om olaglig verksamhet eller om fakta som gör sådan verksamhet uppenbar. Huruvida den svenska övervakningsplikten enligt 4 § BBS-lagen är förenlig med EG-rätten eller ej är svårt att säga, men i normalfallet torde ansvar förutsätta att värdtjänst innehavaren blir uppmärksam på upphovsrättsintrång och därefter underlåter att vidta åtgärder. Ett problem i sammanhanget är att man i direktivet underlåtit att reglera frågan om när en värdtjänst innehavare skall anses korrekt informerad om olaglig verksamhet. Istället förväntar man sig att aktörerna själva tar initiativ till självreglering.¹⁷⁸ Därmed riskeras både osäkerhet och bristande rättsenhet i gemenskapen, samt att information avlägsnas i fel syften.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Julià-Barceló, s. 111, och kommentaren till art. 14 i e-handelsdirektivet, KOM (1998) 586 slutlig s. 29.

¹⁷⁹ Julià-Barceló, s. 111 f.

E-handelsdirektivet inför en rad ansvarsbegränsningar för mellanhänderna som i vissa fall kan tyckas något generösa, som t ex förbudet mot införande av en allmän övervakningsskyldighet. I gengäld har man missat en fundamental tjänst som mellanhänderna ofta erbjuder, nämligen söktjänster. För söktjänst innehavare inför direktivet, till skillnad från amerikanska DMCA, inga ansvarsbegränsningar. Jag skall inte gå närmare in på söktjänst innehavares ansvar, eftersom det förutsätter en diskussion om förfoganden vid länkning. Det skall emellertid påpekas att de olika aktörerna sällan bedriver endast en av de olika tjänsterna, utan oftare agerar som både Internetleverantörer, värdtjänst innehavare, och söktjänst innehavare. Ansvarsbegränsningarna riskerar därför i praktiken ofta att bli verkningslösa. Bristen på gemenskapsrättslig reglering gör också att ansvaret kommer att bedömas enligt medlemsstaternas olika lagstiftningar, vilket ytterligare förfelar syftet med direktivet.¹⁸⁰ Av den anledningen anger art. 21 i direktivet att kommissionen före den 17 juli 2003 skall avlägga en rapport till parlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén, där bl a behovet av att införa ansvarsbegränsningar för söktjänst innehavare skall utredas. Vad det kommer att leda fram till återstår att se.

¹⁸⁰ Jfr. Julià-Barceló, s. 114 ff.

8 Avslutning

8.1 Slutsatser

Jag har i denna framställning huvudsakligen anfört följande.

8.1.1 Ensamrätterna

- *Exemplarframställningsrätten* gäller fullt ut i digitala sammanhang. Permanent digital lagring innebär tveklöst exemplarframställning; 2 § 2 st. URL. När det gäller tillfälliga kopior kan ingen självklar slutsats dras. Den svenske lagstiftaren har i ett hårt kritiserat förarbetsuttalande hävdad att tillfälliga kopior inte utgör exemplar i upphovsrättslig mening. Detta står i strid med databasdirektivet, av vilket Sverige är bundet. Det föreslagna upphovsrättsdirektivet låter alla former av mångfaldigande, permanent eller temporärt, omfattas av ensamrätten. I gengäld får medlemsstaterna införa undantag för de tillfälliga kopior som uppstår automatiskt vid webbläsning; undantaget omfattar såväl RAM-kopior som cachekopior. Eftersom direktivförslaget inom kort kommer att träda ikraft och utgöra en del av svensk rätt finns starka skäl att tolka svensk rätt i enlighet härmed.

Det sagda innebär att uppladdning till en server och nedladdning till den egna hårddisken eller annan bärare innebär exemplarframställning och är förbehållet rättighetsinnehavaren. Tillfällig lagring innebär exemplarframställning och ingår i ensamrätten med undantag för de tillfälliga kopior som uppstår automatiskt vid webbläsning.

- Vad avser *tillgängliggörande för allmänheten* finns olika lösningar i svensk rätt å den ena sidan och WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet å den andra. Enligt svensk rätt kan tillgängliggörande ske genom offentligt framförande eller visning. Offentlighetsrekvisitet i 2 § URL är uppfyllt så fort den potentiella mottagarkretsen inte är individuellt bestämd och begränsad till antalet; det är m a o med råge uppfyllt vid tillgängliggörande på Internet. Det faktum att nätverksöverföringar innebär att slutanvändaren själv väljer när och var hon vill ta del av verket hindrar inte tillämpning av framförande- och visningsrätterna. Visningsrätten är inte konsumerad vid nätverksöverföringar eftersom konsumtionen endast avser de exemplar av ett utgivet verk som omfattas av utgivningen; vid uppladdning och överföring uppstår nya exemplar som inte uppfyller bestämmelsens krav.

WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet inför en ny och bredare ensamrätt, *överföring till allmänheten*. Ensamrätten täcker både framförande och visning och omfattar uttryckligen sådana fall där

slutanvändaren själv väljer när och var hon vill ta del av verket – den är med andra ord skraddarsydd för nätverksöverföringar.

Det sagda innebär att åtgärden att uppladda ett verk på en nätansluten server innebär ett tillgängliggörande för allmänheten (förutom exemplarframställningen). Verk som är utdragna i tiden framförs medan bilder visas. Enligt WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet överförs verket till allmänheten. Förfogandet sker redan vid tillgängliggörandet, dvs. det saknar betydelse när eller ens om någon väljer att ta del av verket.

- *Spridningsrätten* aktualiseras inte vid nätverksöverföringar. Orsaken är att spridningsrätten kräver att ett eller flera exemplar av ett verk överläts på ett eller annat sätt. Eftersom nätverksöverföringar innebär att ett nytt exemplar uppstår hos mottagaren medan avsändaren behåller sitt, är kravet på överlåtelse inte uppfyllt. Spridningsrätten är dessutom knuten till konsumtion enligt 19 § URL. Även konsumtion förutsätter en överlåtelse av ett exemplar, vilket enligt 27 § inte innefattar överlåtelse av upphovsrätt. Vid nätverksöverföringar framställs ett nytt exemplar, varvid ett förfogande som inte omfattas av konsumtionen sker. Mot detta kan hävdas att överlåtelsen avser det nya exemplaret och inte det gamla, samt att nätverksöverföringar kan aktualisera spridningsrätten men inte konsumtion av densamma. Detta är visserligen lagtekniskt sant, men skulle inte ge någon större vinst eftersom rättighetsinnehavaren redan är skyddad genom övriga ensamrätter. Art. 4 i det föreslagna upphovsrättsdirektivet och den gemensamma ståndpunkten i anslutning till art. 6 och 7 i WCT anger dessutom att spridningsrätten endast avser exemplar som i sig kan cirkulera på marknaden som fysiska föremål. Såväl svensk rätt som den internationella utvecklingen ger således vid handen att spridningsrätten inte skall aktualiseras vid nätverksöverföringar.

8.1.2 Ansvarsfrågorna

- *Inmataren*, dvs. den som uppladdar ett verk till en server, framställer ett exemplar och gör detta tillgängligt för allmänheten – vare sig man rubricerar det senare som framförande, visning eller överföring till allmänheten. Självfallet är inmataren direkt ansvarig för förfogandena. Om åtgärden skett utan tillstånd kan straff enligt 53 § och/eller skadestånd enligt 54 § 2 st. aktualiseras. Vitesförbud enligt 53 a § kan också komma ifråga.
- *Slutanvändaren* framställer alltid som minst ett tillfälligt exemplar i sin dator. Vid nedladdning eller utskrift framställs därutöver ett permanent exemplar. Det tillfälliga exemplaret innebär enligt den svenske lagstiftaren inget förfogande alls. Enligt det föreslagna upphovsrättsdirektivet sker visserligen ett förfogande, men inte ett förfogande som omfattas av ensamrätten. Därför aktualiseras inget som

helst ansvar vid webbläsning. Nedladdning eller utskrift innebär exemplarframställning både enligt svensk rätt och det föreslagna upphovsrättsdirektivet. Enligt direktivförslaget får medlemsstaterna införa undantag för papperskopior och digitala kopior (art. 5.2a respektive 5.2.ab), under förutsättning att rättighetsinnehavaren får skäligen ersättning. Enligt svensk rätt framställs ett lovligt exemplar för enskilt bruk (12 §), så länge exemplaret inte framförs eller sprids utanför den närmsta bekantskapskretsen. Kravet på skäligen ersättning är till viss del uppfyllt genom kassettersättningen i 26 k §.

12 § URL gäller inte datorprogram och kopior i digital form av sammanställningar i digital form (databaser). Vid permanent lagring av sådana verk kan ansvar aktualiseras. Straffansvar förutsätter enligt 53 § 2 st. att förlagan för kopieringen användes i näringsverksamhet eller offentlig verksamhet. Vid nätverksöverföringar torde det i sin tur kräva att webbplatsen där förlagan fanns var kommersiell eller innehades av någon myndighet, och att detta var uppenbart för slutanvändaren. Skadestånd (54 § 2 st.) kan utgå om slutanvändaren på ett oaktsamt sätt underlåtit att informera sig om huruvida kopiering får ske. Skäligt vederlag (54 § 1 st.) skall under alla omständigheter utgå.

- *Värdtjänstinnehavaren* ansvarar enligt art. 14 i e-handelsdirektivet endast för kunders gärningar i den mån hon haft faktisk kännedom om olaglig verksamhet (straffansvar) eller kännedom om sådana fakta som gör olaglig verksamhet uppenbar (civilrättsligt ansvar). Hon får enligt art. 15 inte åläggas en generell plikt att övervaka innehållet i den information hon lagrar för kundernas räkning. Den svenska BBS-lagen är tillämplig på värdtjänstinnehavare i den mån den lagrade informationen kan läsas av alla användare. I praktiken innebär det att webbhotell omfattas av lagens bestämmelser medan e-posttjänster undantas. 4 § i BBS-lagen ålägger BBS-innehavaren att hålla en viss uppsikt över den lagrade informationen. Denna plikt är troligtvis inte förenlig med direktivet och kan behöva ändras i den mån den är tillämplig på webbhotellsinnehavare. Medverkansansvar enligt 23 kap. BrB kan komma ifråga om tillhandahållandet av lagringsutrymme i det enskilda fallet innebär att brottsligt intrång främjas med råd eller dåd.
- *Internetleverantören* ansvarar enligt art. 12 i e-handelsdirektivet inte för den information hon vidarebefordrar, under förutsättning att hon inte avsänt meddelandet, valt ut dess mottagare eller valt ut eller ändrat de uppgifter som ingår i meddelandet. Ansvarsfriheten gäller alla tillfälliga kopior som behövs för att utföra en överföring. Enligt art. 13 ansvarar Internetleverantören inte heller för cachekopior, under förutsättning bl a att hon inte ändrar informationen, att hon rättar sig efter bestämmelser om uppdatering av informationen, och att hon utan dröjsmål vidtar åtgärder för att avlägsna information så snart hon fått kännedom om att informationen inte längre finns kvar på den ursprungliga servern eller att åtkomsten där har begränsats, eller efter beslut av behörig myndighet att informationen skall avlägsnas eller göras oåtkomlig.

Internetleverantörer träffas inte av den svenska BBS-lagens bestämmelser; 2 § 1 p. Därför kan till slutet av direktivets implementeringstid endast medverkansansvar till brottsliga intrång (23 kap. BrB) inträda. Det är dock ytterst tveksamt om automatisk vidarebefordran kan betraktas som att med råd eller dåd främja en brottslig gärning (23 kap. 4 § BrB). Med hänsyn till direktivets bestämmelser vore en sådan tolkning något extrem.

- *Nätverksoperatören* vidtar inga som helst åtgärder i förhållande till den överförda informationen utöver tillhandahållandet av den underliggande tekniken, och omfattas således av ansvarsbefrielsen i art. 12 i e-handelsdirektivet. Hon omfattas heller inte av BBS-lagen; 2 § 1 p. Medverkansansvar enligt 23 kap. BrB är i det närmaste uteslutet.

8.2 Föreslagna åtgärder

Med anledning av ovan refererade slutsatser föreslår jag att följande åtgärder vidtas.

- I linje med art. 2 i det föreslagna upphovsrättsdirektivet bör 2 § URL ändras så att det uttryckligen framgår att exemplarframställningsrätten även omfattar tillfälliga kopior. På motsvarande sätt bör undantag införas för de tillfälliga kopior som uppstår automatiskt vid nätverksöverföringar (art. 5.1 i direktivförslaget).
- I linje med WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet bör en ny ensamrätt, överföring till allmänheten, införas. För det första skapas härmed ett tydligt rättsläge samtidigt som rättighetsinnehavare tillförsäkras ett fullgott skydd. För det andra underlättar en ny ensamrätt rättighetsklareringen. Överföring av filer motsvarar funktionellt såväl framförande som spridning av exemplar. Dessa förfogandeformer har självfallet inte samma ekonomiska värde. En ny ensamrätt underlättar för marknaden att sätta en prislapp på överföring av filer och att skapa strukturer för hantering av rättigheterna. En annan sak är att framföranderätten är den lämpliga ensamrätten för överföringar som streaming, där inget användbart exemplar uppstår hos slutanvändaren. Valet mellan ensamrätterna kan lämpligen göras med sikte på syftet och resultatet med överföringen.
- 2 § 3 st. URL bör ändras så att det uttryckligen framgår att spridningsrätten endast avser fysiska exemplar som kan cirkulera på marknaden som föremål. Det innebär ingen ändring av nuvarande rättsläge, men eftersom tillfälliga kopior kommer att omfattas av exemplarframställningsrätten samtidigt som det inte är önskvärt att låta dem omfattas av spridningsrätten, är ett förtydligande i lagtexten

nödvändigt. Bestämmelsen skulle kunna lyda: ”då *fysiska* exemplar därav [...] sprids till allmänheten”.

- Ansvarsbegränsningar för söktjänst innehavare bör utredas på gemenskapsnivå. Eftersom samma aktör ofta agerar som Internetleverantör, värdtjänst innehavare och söktjänst innehavare samtidigt riskerar befintliga ansvarsbegränsningar i annat fall att bli verkningslösa.

8.3 Avslutande kommentar

Även sedan ovanstående förslag till åtgärder hör sammats återstår vissa viktiga frågor. För det första innebär utgivningsbegreppet (8 § 2 st. URL) knytning till spridningsbegreppet att utgivning i dagsläget inte kan ske vid tillgängliggörande i nätverk. Det innebär i sin tur bl a att exemplar i blindskrift (17 §) får framställas av verk som gjorts tillgängliga i t ex bokform, men inte av verk som endast gjorts tillgängliga på en webbplats – en konsekvens som knappast kan anses förenlig med lagens syften. Den typen av konsekvenser bör utredas, eventuellt följt av lagändringar.

För det andra finns det skäl att se närmare på balansen mellan rättighetsinnehavares och allmänhetens intressen kring upphovsrättsligt skyddade verk. Införandet av nya regler kan rubba denna balans och medföra betänkliga konsekvenser. Ett bra exempel härpå erbjuder det föreslagna upphovsrättsdirektivet. I art. 5.2 (a), (b) och (ba) tillåts medlemsländerna införa (eller bibehålla) vissa undantag från exemplarframställningsrätten, under förutsättning att rättighetsinnehavarna garanteras skälig ersättning. Samtidigt anger art. 5.4, i linje med art. 9.2 i Bernkonventionen, att inga undantag får tolkas så att de oskäligt inkräktar på rättighetsinnehavarnas legitima intressen eller gör intrång i det normala utnyttjandet av verken. Om ett visst undantag uppfyller kriterierna i art. 5.4 är det svårt att se varför ersättning likväl skall utgå. En sådan utformning av reglerna kan mycket väl innebära en märkbar utökning av det upphovsrättsliga skyddet, något som i så fall tål att noggrant utredas och debatteras.

Bilaga A: Ordlista

BBS	elektronisk anslagstavla till och från vilken information kan överföras; exempel är webbaserade insändarsidor och webbhotell.
HTML	det språk som används för att skapa webbsidor.
Mp3	komprimerat format för ljudfiler.
processor	datorns "hjärna" som bearbetar information.
proxyserver	nätansluten dator belägen mellan slutanvändaren och inmatarens server som kan filtrera information och förbättra effektiviteten i trafiken; bl a använd för cachning av information.
RAM-kopia	temporär lagring av information i RAM-minnet.
RAM-minne	minne i en dator där information lagras temporärt för att ny information skall kunna bearbetas; även kallat arbetsminne eller internminne.
router	nätansluten dator som vidarebefordrar information i nätverket.
server	nätansluten dator där information finns lagrad och från vilken denna hämtas.
streaming	överföringsmetod där redan nedladdad information spelas upp medan resterande information laddas ned.
video-on-demand	tjänst som innebär att audiovisuella verk överförs på beställning.

webbhotell	värdtjänst där webbsidor lagras på en server för kundernas räkning.
webbläsning	sökning och läsning av information på Internet; ”browsing”.
webbplats	plats med information på World Wide Web; innehåller en eller flera webbsidor och/eller länkar till andra platser.
webbsida	sida med information på World Wide Web.

Käll- och Litteraturförteckning

Källor

- Copyright Office Reports,
<http://www.loc.gov/copyright/reports/>
(2000-08-14)
- 91/250/EEG
- 92/100/EEG
- 96/9/EG
- 2000/31/EG
- FN: Generalförsamlingens resolution
217 A (III) av den 10 december 1948
KOM (1997) 628 slutlig
- KOM (1998) 586 slutlig
- KOM (1999) 250 slutlig
- NII: Intellectual Property and the
National Information Infrastructure,
<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (2000-08-14)
- Project Looking Forward: Sketching
the Future of Copyright in a
Networked World, Final Report May
1998.
- Rådets direktiv av den 14 maj 1991
om rättsligt skydd för datorprogram.
Rådets direktiv av den 19 november
1992 om uthyrnings- och
utlåningsrättigheter och vissa
upphovsrätten närstående rättigheter
inom det immaterialrättsliga
området.
- Europaparlamentets och rådets
direktiv av den 11 mars 1996 om
rättsligt skydd för databaser.
Europaparlamentets och rådets
direktiv av den 8 juni 2000 om vissa
rättsliga aspekter på
informationssamhällets tjänster,
särskilt elektronisk handel, på den
inre marknaden.
- Universal Declaration of Human
Rights (UDHR).
- Förslag till Europaparlamentets och
rådets direktiv om harmonisering av
vissa aspekter av upphovsrätt och
närstående rättigheter i
informationssamhället.
- Förslag till Europaparlamentets och
rådets direktiv om vissa rättsliga
aspekter på informationssamhällets
tjänster, särskilt elektronisk handel,
på den inre marknaden.
- Ändrat förslag till
Europaparlamentets och rådets
direktiv om harmonisering av vissa
aspekter av upphovsrätt och
närstående rättigheter i
informationssamhället.
- Report of the Working Group on
Intellectual Property Rights,
Washington, D.C., Information
Infrastructure Task Force [1995].

Prop. 1960:17	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholms slott den 27 november 1959.
Prop. 1981/82:152	Regeringens proposition om skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång.
Prop. 1992/93:48	Regeringens proposition om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.
Prop. 1992/93:214	Regeringens proposition om ändringar i upphovsrättslagen.
Prop. 1996/97:111	Rättsligt skydd för databaser, m.m.
Prop. 1997/98:15	Ansvar för elektroniska anslagstavlor.
SFS 1960:729	Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
SFS 1972:207	Skadeståndslag.
SFS 1974:152	Regeringsform.
SFS 1998:112	Lag om ansvar för elektroniska anslagstavlor.
SOU 1956:25	Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk.
SOU 1985:51	Upphovsrätt och datorteknik. Delbetänkande 3 av upphovsrättsutredningen.
STIM	E-postmeddelande från Stefan Tkaczyk, 2000-04-10.
SÖ 1952:35	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna av den 4 november 1950.
SÖ 1961:11	Världskonvention i Genève om upphovsrätt. Reviderad i Paris den 24 juli 1971.
SÖ 1995:31, även på http://www.wto.org/english/docs_e/egal_e/27-trips.pdf (2000-08-14)	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. Avtal om upprättande av världshandelsorganisationen, Marrakech den 15 april 1994, bilaga 1C.
U.S.C.A. Title 17, även på http://www.loc.gov/copyright/title17/circ92.pdf (2000-08-14)	US Copyright Law and Related Laws.
WIPO Publication: No. 287(E)	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

WIPO Publication: No. 328(E)

WIPO: CRNR/DC/94

WIPO: CRNR/DC/95

(1886), i nuvarande lydelse från 28 september 1979.
Romkonventionen av den 26 oktober 1961 om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag.
WIPO Copyright Treaty, Genève 20 december 1996.
WIPO Performances and Phonograms Treaty, Genève 20 december 1996.

Refererade webbplatser

CNET

Everyday.com

EU

FN

Juridicum, Stockholms universitet

Library of Congress

NCB

STIM

Streaming Media World

Tele 2

Telia

WIPO

<http://www.cnet.com/>.

<http://everyday.com>

<http://europa.eu.int/>

<http://www.un.org>.

<http://juridicum.su.se>

<http://www.loc.gov>

<http://www.ncb.dk>

<http://www.stim.se>

<http://streamingmediaworld.com>

<http://www.tele2.com/>

<http://www.telia.se>

<http://www.wipo.org>.

Litteratur

- Carlén-Wendels, Thomas *Nätjuridik. Lag och rätt på Internet*, 2:a upplagan, Stockholm 1998.
- Eklund, Magnus *Copyright and the Internet – an International Issue*, JT 1999-2000 s. 25.
- Field, Jr, Thomas G. *Copyright on the Internet*, Franklin Pierce Law Center 2000, <http://www.fplc.edu/tfield/copynet.htm> (2000-05-02).
- Hayes, David L. *Advanced Copyright Issues on the Internet*, 1998-99 Fenwick & West, http://www.fenwick.com/pub/ip/pubs/Advanced_Copyright_2000/advanced_copyright_2000.htm (2000-08-03).
- Heine, Kasper *Medverkansansvaret för ophavsretskränkelse på Internet*, NIR 1999 s. 615.
- Hultmark, Christina *Elektronisk handel och avtalsrätt*, Stockholm 1998.
- Julià-Barceló, Rosa *On-Line Intermediary Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks*, [2000] E.I.P.R., London 2000.
- Karnell, Gunnar *Den odrägliga upphovsrätten*, NIR 1997 s. 370.
- Koelman, Kamiel och Hugenholtz, Bernt *Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, Workshop on Service Provider Liability, Genève 9 och 10 december 1999 (OSP/LIA/1 Rev. 1), <http://www.wipo.int/eng/meetings/1999/osp/index.htm> (2000-08-14).
- Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne *Lärobok i immaterialrätt*, 6:e upplagan, Stockholm 2000.
- Lindberg, Agne och Westman, Daniel *Praktisk IT-rätt*, 2:a upplagan, Stockholm 1999.
- Mattsson, Dag *Kommentarer till uphovsrättslagstiftningen*, Karnov 1999/2000.
- Muldin, Kenth *Rättighetsförvaltning i elektroniska media*, i *Digitalisering och uphovsrätt* (red. Karnell), Stockholm 1993.
- Nordell, Per Jonas *Rätten till det visuella*, Stockholm 1997.

- Olsson, Agne Henry *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, Stockholm 1996.
- Olsson, Agne Henry *Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt*, 6:e upplagan, Stockholm 1998.
- Peczenik, Aleksander *Juridikens teori och metod*, Stockholm 1995.
- Rajala, Katariina *Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö*, NIR 1999 s. 99.
- Vinje, Thomas *The New WIPO Treaties: a Happy Result in Geneva [1997] E.I.P.R.*, London 1997.
- Westman, Daniel *Mp3-målet i HD – rättsläget kring länkning fortfarande oklart*, Lov & Data nr. 62, tillgänglig på <http://www.juridicum.su.se/iri/> (2000-08-09).

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

NJA 1967 s. 150	Stala gammeldansförening.
NJA 1980 s. 123	Hotellrummen.
NJA 1986 s. 702	Radiohandlarmålet.
NJA 1988 s. 715	Sjukhusmusik.
NJA 1995 s. 164	Tunikafallet.
NJA 1995 s. 256	Elbranschens nummerbank.
NJA 1996 s. 79	BBS-målet.
NJA 1996 s. 354	Stadens löjtnant
Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00	Mp3-målet.
Hovrätten för västra Sverige 1987- 12-19, dom DB 159.	Upphovsrättsligt skydd för datorprogram.

Amerikanska rättsfall

991 F.2d. 511 (9 th cir. 1993)	<i>MAI Systems v. Peak Computer, Inc.</i>
839 F.Supp 1552 (M.D. Fla. 1993)	<i>Playboy Enters, Inc. v. Frena.</i>
845 F.Supp 356 (E.D.Va. 1994)	<i>Advanced Computer Services v. MAI Systems.</i>
948 F.Supp 923 (N.D. Cal. 1996)	<i>Sega Enterprises v. MAPHIA.</i>
53 U.S.P.Q.2d. 1425 (D. Utah 1999)	<i>Stenograph L.L.C. v. Bossard Assocs.</i>

