



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Cecilia Malmberg

Digital musik

- med lagen i ryggen

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Immaterialrätt

Ht 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte & frågeställningar	6
1.2 Metod	7
1.3 Material	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	8
2 UPPHOVSRÄTTEN	10
2.1 Allmänt om upphovsrätt	10
2.2 Internationella regler	11
2.2.1 Bernkonventionen	11
2.2.2 TRIPs-avtalet och WIPO-fördragen	12
2.2.3 Infosoc-direktivet	13
2.3 Skyddets innehåll	14
2.3.1 Exemplarframställning	14
2.3.2 Tillgängliggörande för allmänheten	15
2.3.3 Närstående rättigheter	16
2.4 Inskränkningar	16
2.4.1 Exemplarframställning för privat bruk	17
2.4.2 Framställning av tillfälliga exemplar	18
2.4.3 Fri spridning av exemplar	20
2.5 Intrång i rättigheterna	21
2.5.1 Piratkopiering	21
2.5.2 Sanktioner	21
2.5.2.1 Straffrättsligt ansvar	21
2.5.2.2 Civilrättsligt ansvar	22
2.6 Förebyggande åtgärder	23
2.6.1 Upphovsrättsorganisationer	23
2.6.2 Kassettersättning	24
2.6.3 Tekniska åtgärder	25

3	DEN AMERIKANSKA UPPHOVSRÄTTEN	27
3.1	The Copyright Act	27
3.2	The Audio Home Recording Act	28
3.3	The Digital Millenium Copyright Act	29
3.4	The Fair Use doctrine	30
3.5	Brott mot upphovsrätten	31
3.6	Rättspraxis	32
4	MUSIK PÅ INTERNET	34
4.1	Den digitala utvecklingen	34
4.2	Upphovsrättens anpassning	35
4.2.1	Exemplarframställning	36
4.2.2	Kontroll av efterlevnaden	37
4.3	Musikbyartjänster	38
4.4	Nya tendenser på marknaden	39
5	LEGALA LÖSNINGAR	42
5.1	Allmänt om legala lösningar	42
5.2	Tekniska skyddsåtgärder	42
5.3	Ersättningssystem	44
5.4	Licenssystem	46
5.4.1	Tvångslicens	46
5.4.2	Avtalslicens	47
5.5	Creative Commons	48
5.6	Affärsmodeller	51
6	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	54
6.1	Upphovsrätten	54
6.2	Dagsläget	55
6.3	Lagstiftningsåtgärder	55
6.4	Alternativa insatser	56
6.5	Nutid och framtid	57

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	63

Sammanfattning

Förekomsten av musik på Internet och tekniken för spridning och överföring av filer har varit föremål för en omfattande diskussion i ett antal år. Den digitala tekniken har fört med sig tidigare oanade möjligheter för kopiering och spridning av upphovsrättsligt skyddade verk via Internet. Enligt Statistiska centralbyråns undersökning för 2006 har tjugo procent av alla i åldern 16-74 år i Sverige, eller motsvarande 1,3 miljoner människor, någon gång använt ett fildelningsprogram. Lagstiftningen har anpassats efter den nya tekniken, i syfte att bibehålla ett tillfredsställande skydd för upphovsmännen.

Syftet med den här uppsatsen är att behandla problematiken kring fildelning och upphovsrätt och vilka lagliga alternativ som står till buds. Den digitala utvecklingen beskrivs och kopplingen till lagstiftningsarbetet behandlas. Lagändringen från 2005 har hittills inte gjort någon avsevärd skillnad i allmänhetens beteende. En utredning har därför tillsatts av regeringen för att redovisa utvecklingen och föreslå åtgärder för att stimulera utvecklingen av konsumentvänliga lagliga alternativ för tillgång till musik och film på Internet.

Innebörden av fildelning är i korthet att en nätverksanluten användare, via ett fildelningssystem (som även kallas peer-to-peer-nätverk eller P2P), tillåter andra användare att med hjälp av ett speciellt program ta del av material som finns på hans eller hennes dator. Samtidigt får användaren själv möjlighet att kopiera filer som finns på andras datorer. Det finns inget förbud mot fildelning som sådant, man får t.ex. fildela musik som man själv har komponerat. Däremot är det inte tillåtet att genom fildelning tillhandahålla någon annans upphovsrättsligt skyddade material utan tillstånd från rättighetshavaren. Upphovsrätten tilldelar upphovsmännen ekonomiska och ideella rättigheter. Den ekonomiska delen innefattar en ensamrätt att göra verket tillgängligt för allmänheten och att framställa exemplar av verket. Det är att betrakta som överföring till allmänheten att ställa material till förfogande i fildelningsnätverk, eftersom överföringen från användarens dator till en annan dator faktiskt innebär att materialet ställs till förfogande för medlemmar av allmänheten.

Upphovsrätten har som syfte att stimulera konstnärligt och litterärt skapande genom att ge den som skapat något rätten att kunna bestämma över hur verket skall användas samt tillgodogöra sig resultatet av sitt skapande. Den rättspolitiska argumentationen leder till principen om den ”intellektuella äganderätten”, enligt vilken intellektuellt skapande bör skyddas.

Det finns ett antal internationella konventioner på upphovsrättens område, till vilka även Sverige är bunden. Bernkonventionen, WTO:s TRIPs-avtal och WIPO-fördragen (WCT och WPPT) sätter upp riktlinjer för den internationella upphovsrätten, vilket gör att rättsområdet är likartat runt om i

världen. Med hänsyn till den digitala teknikens utveckling och Internets utbredning så är det av stor betydelse att upphovsrätten är någorlunda homogen internationellt sett. För EU-ländernas del har det s.k. infocodirektivet (2001/29/EG) varit av avgörande betydelse för anpassningen av den nationella lagen till teknikens utveckling. I samband med Sveriges implementering av infocodirektivet gjordes ett antal ändringar i URL. Bland annat klagjordes upphovsmännens ensamrätt avseende överföringen av verk till allmänheten och skyddet för vissa närstående rättigheter stärktes. Rätten att framställa kopior för eget bruk begränsades, och numera är kopiering för privat bruk endast tillåtet av verk som gjorts tillgänglig med upphovsmännens tillstånd.

Frågan är vilket utrymme den svenska lagen ger för lagliga alternativ och vilka nya tendenser man kan se bland upphovsmän, skivbolag och intresseorganisationer, och hur de anpassar sig till digitaliseringen. I uppsatsen konstateras att de internationella konventionerna inte tillåter införandet av någon form av allmän avgift som skulle tillåta fildelning eftersom sådant tillgängliggörande för allmänheten tveklöst kräver rättighetshavares tillstånd. En utvidgning av avtalslicensordningar är inte heller något eftersträvansvärt av den orsaken att ett alltför standardiserat system inte tar hänsyn till upphovsmännens individuella behov. Lagstiftningen har gjorts teknikneutral och den har klagjort upphovsmännens ensamrättigheter. Det är dags att låta marknadsaktörerna komma ikapp och anpassa sina affärsmodeller och sin strategi efter dagens situation med digital teknik och nya krav från konsumenterna. När det gäller tekniska skyddsåtgärder som tillämpas, t.ex. kopieringsskydd, så anses tendenser att skivbolagen börjar ta avstånd från detta. Friare filformat är efterfrågat från konsumenternas sida och musikindustrin måste rätta sig efter dem för att någonsin kunna bekämpa den illegala fildelningen. Det är än så länge bara spekulationer, men det är ytterligare ett utvecklingsförlopp att se fram emot.

Digital musik har kommit för att stanna. Viss kontroll måste dock förekomma, och där har statsapparaten och till viss del även intresseorganisationerna sin uppgift. De bör dra igång massiva informationskampanjer och få allmänheten att förstå vikten av en fungerande upphovsrätt. Det har redan uppstått många nya aktörer på marknaden, och Internet har verkligen blivit en egen handelsplats för digital musik. Utvecklingen har kommit igång ordentligt det senaste halvåret, men än finns mycket som kan hända.

Förord

Med mitt examensarbete sätter jag punkt för mina juridikstudier och de fantastiska åren som student i Lund. Det har varit de hittills bästa åren i mitt liv och jag kommer att sakna studentlivet.

Jag vill passa på att tacka min handledare Ulf Maunsbach för goda råd under skrivandets gång. Även ett stort tack till Katarina Olsson, som i sin undervisning gav mig mycket inspiration under mina sista terminer på Juridicum. Sist men inte minst vill jag tacka Henrik, mina föräldrar och systrar samt mina underbara vänner, för att ni alltid har uppmuntrat och stöttat mig i allt jag gjort.

Lund i februari 2007

Cecilia Malmberg

Förkortningar

AHRA	Audio Home Recording Act
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
CC	Creative Commons
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DRM	Digital Rights Management
Ds	Departementsserien
IFPI	International Federation of Phonogram and Video Producers
ISP	Internet Service Provider
JT	Juridisk Tidskrift
KLYS	Konstnärliga och litterära yrkesutövares samarbetsnämnd
mp3	Motion Pictures Experts Group audio layer 3
NCB	Nordic Copyright Bureau
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RIAA	Recording Industry Association of America
RomK	Romkonventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag
SAMI	Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation
STIM	Svenska tonsättares internationella musikbyrå
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
U.S.C.	U.S. Code
VK	Världskonventionen om upphovsrätt
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WPPT	WIPO Phonogram and Performances Treaty
WTO	World Trade Organisation (Världshandelsorganisationen)

1 Inledning

“*What is worth copying is prima facie worth protecting.*”¹

Förekomsten av musik och film på Internet och tekniken för spridning och överföring av filer har diskuterats flitigt i ett antal år såväl på högsta politiska nivå som i olika debattforum på nätet och i tidningarnas insändarspalter. Åsiktsutbytet kan nästan kännas tröttsamt då det oftast handlar om upphovsrättens vara eller icke vara, huruvida upphovsrätten håller på att urlakas eller ej och om det handlar om upphovsmännens eller skivbolagens kamp. Hur som helst så är fildelning och upphovsrätt ändå ett ämne som inte är färdigdiskuterat. Fildelning förekommer i allt större utsträckning och upphovsrätten är starkt förankrad i de flesta rättsordningar. En utredning håller just nu på att utföras för att redovisa utvecklingen när det gäller vissa upphovsrättsliga frågor på Internet, samt överväga och föreslå åtgärder för att stimulera utvecklingen av konsumentvänliga lagliga alternativ för tillgång till musik och film på Internet. Samtidigt skall alternativens inverkan på innovation, tillväxt och teknikneutralitet beaktas.²

Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk ger uphovsmän och andra rättighetshavare ett antal ekonomiska och idella rättigheter. Den ekonomiska rätten är tudelad, nämligen rätten att framställa exemplar (kopiering) av verket samt rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Rätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten innebär t.ex. att det inte är tillåtet att lägga ut eller på annat sätt tillgängliggöra någon annans upphovsrättsligt skyddade material på digitala nätverk som t.ex. Internet, utan rättighetshavarens tillstånd.³

Problematiken kring upphovsrätt har ställts i en helt ny dager i och med den digitala utvecklingen. Digitaliseringen har bland annat gjort att litterära och konstnärliga verk snabbt och lätt kan kopieras och överföras mellan personer framför datorer runt om i världen.

Det gjordes ändringar i upphovsrättslagen som trädde i kraft den 1 juli 2005, vilka syftade dels till att värna upphovsrätten, framför allt i den digitala miljön, dels till att tillgodose balansen mot viktiga allmänna intressen av att få nyttja verk.⁴ Genom ändringarna införlivades Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället samt två internationella konventioner, WCT – om upphovsrätt och WPPT – om framföranden och fonogram, i svensk rätt. De internationella fördragen

¹ Citat J.Peterson från 1916, brittiskt rättsfall *University of London Press v. University Tutorial Press*.

² Se *Uppdrag angående upphovsrätten på Internet*, Promemoria, Ju 2006/6767/P, s. 7 (cit. Ju2006/6767/P).

³ Levin, *Lärobok i immaterialrätt – supplement*, 2006, s. 77ff (cit. Levin).

⁴ Prop. 2004/05:110.

antogs i december 1996 av WIPO – World Intellectual Property Organisation – vilket är FN:s organ för immaterialrätt.

Innebörden av fildelning är i korthet att datafiler som finns på ens egen dator, exempelvis innehållande film och musik, via Internet görs tillgängliga för andra, samtidigt som man själv får möjlighet att kopiera exempelvis film och musik som finns på andras datorer. Enligt Statistiska centralbyråns undersökning för 2006 har tjugo procent av alla i åldern 16-74 år i Sverige, eller motsvarande 1,3 miljoner människor, någon gång använt ett fildelningsprogram.⁵ Det finns inget förbud mot fildelning som sådan, man får t.ex. fildela musik som man själv har komponerat. Däremot är det inte tillåtet att genom fildelning tillhandahålla någon annans upphovsrättsligt skyddade material utan tillstånd från rättighetshavaren.

Det finns inskränkningar i upphovsrätten, där upphovsmannens ensamrätt får träda tillbaka, till förmån för allmänhetens lov att tillägna sig de skapade verken. De inskränkningar som är av störst intresse i föreliggande uppsats är exemplarframställning för privat bruk och exemplarframställningen av tillfälliga exemplar. En förutsättning för att ha rätt att framställa exemplar för privat bruk är, sedan lagändringen 2005, att den förlaga som används vid kopieringen är laglig. Nedladdning av musik på Internet är alltså förbjudet om förlagan är olaglig. Uppladdning var förbjudet redan tidigare, enligt föregående stycke, d.v.s. att lägga ut verk på Internet utan tillstånd från rättighetshavarna.

Som sagt så har fenomenet fildelning givit upphov till en omfattande samhällsdebatt både innan och efter lagändringen. Det har framkommit olika förslag på lagliga lösningar, t.ex. att införa en allmän avgift, genom vilken även kopiering för privat bruk av olagliga förlagor av musik, film m.m. från Internet skulle tillåtas. Det har framförts mycket kritik mot den nya lagen, men de olika intresseorganisationerna på upphovsmännens sida har i stort visat sitt stöd för den. Oavsett åsikt håller nog de flesta med om att ytterligare åtgärder behövs för att stimulera utvecklingen av konsumentvänliga lagliga alternativ på Internet.⁶

1.1 Syfte & frågeställningar

Den huvudsakliga avsikten med föreliggande uppsats är att behandla problematiken kring fildelning och upphovsrätt genom att studera hur förhållandena ser ut i Sverige och jämföra med hur det förhåller sig i USA och till viss del i andra länder. Jag kommer att redogöra för den svenska och den amerikanska lagstiftningen på området och belysa en del specifika regleringar, såsom inskränkningarna i ensamrätten och den amerikanska fair use-doktrinen. Uppsatsen skall ge en bild av hur den svenska

⁵ Statistiska Centralbyråns *IT-statistik – Privatpersoners användning av datorer och Internet 2006*.

⁶ Ju 2006/6767/P, s. 4-5.

upphovsrättslagen ser ut sedan ändringarna infördes 1 juli 2005, vilka inskränkningarna i upphovsrätten är och även vilka insatser som görs i Sverige till förmån för upphovsrätten.

Med utgångspunkt i upphovsrätten kommer jag att beskriva hur den digitala utvecklingen har sett ut och hur lagen har anpassats efter denna. Jag kommer även att redogöra för vilka nya tendenser man kan se hos upphovsmän, skivbolag och intresseorganisationer, och hur de inrättar sig på den digitala marknaden.

Jag kommer att undersöka vilka lösningar som tillgripits i Sverige och andra länder för att finna och uppmuntra till lagliga metoder att fildela. Exempelvis vill jag besvara frågan om vilket utrymme den svenska lagen ger för lagliga alternativ och om lagstiftningen, skyddsintresset och marknadsaspekterna går ihop. Min vilja är att visa vilka möjligheter som finns, presentera olika legala lösningar och resonera kring hur framtiden kan komma att se ut.

1.2 Metod

I min studie av svensk upphovsrätt och amerikansk upphovsrätt kommer jag i första hand att utgå ifrån lagtext, förarbeten och juridisk doktrin. Lagtexten tolkas i enlighet med de internationella konventionerna på upphovsrättens område. Jag kommer även att studera svensk och amerikansk rättspraxis för att inhämta kunskap om lagarnas tillämpning, och för att kunna utläsa allmänna rättsprinciper. Med andra ord används sedvanlig rättsvetenskaplig metod.

Med utgångspunkt i lagen och förarbetena skall jag gå igenom relevanta delar av upphovsrätten, för att kunna analysera dagens situation. Utifrån gällande rätt kan förhållandena på marknaden utforskas och utvärderas och genom denna utredning har jag för avsikt att argumentera kring lagliga lösningar. Viss rättspraxis kommer att redovisas, för att belysa hur lagstiftningen och rättssystemen har svarat på den digitala utvecklingen.

USA spelar en stor roll i debatten kring fildelning och upphovsrätt, på grund av de ledande skivbolagen och de många upphovsmännen som härstammar därifrån. Genom att studera den amerikanska rätten och situationen i USA kan jag dra paralleller till Europa och få ett helhetsperspektiv av det, trots allt, globala problemet med illegal fildelning.

1.3 Material

Enligt ovan utgår arbetet i första hand från svensk, och till viss del amerikansk, lagtext och förarbeten. Dessutom stödjer jag mig i min argumentation på svensk och internationell juridisk doktrin. Det har publicerats en hel del juridisk litteratur och artiklar som berör ämnet de

senaste åren. En del litteratur är uppdaterad sedan senaste lagändringen, men inte allt. Under åren när lagstiftningsarbetet pågick, mellan 2002 och 2005, pågick en intensiv diskussion i juridiska tidskrifter kring fildelningsproblematiken. Nu är det något lugnare, men fortfarande diskuteras ämnet flitigt i dags- och fackpressen.

Internet är en källa som oundvikligen har kommit till användning, framförallt för att hitta så dagsaktuell information som möjligt. Vid en sökning på Internet efter information om fildelning upptäcks en djungel av bloggar, debattartiklar, utlåtanden från olika intresseorganisationer m.m. Det är mycket starka åsikter som dryftas, men efter källkritiska granskningar har jag också hittat en del artiklar som jag har kunnat använda mig av. Internet gör det möjligt att ta del av information som är up-to-date på ett annat sätt än vad en bok eller tidskrift kan vara, vilket i förevarande fall kan vara mycket värdefullt. Som sagt är det dock av yttersta vikt att förhålla sig kritisk till material som härrör från Internet.

1.4 Avgränsningar

Det kommer inte att göras någon grundläggande genomgång av upphovsrättens historia och uppbyggnad i uppsatsen, då läsaren förutsätts besitta viss allmän och juridisk kunskap på området. Närstående rättigheter behandlas till viss del separat, men ingår överlag i diskussionen om upphovsrätt i uppsatsen. I de fall det finns speciell reglering för närstående rättigheter så anges det. Ideella rättigheter behandlas inte heller ingående, eftersom det inte är direkt relevant för frågeställningarna.

Fildelning och upphovsrätt är otvivelaktigt aktuellt i hela världen, men mitt arbete begränsar sig till att jämföra Sverige och USA. Till viss del berörs även andra länder, med tanke på att de internationella upphovsrättsliga konventionerna har många medlemsländer, men det är i regel inget som poängteras särskilt.

Uppsatsen begränsas dessutom till att handla om digital musik. Digital film hade kunnat ingå inom uppsatsens ramverk, men då skulle jag behöva dyka djupare i filmindustrins tradition och ta hänsyn till ytterligare andra aspekter för att kunna utreda lagliga lösningar. Det fanns dessvärre inte utrymme för det inom ramen för föreliggande arbete.

1.5 Disposition

I uppsatsens andra kapitel görs, till att börja med, en genomgång av den svenska upphovsrättslagen och det internationella reglerna på området. Det upphovsrättsliga skyddets innehåll samt inskränkningarna i ensamrätten klagörs, och en genomgång görs av intrång och förebyggande åtgärder. Därefter fortsätter tredje kapitlet med en redogörelse för den amerikanska

rätten, med dess fair use-doktrin och en kort genomgång av rättspraxis. I det fjärde kapitlet undersöks hur den digitala utvecklingen har påverkat lagstiftningen, hur utbudet av musik på Internet ser ut idag och vilka nya tendenser som förekommer på marknaden. Legala lösningar tas upp i femte kapitlet och olika lösningsförslag utreds. Bland annat analyseras tekniska åtgärder, licenssystem, allmänna ersättningsystem och den amerikanska ”Creative Commons-filosofin”. Till slut skall mina tankar och funderingar forma en sammanfattande diskussion i det sjätte och sista kapitlet.

2 Upphovsrätten

2.1 Allmänt om upphovsrätt

Den som skapar ett litterärt eller konstnärligt verk är att anse som upphovsman till verket. Det intellektuella skapandet har skyddats i århundraden byggt på den rättspolitiska argumentationen om den ”intellektuella äganderätten”.⁷ Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, URL, reglerar rättsområdet. Upphovsrättslagen genomgick ett antal förändringar som infördes per 1 juli 2005, vilka till största delen byggde på anpassning till direktivet 2001/29/EG om upphovsrätten i informationssamhället, det s.k. Infosoc-direktivet.

Upphovsrättigheter delas upp i ekonomiska och ideella rättigheter. Upphovsmannen ges en uteslutande förfoganderätt enligt 2 § URL, d.v.s. en ensamrätt. Ensamrätten vad gäller de ekonomiska befogenheterna handlar om rätten att framställa exemplar av verket samt rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Tillgängliggörande för allmänheten innebär offentligt framförande, offentlig visning eller spridning av exemplar till allmänheten. Den ideella delen handlar om rätten att bli angiven som upphovsman vid framställning eller tillgängliggörande av verk samt skydd mot kränkningar.⁸

Upphovsmannen – skyddssubjektet – är den ursprunglige rättshavaren. Med upphovsman avses en bestämd fysisk person, inte en abstrakt personkrets eller en juridisk person, enligt 1 § URL. Rättigheterna uppkommer när verket skapats och varar normalt i 70 år efter upphovsmannens död, enligt 43 § URL. Det skydd som upphovsmannen åtnjuter är dock inte helt vattentätt, det finns ett antal inskränkningar gällande främst de ekonomiska rättigheterna.

Den grundlagsfästa upphovsrätten är uttryckt som en positiv rättighet. Upphovsmannen har själv en rätt att handla, och han har även en rätt att inverka på andras handlande i kraft av sin rätt, t.ex. mot intrång i den positiva rätten. Reglerna ger upphovsmän rätt till ersättning för deras skapande arbete.⁹ Ett av de viktigaste rättspolitiska argumenten för att ge upphovsmännen rättsligt skydd i form av en ensamrätt har ansetts vara att ett verk är att betrakta som ett uttryck för upphovsmannens personlighet. Upphovsrättens ensamrätt hjälper förmodligen i allmänhet till att upprätthålla en fruktbar och individuell självkänsla för litterärt och konstnärligt skapande, vilket i sin tur motverkar kulturell formbundenhet och likhet. De flesta håller nog trots allt med om att ensamrättsmodellen

⁷ Koktvedgaard/Levin *Lärobok i immaterialrätt*, 2003, s. 29 (cit. Koktvedgaard/Levin).

⁸ Se URL 2 § respektive 3 §.

⁹ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2005, s. 23 (cit. Bernitz).

som grund för upphovsrättigheter har en avgörande kulturellt stimulerande roll genom syftet att säkerställa ett ekonomiskt utbyte av upphovsmännens verksamhet.¹⁰

2.2 Internationella regler

Upphovsrätten är begränsad till att gälla inom rikets gränser, men genom anslutningen till olika internationella konventioner äger bestämmelserna i stor utsträckning tillämpning också på verk och prestationer med ursprung utomlands.

Internationellt sett finns en skillnad i attityden till upphovsrättens uppbyggnad, då länderna i grunden baserar sin upphovsrätt antingen på en princip om *copyright* eller en princip om *droit d'auteur*. Angloamerikansk rätt tillämpar *copyright*-modellen, vilken i mångt och mycket präglas av kommersiella intressen. Principen om *droit d'auteur* ställer in fokus på upphovsmannen och dennes ekonomiska liksom ideella intressen. Den nordiska upphovsrättsliga lagstiftningen innehåller delar av båda principerna.¹¹ Det finns fortfarande ingen "EU-upphovsrätt" trots att det finns så många harmoniseringsdirektiv. Man har inte velat begränsa upphovsrättens nationella karaktär, trots att det nuförtiden kan bli problematiskt med nationella skillnader i regelsystemet när det sker så mycket gränsöverskridande utnyttjanden av upphovsrätt.¹²

Enligt gällande lagstiftning är nationalitetsprincipen och territorialitetsprincipen tillämpliga när det gäller upphovsrätten, 60-62 §§ URL. Det finns dock regler som motverkar sådana effekter, i form av diskrimineringsförbudet i EU och de stora internationella avtalen. Numera skyddas så gott som alla verk, oavsett ursprungsland. Huvudregeln i den internationella upphovsrätten (BK, TRIPs, RomK etc.) är att utlänningar och deras verk skall ha samma skydd som medlemsstatens medborgare och deras verk enligt principen om *nationell behandling*.¹³ Svenska upphovsmän tillförsäkras alltså samma rättigheter i anslutna länder som dessa ger sina egna medborgare.

2.2.1 Bernkonventionen

Bernkonventionen (BK) har funnits sedan 1886. Sverige anslöt sig till konventionen 1904. USA ville emellertid inte tillträda BK och därför tillkom 1952 även Världskonventionen (VK) om upphovsrätt (Universal Copyright Convention). I praktiken spelar VK en underordnad roll gentemot

¹⁰ Jfr. Bernitz diskussion, s. 27f.

¹¹ Levin, s. 13.

¹² A.a., s. 76.

¹³ A.a., s. 14-15.

BK (USA har sedan 1988 ratificerat BK).¹⁴ Idag är över 160 stater anslutna till Bernkonventionen, vilken bygger på tre grundläggande principer.¹⁵ Den första principen är rätten till nationell behandling, d.v.s. att verk som har sitt ursprung i en av medlemsstaterna skall, utöver de rättigheter som regleras specifikt i Bernkonventionen, ges samma skydd som medlemsstaten ger verk skapade av dess egna medborgare (art.5.1). För det andra skall skyddet för ett verk uppstå automatiskt och utan några formaliteter (art.5.2) och till sist är skyddet oberoende av om skydd finns i verkets ursprungsland eller inte (art.5.2). Skydden som föreskrivs av konventionen gäller som huvudregel till förmån för verkets upphovsman eller dennes rättsinnehavare (art.2.6).¹⁶

Exemplarframställning skall enligt direktiv och konventioner falla under rättighetshavarnas ensamrätt och kräva deras tillstånd. Kopiering för privat bruk är dock en inskränkning i ensamrätten som tillåts finnas i nationell rätt. Förutsättningen för undantaget är att kopieringen inte strider mot den s.k. *trestegsregeln*. Trestegsregeln finns i såväl BK som TRIPs-avtalet (se avsnitt 2.2.2), samt i infocodirektivets art.5.5. Regeln är en slags generalklausul, som innebär att 1) exemplarframställning kan tillåtas i vissa fall, 2) förutsatt att exemplarframställningen inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och 3) inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Det blir en tolkningsfråga vad trestegsregeln innebär, t.ex. gällande kravet på lovlig förlaga.¹⁷ Vid införlivandet av infocodirektivet ansågs det vara obehövt att införa trestegsregeln i svensk lag. Vikten av att reglerna om inskränkningar skall vara klara och restriktiva underströks, samt att verkningarna av reglerna måste kunna förutses. Dessutom måste trestegsregeln hur som helst beaktas vid utformningen av inskränkingsbestämmelser, och svensk domstol måste beakta den typen av regler vid tolkning av regler i den svenska lagen som har sin grund i eller täcks av ett direktiv.¹⁸

2.2.2 TRIPs-avtalet och WIPO-fördragen

När Världshandelsorganisationen (WTO) bildades år 1994 antogs det s.k. TRIPs-avtalet, Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter. Avtalet ratificerades av Sverige och trädde i kraft år 1996.¹⁹ TRIPs-avtalet bygger bl.a. på BK och ett krav som ställs är att de anslutna ländernas lagstiftning skall stämma överens med BK.

Den internationella organisationen WIPO (World Intellectual Property Organisation) som administrerar BK, antog år 1996 WIPO Copyright Treaty (WCT) och WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT). Avsikten

¹⁴ Kocktvedgaard/Levin, s. 42.

¹⁵ www.wipo.int.

¹⁶ Prop. 2004/05:110, s. 40f.

¹⁷ Ju 2006/6767/P, s. 6.

¹⁸ Olsson, *Copyright*, 2006, s. 177 (cit. Olsson).

¹⁹ Prop. 2004/05:110, s. 42.

var att WCT skulle komplettera BK och att medlemsländernas upphovsrätt skulle uppdateras till den tekniska utvecklingen. När det gäller utövande konstnärer, framställare av fonogram och andra ljudupptagningar samt radio- och televisionsföretag så hade dessa erhållit skydd genom Romkonventionen ditintills.²⁰ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) kom alltså att komplettera RomK. Den upphovsrättsliga ensamrätten bär idag till stor del upp även rättsskyddet för artisters, fonogram- och filmframställares samt radioföretags, fotografers och databasframställares närstående rättigheter.

2.2.3 Infosoc-direktivet

Även inom EU fördes under 1990-talet diskussioner om upphovsrättens behov av ett ansiktslyft. Det utmynnade i ett nytt direktiv, *Europaparlamentets och Rådets direktiv av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*, det s.k. infosocdirektivet, som implementerats av Sverige sedan 1 juli 2005. Syftet med direktivet är att harmonisera och försöka anpassa upphovsrätten till informationssamhället och den digitala tekniken. Genom direktivets införlivande i medlemsstaterna uppfylls även huvuddelen av de förpliktelser som följer av WIPO-fördragen, WCT och WPPT.²¹

Enligt ingressen skall direktivet uppmuntra till investeringar i kreativ och innovativ verksamhet genom den höga skyddsnivån som föreskrivs. En hög skyddsnivå ämnas även vara av avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Det betonas också att en skälig avvägning bör göras mellan rättighetsinnehavarnas situation och olika användarintressen.²² Direktivet innehåller en utförlig förteckning över tillåtna inskränkningar i upphovsrätten, som likaledes begränsas av trestegsregeln (se avsnitt 2.2.1). Enligt direktivet är nationella inskränkningar som avviker från direktivets förteckning i princip inte tillåtna. Nationella bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter bör anpassas i den mån de skiljer sig avsevärt för att skapa rättslig klarhet, men skillnader i nationell lag som inte har några negativa effekter på området behöver inte avlägsnas eller förebyggas.²³

Endast i ett avseende är direktivet tvingande för medlemsstaterna, och det gäller tillfälliga kopior. Inskränkningen i ensamrätten som gäller tillfälliga kopior regleras i art.5.1, och dessa tillfälliga former av mångfaldigande skall alltså undantas från rätten till exemplarframställning. Tillfälliga kopior innebär sådana ”kopior som är flyktiga, eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse, och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, vars enda syfte är att möjliggöra

a) en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller

²⁰ Ds 2003:35, s. 61.

²¹ Ingressen till direktiv 2001/29/EG.

²² Ingressen till direktiv 2001/29/EG, stycke 4,5 resp. 31.

²³ Ingressen till direktiv 2001/29/EG.

b) *en laglig användning av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse*". De andra undantagen och inskränkningarna som förekommer i direktivet är av fakultativ karaktär, men direktivet sätter ändå den yttre ramen för vilka undantag och inskränkningar som får finnas i den nationella lagstiftningen.²⁴ Det finns följaktligen en del utrymme för nationella friheter, men överlag verkar de europeiska ländernas upphovsrättslagstiftning vara någorlunda homogen.

2.3 Skyddets innehåll

Upphovsrätten inrymmer, som framgått ovan, en ekonomisk och en ideell del. Den ekonomiska aspekten av upphovsrätten skall tillse att upphovsmännen har gynnsamma arbetsförhållanden, att de kan få ekonomiskt vederlag för sitt arbete och därför fortsätter sin verksamhet som i sin tur påverkar den ekonomiska, sociala och kulturella utvecklingen. För att tillfredsställa upphovsmännens och även utvecklingens intressen ges varje upphovsman en exklusiv förfoganderätt som garanterar upphovsmannen en viss kontroll över nyttjandet av dennes verk.²⁵

Av 2 § URL framgår att upphovsrätten erbjuder en princip om ensamrätt. Upphovsmannen ges en uteslutande rätt att *förfoga* över verket på två sätt, nämligen genom:

- 1) exemplarframställning och
- 2) tillgängliggörande för allmänheten.

2.3.1 Exemplarframställning

Rätten till exemplarframställning gäller för alla typer av verk som i det praktiska utnyttjandet består i framställning av böcker, tidningar, CD-skivor, videofilmer eller andra, ofta massproducerade, medier. Varje fixering av ett verk på en ny "bärare" utgör exemplarframställning. Lagen är konstruerad för att vara teknikneutral, fixeringen kan ske med vilken teknik eller i vilken form som helst. Därmed skall nutida teknik liksom i framtiden tillkommande tekniker falla in under 2 § URL. Eftersom inget krav på teknisk beskaffenhet hos exemplaret formulerats i lagen är även digitala fixeringar att se som exemplar i lagens mening.²⁶

Det är angående exemplarrätten som en av de stora frågorna uppkommer, nämligen om exemplarframställning alltid skall kräva upphovsmännens tillstånd eller om vissa undantag bör gälla. Den digitaliseringsteknik som finns idag ger helt nya möjligheter att tillverka kopior och suddar ut gränserna mellan original, kopior och exemplar.

²⁴ Ds 2003:35, s. 68f.

²⁵ Olsson, s. 102.

²⁶ Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 2006, s. 122 (cit. Rosén).

I samband med USA:s tillträde till WCT och WPPT genomfördes 1998 en moderniserad och digitaliseringsanpassad lagstiftning, Digital Millennium Copyright Act. Denna har utgjort en väsentlig inspirationskälla för de europeiska reglerna på området.²⁷

2.3.2 Tillgängliggörande för allmänheten

Rätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten regleras i 2 § 3 st. URL. Rättigheten kan delas upp i fyra förfoganden:²⁸

1) *Överföring till allmänheten* ("communication to the public", jfr. art.3.1 i Infosocdirektivet). Det innefattar alla distansöverföringar av verk och bestämmelsen är teknikneutral, d.v.s. det saknar betydelse om överföringen sker trådbundet eller trådlöst. För att falla in under bestämmelsen krävs kort och gott att verket görs tillgängligt från en annan plats än där allmänheten (tittaren, lyssnaren etc.) befinner sig. Överföring till allmänheten omfattar enligt URL, liksom enligt WCT och Infosocdirektivet, "överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk på en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer". Med detta täcks även den sannolikt ökande marknaden in för utnyttjanden av distansöverförda verk "on demand", t.ex. sådana som ligger i nätverk på Internet, så att enskilda kan ta del av dem när de önskar.

2) *Offentligt framförande*, vilket kräver att åhörarna är närvarande på t.ex. diskoteket eller restaurangen, annars faller det in under överföring till allmänheten. För att klassas som offentligt krävs att framförandet sker utanför den privata sfären. Det kan vara ett liveframträdande, en CD-skiva som spelas eller en TV som visar en konsert. I det senare fallet handlar det om offentligt framförande och överföring till allmänheten gällande själva TV-utsändningen.

3) *Offentlig visning*, är aktuellt när ett verk görs tillgängligt för att direkt iakttas. Det är främst i fråga om bildkonstverk som det talas om offentlig visning. Om ett tekniskt hjälpmedel används för tillgängliggörandet blir det offentligt framförande.

4) *Spridning av exemplar* till allmänheten handlar om försäljning, uthyrning, utlåning och dylikt. Det gäller endast fysiska exemplar och kompletterar därför exemplarframställningen i den mån verk massframställs i försäljningssyfte i form av t.ex. böcker, kassetter, CD och DVD. Rätten tillkommer alltså upphovsmannen att styra såväl över framställningen som över vad som sker med exemplaren i ett senare skede, d.v.s. spridningen. Eftersom spridningsrätten är knuten till endast fysiska exemplar, är det inte aktuellt i fall av överföring av verk över Internet.²⁹

²⁷ Levin, s. 81.

²⁸ A.a., s. 82-83.

²⁹ Prop. 2004/05:110, s. 59.

Gällande tillgängliggörande för allmänheten så räcker det att tillgängliggörandet är *avsett* att nå ut till allmänheten, det är av mindre betydelse huruvida allmänheten faktiskt har tagit del av det material som till exempel lagts ut på Internet.³⁰

2.3.3 Närstående rättigheter

Den närstående rätten, som är besläktad med upphovsrätten, skyddas enligt 5 kap. URL och innebär att skydd ges för exempelvis utövande konstnärers framföranden av litterära och konstnärliga verk, radio- och TV-sändningar samt skydd för producenter av ljud- och bildupptagningar. Skyddet har traditionellt varit mindre omfattande än upphovsrätten, men sedan infoscodirektivet införlivades i svensk rätt har den närstående rätten i 45, 46, 48, 49 och 49a §§ omformulerats till en uteslutande ensamrätt, d.v.s. likalydande med upphovsmannens ensamrätt i 2 § URL.³¹

Producentskyddet i 46 § URL innebär att framställaren har en uteslutande ensamrätt till det som spelats in med avseende på exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten. All exemplarframställning omfattas därmed, oavsett form eller metod, men privat exemplarframställning är fortfarande tillåten enligt 46 § 2 st. URL som hänvisar tillbaka till 12 §.³²

Tvångslicensen i 47 § URL, som inneburit att ljudupptagningar har fått användas utan föregående tillstånd från utövande konstnärer och fonogram- och filmproducenter, avskaffades vid den senaste lagändringen, såvitt gäller tillgängliggöranden till enskilda från en plats och vid en tidpunkt som de själva bestämmer. Det innebär att det s.k. mp3-avgörandet (NJA 2000 s. 292) förmodligen skulle få ett annorlunda utfall vid en prövning med dagens lagstiftning.³³

2.4 Inskränkningar

Reglerna i 2 kap. URL, som begränsar upphovsmännens ensamrätt, går ut på att skapa en lämplig samhällsmässig avvägning. Vissa inskränkningar måste accepteras av innehavare av upphovsrätter så att allmänheten får en

³⁰ Se diskussion i Rosén, s. 126f.

³¹ Levin, s. 110.

³² A.a., s. 111f.

³³ NJA 2000 s.292 (Mp3) handlade om anordnande av musikfiler på Internet. Tommy O hade inte framställt exemplar eller förfogat över musikverk, men han hade haft länkar till musikfiler på sin hemsida. Det tillgängliggörandet ansågs vara offentligt framförande. 47 § URL undantog vid den tidpunkten offentligt framförande av en ljudupptagning från den ensamrätt som i övrigt tillkom utövande konstnärer och fonogramframställare enligt 45 och 46 §§ URL. Därmed fann också HD att det saknade betydelse att framförandet skett av en olovligt framställd kopia. Tommy O:s handlande (d.v.s. offentligt framförande) föll inte under straffbestämmelserna och talan ogillades.

viss begränsad tillgång till skyddade verk. Annars skulle det upphovsrättsliga systemet bli en plåga för samhället, såväl praktiskt som principiellt.³⁴

2.4.1 Exemplarframställning för privat bruk

I infosocdirektivet regleras inskränkningarna i art. 5.2 och 5.3. Den svenska lagstiftningen är utformad i överensstämmelse de internationella förpliktelserna. Bernkonventionen kan ge visst tolkningssunderlag för en bedömning av styrkan av upphovsmannens ensamrätt gentemot andras utnyttjanden. I synnerhet trestegsregeln i art.9.2 BK skall uppmärksammas. Där stadgas att upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning får begränsas *i vissa särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen*. En liknande formulering finns i infosocdirektivets art.5.5, och även om en sådan regel inte finns ordagrant i URL, så genomsyrar dess mening ändå 2 kap. och utgör ett generellt tolkningsinstrument.³⁵

Det är tillåtet, enligt 12 § URL, att av ett offentliggjort verk, framställa ett eller några få exemplar för *privat* bruk. Det är en mycket viktig begränsning av upphovsmannens ensamrätt. Den kan motiveras dels genom att det finns ett betydande praktiskt behov för enskilda personer av att kunna göra avskrifter och andra kopior för sitt eget bruk, dels att den kopiering etc. som sker för privat bruk är omöjlig att kontrollera och som regel ligger utanför upphovsmannens vanliga möjligheter att utnyttja sitt verk. Tidigare ansågs sådan privatkopiering utgöra ett obetydligt ingrepp i hans rättigheter, ehuru det vore felaktigt att påstå i dagens läge.³⁶ Denna begränsning i det upphovsrättsliga skyddet uppfattas i allmänhet som självklar, men exemplaren får ej utnyttjas för några andra ändamål. Kopior får inte spridas utanför den privata kretsen och får inte utnyttjas vid ett offentligt framförande. Artikel 5.2.b i infosocdirektivet uttrycker att syftet med kopieringen varken direkt eller indirekt får vara kommersiellt för att det skall kunna klassas som privat bruk. Svensk praxis visar likaså att privat eller enskilt bruk innebär att det handlar om framställarens eget behov eller dennes närmaste familj- eller vänkrets, och att avsikten är att tillgodose ett rent personligt intresse eller behov, t.ex. när den sker för studier eller för nöjes skull.³⁷

Hela den privata sfären – hemmet, familjen och den närmaste vänkretsen – frihålls från varje upphovsrättslig bindning. Den tekniska utvecklingen och digitaliseringen har dock gjort det privata fria utnyttjandet mer komplicerat.³⁸ Jämfört med tidigare kan exemplar framställas i hemmet i en

³⁴ Levin, s. 129.

³⁵ Artikel 9.2 BK samt se Levin, s. 131.

³⁶ Olsson, s. 189.

³⁷ A.a., s. 192.

³⁸ Levin, s. 134.

helt annan omfattning, i princip varje hushåll har en bandspelare eller CD-brännare som kan framställa exemplar av film- eller musikverk. Avgränsningen gällande privat utnyttjande har varit ett av problemområdena i lagstiftarnas förnyelsearbete för att komma ikapp tekniken i många länder. Konsumenternas och rättighetshavarnas åsikter har glidit mer och mer isär i takt med teknikens framsteg. Konsumenterna vill kunna utnyttja den nya tekniken utan upphovsrättsliga begränsningar, medan upphovsmännen ofta vill begränsa en ”privat massproduktion” av verk som hindrar den professionella framställningen och försäljningen.³⁹

Det finns undantag till inskränkningen om exemplarframställning för privat bruk, men det gäller uppförande av byggnadsverk, framställning av exemplar av datorprogram och framställning av exemplar i digital form av sammanställningar i digital form. För dessa tre situationer gäller totalförbud mot kopiering för privat bruk, vilket framgår av 12 § 2 st. URL. Ingen av situationerna inverkar dock på frågan om olaglig fildelning.

Vad som däremot är högst relevant är att förlagan, enligt 12 § 4 st. URL, måste vara *lovlig*, d.v.s. den skall vara offentliggjord med upphovsmannens tillstånd. Det kravet, som utgår ifrån infosocdirektivets art.5.2.b., infördes i svensk lag vid lagändringen 2005. Lagstiftaren fann att det inte var hållbart att allmänheten fritt kunde utnyttja olagliga gärningar för att för eget bruk fritt kopiera musik eller filmer. Med det nya kravet på lovlig förlaga ville man dessutom göra det lättare att komma åt dem som medverkar vid tillhandahållandet av det kopierade materialet.⁴⁰

I bestämmelsen används uttrycket *egentlig förlaga*, vilket syftar på att underlaget för kopian skall vara det ursprungliga exemplaret och inte något tillfälligt exemplar som bildats t.ex. vid Internetöverföringar.⁴¹ Enligt propositionen kan det inte anses lagligt att använda en kopia för att ta en kopia för privat bruk, om det i en inskränkingsbestämmelse anges att en kopia som framställts med stöd av bestämmelsen inte får användas för andra ändamål än de som framgår av bestämmelsen eller endast får användas för vissa angivna ändamål. En kopia som framställts med stöd av 12 § URL får inte användas ”för andra ändamål”. Fast en sådan kopia som gjorts för privat bruk torde få användas för att göra en ny kopia, eftersom den första kopian inte används i strid mot förbudet att använda privata kopior för andra ändamål.⁴²

2.4.2 Framställning av tillfälliga exemplar

Avsikten med infosocdirektivet är bland annat att försöka motverka digitaliseringsteknikens förgörande av den klassiska upphovsrätten. Det är obestridligt att exemplarframställning i digital form omfattas av

³⁹ Levin, s. 135.

⁴⁰ Olsson, s. 197.

⁴¹ A.a., s. 197f.

⁴² Prop. 2004/05:110, s. 121.

ensamrätten. Det är att anse som exemplarframställning när ett verk lagras på datorns hårddisk eller annat sekundärminne. Det förekommer till exempel när ett verk förs över från en fysisk bärare, såsom en CD-skiva, till lagring i digital form som en mp3-fil.

Däremot är det inte lika självklart att de flyktiga, tillfälliga kopior som bara är nödvändiga för att få upp något på skärmen i samband med den tekniska överföringen faller in under ensamrätten. Redan vid enbart vidarebefordran (s.k. mere conduit) sker en automatisk mellanlagring av materialet på olika servrar eller routrar. Denna mellanlagring är nödvändig för att överföringen skall kunna genomföras. Det som tidigare gav upphov till huvudbryderi var hur de tillfälliga kopior skall behandlas som uppstår i datorns RAM- eller cache-minne under de få sekunder som ett visst material betraktas på datorskärmen. RAM-minnet är datorns arbetsminne och där lagras i princip all information som används eller bearbetas i datorn, under en kortare eller längre tid. Den informationen försvinner dock vanligtvis när datorn stängs av, vilket gör dessa kopior till tillfälliga sådana ändå.⁴³

Efter lagändringen har det tydliggjorts att sådana tillfälliga kopior omfattas av upphovsrätten. För EU-ländernas del besvaras frågan i artikel 2 i infosocdirektivet. Det är fastställt att ensamrätten gäller även för sådana exemplar som är *tillfälliga*. Varje direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent exemplar av ett verk anses vara upphovsrättsligt relevant, oavsett form eller metod och oavsett om det handlar om hela verket eller en del av det. Kopior av ett verk som uppstår i en dators arbetsminne när ett digitalt lagrat verk uppträder på bildskärmen skall alltså också anses som exemplar. Dock får inte upphovsrätten komma i konflikt med tekniken, varför vissa inskränkningar finns i 11a § URL.⁴⁴ Detta lagrum lyder:

”Tillfälliga former av exemplar av verk får framställas, om framställningen utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen. Exemplaren får inte ha självständig ekonomisk betydelse.

Framställning av exemplar enligt första stycket är tillåten bara om det enda syftet med framställningen är att möjliggöra

- 1. överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand, eller*
- 2. laglig användning, d.v.s. användning som sker med tillstånd från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare, eller annan användning som inte är otillåten enligt denna lag.”*

Utgångspunkten är alltså att ensamrätten i princip omfattar alla former av tillfälliga eller flyktiga exemplar, men det var nödvändigt att undanta vissa tillfälliga exemplar från ensamrätten, med tanke på hur den tekniska utvecklingen ser ut. För att bestämmelserna i art.5.1 i direktivet samt 11a § URL skall vara tillämpliga krävs enligt ovan att vissa förutsättningar är uppfyllda.

⁴³ Prop. 2004/05:110, s. 50.

⁴⁴ Levin, s. 79-80.

Den springande punkten är den *tekniska processen* som syftar till överföring eller annat utnyttjande och att exemplarframställningen är en integrerad och väsentlig del av denna överföring eller utnyttjande. Den typen av exemplar uppkommer till exempel vid tillfälliga lagringar i servrar eller routers vid överföringar på Internet eller vid mellanlagring (s.k. cachning) som sker i datorns arbetsminne.⁴⁵ Vidare skall exemplaren vara *flyktiga*, d.v.s. ha en begränsad livslängd, eller ha en *underordnad betydelse* i processen. Underordnad betydelse innebär att det är överföringen eller utnyttjandet som är huvudsaken, medan exemplaren är obetydliga. Här avses främst situationer när användaren inte kan påverka hur eller när kopian görs. Exemplaren skall inte heller ha någon *självständig ekonomisk betydelse*, vilket betyder att de inte får ha någon betydelse förutom möjliggörandet av överföringen respektive utnyttjandet. Till slut krävs att syftet skall vara att möjliggöra *överföring i ett nät mellan tredje parter* via en mellanhand eller annan *laglig användning*. Det krävs, enligt direktivets ingress, att mellanhanden, d.v.s. tjänsteleverantören, inte ändrar i informationen som överförs och inte ingriper i den lagliga användningen. Laglig användning åsyftar att slutanvändarens bruk är lagenligt.⁴⁶ Sådana tillfälliga exemplar som uppfyller ovanstående krav kan alltså inte göra intrång i rättighetshavares ensamrätt.

2.4.3 Fri spridning av exemplar

Spridningsrätten är en form av tillgängliggörande för allmänheten. Enligt 2 § 4 st. URL omfattar spridning alla situationer då ”*exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten*”. Ensamrätten till spridning är föremål för vissa inskränkningar enligt 19 § URL. De inskränkningar som kan göras gällande handlar om att ensamrätten över exemplar av verk helt eller delvis *konsumeras*.⁴⁷

Konsumtion av spridningsrätten inträder som en konsekvens av den första överlåtelsen av exemplaret i fråga, t.ex. första offentliggörandet, första utgivningen eller framställningen. Överlåtelsen måste ske med upphovsmannens eller hans rättsinnehavares samtycke för att spridningsrätten skall konsumeras. Konsumtionen är vidare beroende av var i världen den konsumtionsgrundande åtgärden har vidtagits. I Sverige tillämpas regional konsumtion, d.v.s. spridningsrätten konsumeras om den första överlåtelsen har skett inom EES-området. 19 § URL stadgar att ”*När ett exemplar av ett verk med upphovsmannens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, får exemplaret spridas vidare*”.⁴⁸

Eftersom spridningsrätten är knuten till fysiska exemplar av verk så har denna inskränkning liksom tidigare påpekats ingen direkt betydelse för

⁴⁵ Olsson, s. 186f.

⁴⁶ A.a., s. 187f.

⁴⁷ A.a., s. 226.

⁴⁸ A.a., s. 227f.

frågan om fildelning eftersom spridningen via elektroniska nätverk istället utgör tillgängliggörande för allmänheten.⁴⁹

2.5 Intrång i rättigheterna

2.5.1 Piratkopiering

Utvecklingen av den digitala tekniken och det omfattande användandet av Internet har som sagt gjort att kopieringen av upphovsrättsligt skyddade verk har ökat explosionsartat. Det finns en uppsjö musikbytjänster, nedladdningstjänster och s.k. musik-communities på Internet av varierande kvalitet och som är mer eller mindre lagliga. Hur som helst så försiggår en otrolig aktivitet på Internet när det gäller både musik och film. Uppgifter har presenterats som visar att flera miljarder filer sprids varje månad genom nätverk på Internet, och att merparten av dessa filer sprids illegalt.⁵⁰

De upphovsrättsliga intrång som äger rum påverkar artister, upphovsmän och producenter i stor utsträckning och det har uppstått en världsomspännande jakt på s.k. musikpirater. Det finns ett stort antal organisationer som engagerar sig i upphovsrättigheternas tillvaratagande och kampen mot intrång i upphovsrättigheterna.

2.5.2 Sanktioner

De sanktioner som kan bli aktuella vid intrång i immaterialrätt är straff, skadestånd, förbud och säkerhetsåtgärder. Genom TRIPs-avtalet infördes regler om ”enforcement”, med krav på att medlemsländerna skulle införa lämpliga lagredskap för att upprätthålla de immateriella rättigheterna.

Enligt 57 § URL gäller reglerna om ansvar i 53-56 h §§ URL likaledes för innehavare av närstående rättigheter.

2.5.2.1 Straffrättsligt ansvar

Den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet begår upphovsrättsintrång kan, enligt 53 § URL, dömas till böter eller fängelse upp till två år. Paragrafen föreskriver straffansvar i tre huvudsituationer. Av störst betydelse för förevarande uppsats är när intrång har begåtts i den upphovsrätt som är knuten till ett verk enligt 1 och 2 kap, d.v.s. mot de ekonomiska och ideella rättigheterna. Ett *intrång* i upphovsrätten innebär att en åtgärd har vidtagits som ingår i upphovsmannens rättigheter utan tillstånd och utan att någon bestämmelse i 2 kap. kan åberopas, som skulle ha gjort nyttjandet tillåtet. Straffansvar kan även inträda enligt 12 § URL då

⁴⁹ Prop. 2004/05:110, s. 59.

⁵⁰ Olsson, s. 306f.

exemplar av verk framställs för privat bruk, men dessa sedan används för andra ändamål.⁵¹

Straffansvar kan som huvudregel inträda för såväl gärningsman som medverkande. Medverkansansvaret är ofta uppe till diskussion i samband med utnyttjande av verk över nätet, eftersom ett flertal aktörer är verksamma vid sådana överföringar.⁵² Den som skapar det material som överförs kallas ”*content provider*”, och denne har direkt ansvar för materialet. Den som besitter utrymmet där materialet kan lagras, och ställer det till förfogande, kallas ”*hosting service provider*” (eller Internet service provider, ISP), och nätverksoperatören brukar kallas ”*access provider*”. Lagstiftningen har anpassats efter dessa nya medverkansformer, och i Europa finns det regler om ansvarsfrihet för ”*mere conduit*”, ”*cachning*” och ”*hosting*”. Artikel 5.1 i infocodirektivet och 11 a § URL undantar vissa tillfälliga kopior från mångfaldiganderätten (se avsnitt 2.4.2) och frihåller därmed till viss del leverantörer från ansvar. I USA finns motsvarande regler i Digital Millennium Copyright Act (DMCA).⁵³ En ”service provider” kan som huvudregel tillgodogöra sig ansvarsfrihet enligt DMCA såvida skyldigheten att tillämpa en policy där upprepade upphovsrättsintrång av användare resulterar i uppsägning av abonnemang eller dylikt uppfylls och de inte heller blandar sig i rättighetshavares användande av tekniska åtgärder.⁵⁴

I USA fälldes ett företag för medverkansansvar i fallet *MGM. v. Grokster* (se avsnitt 3.6). Grokster ansågs medvetet och avsiktligt ha bidragit till oauktoriserat utnyttjande av skyddade verk genom att tillhandahålla software för nedladdning. Det avgörandet är inte bindande för andra länder, men kan verka som en riktlinje för hur medverkansansvar kan bedömas i liknande situationer.⁵⁵

2.5.2.2 Civilrättsligt ansvar

Skäligt vederlag skall alltid utgå vid otillåtet utnyttjande av upphovsrätt eller närstående rätt, enligt 54 § 1 st. URL. Det handlar alltså om strikt ansvar och det har därför ingen betydelse om ett intrång har skett i ond eller god tro. Principen om skälig ersättning är avsedd att tolkas så att det minsta som skall ersättas är en skälig licensavgift. Därutöver skall rättighetsinnehavaren, enligt 54 § 2 och 3 st. URL, alltid ha full ersättning för den förlust han har lidit på grund av ett oaktsamt eller uppsåtligt intrång. Den förlusten motsvarar i regel förlorad inkomst, marknadsskador och mer interna förluster som förorsakats av intrånget.⁵⁶

⁵¹ Olsson, s. 308f.

⁵² A.a., s. 317.

⁵³ A.a., s. 318.

⁵⁴ Se vidare Stamatoudi i *Copyright in the New Digital Environment*, 2000, s. 144ff.

⁵⁵ Olsson, s. 118.

⁵⁶ Koktvedgaard/Levin, s. 455ff.

Enligt 12 § 4 st. URL får förlagan inte vara olaglig vid kopiering för privat bruk. Bestämmelsen infördes i samband med införlivandet av infocodirektivet och skadeståndsskyldigheten vid kopiering för privat bruk av olaglig förlaga stadgas i 54 § 4 st. i lagen. Det krävs uppsåt eller grov oaktsamhet för att skadeståndsskyldighet skall bli aktuellt.⁵⁷ Ännu har detta inte prövats i svenska domstolar, så det återstår att se hur praxis kommer att utvecklas kring gränsdragningen för skadeståndsskyldighet vid olaglig fildelning.

2.6 Förebyggande åtgärder

2.6.1 Upphovsrätsorganisationer

Det finns upphovsrättssällskap som bevakar upphovsmännens ekonomiska rätt, och bland annat sköter den praktiska administrationen, runt om i världen. Anslutningen bland rättighetsinnehavare är omfattande och organisationerna besitter en väldig ekonomisk makt. Därför spelar deras verksamhet en väsentlig roll i såväl nationellt som internationellt lagstiftningsarbete.⁵⁸

I Sverige är STIM, Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå, en välkänd förening som arbetar för att tillvarata upphovsrättsinnehavares intressen.⁵⁹ Det finns internationella överenskommelser och ömsesidiga avtal mellan upphovsrättssällskapen som gör att både inhemsk och utländsk musik bevakas i varje land, och STIM representerar därför cirka två miljoner musikskapare sammanlagt. Det STIM arbetar med är dels att mot ersättning ge tillstånd till offentligt framförande av musikaliska verk, t.ex. bakgrundsmusik i ett varuhus, och mekaniskt mångfaldigande, dels att inkassera ersättningar för överföring till allmänheten, framförande och mångfaldigande av medlemmarnas musikaliska verk. Den inkasserade ersättningen fördelas mellan medlemmarna i förhållande till användningen av deras verk med tillämpning av överenskomna fördelningsnormer. En rättighetsinnehavare som är ansluten till STIM överlåter sin lagliga rätt till offentligt framförande och mekaniskt mångfaldigande och STIM förbinder sig å sin sida att företräda tonsättaren och hans intressen och tillgodose att avgifter inbetalas.⁶⁰

En organisation som liknar STIM är Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation, SAMI, vars huvudsyfte är att tillvarata sina medlemmars intressen och uppbära och utdela ersättningar enligt 47 § URL, för utsändning i radio och TV m.m.⁶¹

⁵⁷ Olsson, s. 330.

⁵⁸ Levin, s. 74.

⁵⁹ Se vidare www.stim.se.

⁶⁰ Olsson, s. 455f.

⁶¹ Se www.sami.se, samt Olsson, s. 456.

När det gäller avgifter vid *inspelningar* av musik på CD-skivor, band och film så är det Nordic Copyright Bureau (NCB) som handhar administrationen. De mekaniska rättigheterna tillvaratas alltså av NCB, och de sköter även inkasseringen och fördelningen av ersättningen, s.k. *royalties*, mellan medlemmarna.⁶²

På internationell nivå finns IFPI, International Federation of the Phonographic Industry, som företräder skivbolagen.⁶³ IFPI arbetar för att tillvarata de rättigheter som den upphovsrättsliga lagstiftningen ger skivbolagen och artisterna samt att arbeta för att uppnå bättre rättsligt skydd för skivbolagen. Den svenska grenen av IFPI uppbär ersättning för offentliga framföranden enligt 47 § URL, d.v.s. för användandet av fonogram i bland annat radio och TV, och fördelar den till skivbolagen.⁶⁴ IFPI bedriver en mycket aktiv kamp mot musikpirater, genom informationskampanjer såväl som polisanmälningar.

Föreningen COPYSWEDE förvaltar upphovsmäns och utövande konstnärers upphovsrätt främst när det gäller vidareutnyttjandet i media som t.ex. kabel-TV och video. COPYSWEDE har fullmakt att träffa avtal och fördela inkasserade ersättningar. COPYSWEDE fördelar även den s.k. privatkopieringsersättningen eller kassettersättningen vidare till dem som skapat, framfört och producerat sådant som kan spelas in från TV eller radio eller genom kopiering av band och CD-skivor.⁶⁵

Dessutom finns KLYS, som är Konstnärliga och litterära yrkesutövares samarbetsnämnd, som de företräder kulturellt yrkesverksamma i Sverige i frågor om bland annat arbetsmarknad, kulturpolitik, upphovsrätt, skatterätt och yttrandefrihet.⁶⁶

2.6.2 Kassettersättning

Kopiering för privat bruk av lovliga förlagor är fortfarande tillåten. För att kompensera upphovsmän och andra rättighetshavare för denna lagliga kopiering finns kompletterande ersättningsanordningar. Vid kopiering för enskilt bruk, t.ex. på hembrända CD-skivor, uppstår ett inkomstbortfall för upphovsmännen, och därför är tomkassetter, inspelningsbara CD- och DVD-skivor samt sådana apparater som har en fast lagringsenhet belagda med en s.k. *kassettersättning* enligt 26k-m §§ URL.⁶⁷ Liknande lagstiftning finns i de flesta europeiska länder.⁶⁸ Infosocdirektivet sätter också upp ett krav på rimlig compensation till rättighetsinnehavare vid kopiering för privat bruk (art.5.2.b). I den mån kopiering för privat bruk medför annat än

⁶² Se www.ncb.dk, samt Olsson, s. 455.

⁶³ Se vidare www.ifpi.com eller www.ifpi.se.

⁶⁴ Olsson, s. 456.

⁶⁵ Se vidare www.copyswede.se.

⁶⁶ Se www.klys.se.

⁶⁷ Levin, s. 136.

⁶⁸ Bernitz, s. 71.

obetydligt förfång för rättighetshavaren anger direktivet att ersättningssystem skall finnas på plats. Enligt direktivet skall hänsyn även tas till förekomsten av tekniska skyddsåtgärder vid utformningen av ett sådant ersättningssystem.⁶⁹

För icke-privat utnyttjande finns det en ersättningsordning, enligt 42 c § URL, som i princip skall motsvara det konkreta bruket av enskilda verk, när det gäller t.ex. utnyttjande av verk i undervisning. För bandupptagningar i den privata sfären har man alltså istället infört kassettagifter. Storleken på ersättningen framgår av 26 l §. Avgiften kan enligt 26 l § 2 st. sättas ned i vissa fall, om t.ex. upphovsmannen kompenseras på något annat sätt. Konsumenten kanske redan betalar extra för rätten att framställa ett visst antal exemplar av verken när denne köper en CD-skiva. Marknadsmässiga omständigheter kan också ligga till grund för en nedsättning, vilket framgår av 26 m §. Samma paragraf stadgar att ersättningen samlas in, fördelas och eventuellt sätts ned av en organisation som företräder ett flertal ersättningsberättigade svenska upphovsmän och innehavare av närstående rättigheter.⁷⁰

Rätten till ersättning kan endast göras gällande av sådana organisationer som företräder ett flertal ersättningsberättigade svenska upphovsmän och innehavare av närstående rättigheter på området.⁷¹ Organisationen skall fördela ersättningen till de ersättningsberättigade rättighetshavarna, och i Sverige är det organisationen COPYSWEDE som handhar utdelningen (se ovan avsnitt 2.6.1).

2.6.3 Tekniska åtgärder

Under tiden som den digitala tekniken har utvecklats så har det också skapats olika typer av skydd för upphovsrättsligt skyddat material genom tekniska åtgärder. Enligt 52 b § 2 st. URL innebär *teknisk åtgärd* varje verkningsfull teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk *hindra* eller *begränsa* exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten eller rättsinnehavaren.

De tekniska åtgärderna brukar delas upp i "access control", d.v.s. åtgärder som hindrar tillträde till verket i fråga, och "copy control", som hindrar eller begränsar möjligheten till kopiering av materialet. Det vanligaste sättet att skydda verk genom tekniska åtgärder är kryptering. Det finns bl.a. en teknik som kallas CSS (Content Scramble System), som används för att skydda DVD-skivor mot uppspelning på apparatur för vilka de inte är avsedda. Ett annat skyddssystem är SCMS (Serial Copy Management System) som förhindrar kopiering av digitala kopior av CD-skivor.⁷² Tekniska åtgärder används även för att spåra verk genom de globala nätverken. Genom

⁶⁹ Prop. 2004/05:110, s. 129.

⁷⁰ Levin, s. 136-137.

⁷¹ Prop. 1997/98:156, s. 25.

⁷² Olsson, s. 390.

vattenmärkning och spårningssystem knyts ett fysiskt verk till endast de användare som har betalat för att utnyttja det.⁷³

Tekniska åtgärder brukar benämnas *Digital Rights Management* (DRM) när de utgör helhetslösningar med tekniska åtgärdssystem i kombination med licensvillkor. Systemen syftar till att kontrollera åtkomst och kopiering av upphovsrättsligt skyddade verk på Internet, samt att tillförsäkra rättighetshavarna ersättning. Systemen tilldelar användare en licens som gör att access- eller kopieringsspärarna tillfälligt kan brytas, och licensavgiften ger ersättning till rättighetshavarna.⁷⁴

Tekniska skyddssystem kan kringgås av skickliga datoranvändare. Genom infocdirektivet infördes dock ett rättsligt skydd i svensk lag mot ingrepp i tekniska skyddsåtgärder. Det har inneburit en utvidgning av upphovsrätten. Den som bryter en teknisk spär eller förstör elektroniska hjälpmedel för den upphovsrättsliga rättighetsförvaltningen ses som en intrångsgörare.⁷⁵ Bestämmelserna om skydd för tekniska åtgärder finns i 6 a kap. URL och regleringen fastslår ett rättsligt skydd dels mot kringgående av tekniska åtgärder, dels mot vissa former av befatning med anordningar som kan användas för kringgående av sådana tekniska skydd.⁷⁶

⁷³ Se vidare Schollin i JT nr.1, 2004/05, s. 67ff.

⁷⁴ Se vidare avsnitt 5.2.

⁷⁵ Levin, s. 150f.

⁷⁶ Levin, s. 151. För en mer ingående framställning om lagskyddet för tekniska åtgärder hänvisas till examensarbetet *Tekniska åtgärder och skyddet för åtkomstkontroll* av Adam Weissbach, 2006.

3 Den amerikanska upphovsrätten

3.1 The Copyright Act

Det grundläggande motivet till upphovsrätten enligt den amerikanska konstitutionens första artikel i åttonde sektionen lyder ”*to promote the progress of science and the useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*”. Upphovsrätten regleras i amerikansk rätt i The Copyright Act, 17 kapitlet i U.S. Code, vilket är en federal lagsamling. Den 106 § däri föreskriver sex upphovsrättsliga exklusiva rättigheter:

- 1) att framställa kopior av verket;
- 2) att framställa verk som är härledda från det första verket;
- 3) att distribuera kopior av verket till allmänheten genom försäljning eller annat sätt att överföra ägandet, eller genom uthyrning eller utlånande;
- 4) i fall av litterära verk, musikaler, teatrar och andra koreografiska verk, pantomimer och filmer och andra audiovisuella verk, att framföra verket för allmänheten;
- 5) i fall av litterära verk, musikaler, teatrar och andra koreografiska verk, pantomimer och målningar, grafiskt eller skulpterande verk inklusive den individuella föreställningen av en film eller annat audiovisuellt verk, att visa verket för allmänheten, och
- 6) i fall av ljudinspelningar, att framföra verket för allmänheten genom digital teknisk överföring (TV, radio).

Traditionellt sett tillkommer rätten att kopiera upphovsrättsligt skyddade verk upphovsmannen, och den amerikanska Copyright Act beviljar en exklusiv rätt att återge upphovsrättsligt skyddade verk “*in copies or phonorecords*” (106 §) och ger en definition av kopior 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*” (101 §).⁷⁷

Den amerikanska lagen är överlag avsevärt mycket mer detaljerad än Infosocdirektivets text. Det anses dock föga förvånande eftersom EG-direktiv typiskt sett i första hand söker balansera de syntetiska nationella lagstiftningsmodellerna hos civil law-länderna och den mer detaljerade och möjligen också mer analytiska stil som kännetecknar common law-ländernas lagstiftning.⁷⁸

⁷⁷ Goldstein, *International Copyright*, 2001, s. 250 (cit. Goldstein).

⁷⁸ Rosén, *Medie- och immaterialrätt*, 2003, s. 50.

I USA liksom i den europeiska rätten så skiljer sig privat användande från offentligt sådant. Även om definitionen av ”offentligheten” varierar något från land till land, så uttrycks i de flesta rättssystemen att den innersta cirkeln av familj och vänner inte räknas som offentlighet eller allmänhet. I amerikansk rätt framgår detta bl.a. av U.S. Code § 101. Innebörden av ”public” är dock svårare att definiera nuförtiden med all teknologi som tillåter individer att få tillgång till framföranden av verk ”på beställning” i hemmet. Om det är ett offentligt framförande eller överföring till allmänheten att sända ut ett musikstycke till ettusen radioapparater, är det då också ett offentligt framförande eller överföring till allmänheten när en webbcaster gör musikaliska verk tillgängliga efter individuell efterfrågan till miljoner lyssnare, var och en vid sin egen dator? Ett huvudsyfte med art.8 i WIPOs Copyright Treaty är att detta skall rymmas inom upphovsrättens kontroll.⁷⁹

Även om inte U.S. Copyright Act definierar nyckeltermen “*public*” så stadgas att framförande eller visning av ett verk offentligt (*publicly perform*) innebär att framföra eller visa verket på en plats som är öppen för allmänheten och där ett antal personer (*substantial number of persons*) utanför den normala kretsen av familj och vänner befinner sig.⁸⁰ Den amerikanska lagen fångar upp överföringar till individer ur allmänheten i den andra delen av definitionen av “publicly perform”, nämligen: “*whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times*”. Inom ramen för den bestämmelsen faller överföringar till allmänheten genom nätverk på Internet, såsom musikbytnätverk.⁸¹

3.2 The Audio Home Recording Act

The Audio Home Recording Act (AHRA), som hittas i 17 kap. U.S.C. 1001-1010 §§, innehåller bestämmelser som har tillkommit för att möjliggöra konsumenters kopiering av musik för privat bruk. Enligt dessa regler åläggs de som tillhandahåller produkter som möjliggör digitala eller analoga ljudupptagningar vissa skyldigheter mot att de får skydd mot åtal för upphovsrättsintrång. Produkterna måste till exempel utrustas med teknik, såsom SCMS (Serial Copy Management System), som omöjliggör kopiering av kopior. Därtill måste produkterna registreras hos behörig myndighet och en royaltysättning måste betalas till uphovsmännen.⁸²

När det gäller ersättningssystemet påminner bestämmelserna i AHRA om den svenska kassettersättningen. AHRA kan tillämpas på produkter (digital or analogue audio recording device) som är skapade eller marknadsförda för

⁷⁹ Goldstein, s. 262f.

⁸⁰ A.a., s. 263.

⁸¹ A.a., s. 269.

⁸² 17 kap. U.S.C. 1001-1008 §§.

att i första hand möjliggöra digitala eller analoga musikupptagningar (digital or analogue music recording). Lagen är teknikneutralt utformad, för att kunna tillämpas på digitala och analoga ljudupptagningsapparater som kan komma att utvecklas i framtiden. Däremot är lagen inte tillämplig på nedladdning av mp3-filer till en dators hårddisk. Apparater som datorer, som till stor del även har andra användningsområden, faller nämligen inte in under lagens tillämpningsområde.⁸³ I Napster-fallet konstaterade även the United States Court of Appeal detta, då de yttrade att definitionen av ”digital audio recording device” i AHRA inte täcker datorer och deras hårddiskar.⁸⁴

3.3 The Digital Millenium Copyright Act

The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) antogs 1998 för att implementera WCT och WPPT i lagstiftningen och för att anpassa lagstiftningen till den digitala tekniken.⁸⁵ Tjänsteleverantörer (Internet Service Provider, ISP) ges ett särskilt skydd för upphovsrättsintrång genom DMCA om de uppfyller vissa villkor.⁸⁶ Leverantörerna är skyldiga att ta bort sådant material som kränker upphovsrätten som förekommer på deras servrar och som de känner till, eller borde känna till. Skulle detta inte uppfyllas kan de hållas ansvariga för den skada som åsamkats rättighetsinnehavarna.⁸⁷

Tjänsteleverantörerna medverkar mer eller mindre automatiskt i åtskilliga processer genom de tjänster de levererar, och riskerar därför att indirekt ansvara för upphovsrättsintrång. Det uppstår kopior i alla överföringar och vidarebefordringar av information på Internet, och den amerikanska lagstiftaren ansåg det inte vara rimligt att låta leverantörerna ansvara utan begränsning för alla överföringar som sker genom dem. Genom att deras ansvar begränsades ville lagstiftaren i USA säkerställa att tjänsteleverantörerna skulle fortsätta att arbeta för att effektivisera Internet och förbättra kvaliteten på Internet-tjänsterna.⁸⁸

Det har riktats en hel del kritik mot DMCA i USA, baserat på att makten att styra över kopieringen av upphovsrättsligt skyddat material anses ha förflyttats från upphovsmännen, forskarna och domstolarna till ingenjörerna och företagen.⁸⁹

⁸³ 17 kap. U.S.C. 1001 §.

⁸⁴ A&M Records, Inc. v. Napster Inc., U.S. Court of Appeal, (9th. Cir. 2001).

⁸⁵ <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

⁸⁶ 17 kap. U.S.C. 512 a-d §§.

⁸⁷ 17 kap. U.S.C. 512 i §.

⁸⁸ Goldstein, s. 272f.

⁸⁹ Se bl.a. Vaidhyathan, *Copyrights and Copywrongs*, 2001, s. 174 (cit. Vaidhyathan).

3.4 The Fair Use doctrine

I USA liksom i Europa anses samhällsnyttan av att få använda upphovsrättsligt skyddade verk vara så pass stor att upphovsmannens ensamrätt har sina begränsningar. Den amerikanska rätten gör utrymme för detta i sin föreskrift om "fair use".⁹⁰ Den amerikanska fair use-läran är en lagstadgad kodifiering av cirka hundra års juridisk praxis. Förfoganden med syften som exempelvis nyhetsrapportering, kritisk granskning, undervisning och forskning, som uppfyller kraven enligt bestämmelsen är att anse som fair use, och därmed är det inom vissa gränser tillåtet att bland annat framställa exemplar för privat bruk. Normalt tillämpas inte fair use-begränsningen av upphovsrätten vid utnyttjanden som anses kommersiellt betingade.⁹¹ Generellt sett visar amerikansk praxis att konsumenter får lov att göra kopior av till exempel CD-skivor för att använda dem i hemmet, så länge de inte säljer kopian vidare eller spelar upp den i ett offentligt sammanhang så att det riskerar att minska marknadsvärdet av originalprodukten.⁹²

För att avgöra huruvida användandet av ett verk utgör fair use eller inte skall följande faktorer⁹³ beaktas enligt 17 kap. U.S.C. 107 §:

- 1) användandets syfte och natur, inklusive huruvida användandet är kommersiellt betingat eller är icke-kommersiellt med utbildande syfte;
- 2) vilken typ av upphovsrättsligt skyddat verk det rör sig om;
- 3) varaktigheten av användandet och i vilken utsträckning delar av verket används i förhållande till helheten; och
- 4) effekten av användandet på värdet av verket eller på den potentiella marknaden för verket.

Faktorerna måste vägas samman och domstolen står ofta inför problemet att en del faktorer väger för fair use och andra emot. Europeiska experter kritiserar ibland den amerikanska fair use-doktrinen just på den punkten att balanserandet av faktorerna kan göra beslutsfattandet något oförutsägbart. Enligt Pamela Samuelson, professor vid University of California, bildar dock avgörandena om fair use ofta förutsägbara analysmönster som gör att en person som är insatt i problematiken kan avgöra huruvida ett försvar som bygger på fair use är hållbart eller ej. Hon menar också att fair use-doktrinen besitter en fördel i och med att den ger amerikansk upphovsrätt en flexibilitet som gör att den lätt kan anpassas till oförutsedda förändringar i vår tid när teknologin utvecklas och förändras i snabb takt.⁹⁴

⁹⁰ 17 kap. U.S.C. 107 §.

⁹¹ Goldstein, s. 293.

⁹² Vaidhyathan, s. 27.

⁹³ Goldstein, s. 293.

⁹⁴ Samuelson, *Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States*, 2000, kap.II (cit. Samuelson).

Doktrinen om fair use är till viss del mer generös gentemot allmänhetens fria användande av upphovsrättsligt skyddade verk än vad europeisk upphovsrättslagstiftning är. Det kan ha att göra med den djupt rotade friheten för individen och yttrandefriheten, samt fokuseringen på det kommersiella som ofta genomsyrar det amerikanska rättssystemet.⁹⁵ Upphovsrätten i Europa har typiskt sett handlat om bildnings- och kulturpolitik, snarare än handelsrelaterad sådan.⁹⁶ I amerikansk upphovsrätt finns ingen motsvarighet till den ideella rätten, som de flesta europeiska rättssystemen värnar så mycket om. Genom WPPT fick dock den amerikanska lagstiftaren till viss del lov att ta hänsyn till de ideella rättigheterna.⁹⁷

3.5 Brott mot upphovsrätten

Nedladdning och uppladdning av upphovsrättsligt skyddat material utan tillstånd från rättighetsinnehavaren utgör intrång i rättighetsinnehavarens ensamrättigheter i USA. Den som har gjort intrång i någon annans upphovsrätt gör sig skyldig till ”*direct copyright infringement*”. Straffen ser olika ut för upphovsrättsintrång beroende på om det är ett civil- eller brottmål. Civilrättsliga påföljder kan bli aktuella utan att hänsyn tas varken till intrångsgörarens avsikt eller vetskap, eller till skadan som orsakats rättighetshavaren. Skadeståndsskyldighet kan utdömas upp till 30 000 USD för varje verk som blir utsatt, enligt 17 kap. U.S.C. 504 c §. Enligt samma lagrum kan intrångsgörare bli skyldiga att betala upp till 150 000 USD för faktiska skador och förlorade inkomster för varje utsatt verk, om rättighetshavaren kan visa på uppsåt hos intrångsgöraren. Dessutom kan den som gjort sig skyldig till intrång bli skyldig att betala rättegångskostnaderna.⁹⁸ Straffansvar görs gällande vid uppsåtligt handlande, med anledning av ”*commercial advantage*” eller ”*private financial gain*”.⁹⁹ ”Private financial gain” inkluderar såväl eventualiteten av ekonomisk förlust för rättighetshavaren, som traditionell förtjänst hos intrångsgöraren. I de fall handlingar som utgör intrång har skett med anledning av ”*commercial advantage*” eller ”*private financial gain*”, kan intrång gentemot musikaliska verk ge upp till fem års fängelse och maximalt 250 000 USD i böter. Upprepade intrång kan ge upp till tio års fängelse.¹⁰⁰

Det förekommer två former av sekundärt ansvar i den amerikanska upphovsrättslagen, nämligen ”*contributory infringement*”, vilket innebär ansvar för medverkan till upphovsrättsintrång, och ”*vicarious infringement*”, innebärande en sorts ställföreträdaransvar. Detta ställföreträdaransvar går ut på att till exempel ett företag som tillhandahåller en produkt kan ha haft möjlighet att kontrollera användarnas förehavanden även om de inte själva

⁹⁵ Se diskussion i Goldstein, s. 293, samt Samuelson, kap.III.

⁹⁶ Rosén i NIR, Nr.1 2006, s. 205.

⁹⁷ Vaidhyathan, s. 162.

⁹⁸ 17 kap. U.S.C. 505 §.

⁹⁹ 17 kap. U.S.C. 506 §.

¹⁰⁰ Se 17 kap. U.S.C. 506 §, som hänvisar till 18 kap. U.S.C. Section 2319.

gjort sig skyldiga till direkt upphovsrättsintrång, och om de brister i sin kontroll kan det leda till ansvar för eventuell olovlig hantering.¹⁰¹

I fildelningsmål måste käranden första visa på ett prima facie-fall av ”direct infringement” för att contributory eller vicarious infringement skall kunna åberopas.¹⁰² Käranden måste alltså: 1) visa på äganderätt till det material som det påstådda intrånget gäller, och 2) visa att den påstådda intrångsgöraren brutit mot minst en exklusiv rätt.

3.6 Rättspraxis

Skivindustrin insåg relativt snabbt att det förelåg en risk i digitaliseringen, framförallt i form av minskade försäljningsintäkter om musik kunde laddas ner kostnadsfritt via Internet. När *Napster* hade etablerat sig på den digitala marknaden gick skivjättarna i USA samman och stämde. Stämningsansökan mot Napster kom i december 1999.¹⁰³ RIAA, Recording Industry Association of America, yrkade på ”contributory and vicarious copyright infringement”, d.v.s. att Napster skulle hållas ansvariga för att deras användare gjorde intrång i RIAA:s rättigheter, genom att de tillhandahöll de nödvändiga verktygen för att piratkopiering skulle kunna ske.¹⁰⁴ The District Court beslutade att alla filer som Napster hade skäligen vetskap om att de innehöll något av kärandens upphovsrättsligt skyddade material, skulle tas bort från Napsters musikkatalog. Käranden ålades att ge Napster information om vilka filer som innebar intrång. Mycket av det material som Napster meddelades om lyckades de förhindra spridning av under de tre månader som de övervakades av the District Court, men inte allt. Därför beslutade domstolen att Napster skulle stängas tills man helt och hållet kunde följa domen. Beslutet överklagades till the Court of Appeal, som kom fram till att medverkansansvar förelåg. Contributory infringement kräver att den medverkande parten har vetskap om direkt intrång eller borde veta om det. Court of Appeal kom fram till att Napster, som fick reda på specifikt intrångsgörande material i systemet och misslyckades med att ta bort det, till följd därav var medveten om intrånget och därmed också medverkade till det.¹⁰⁵ Vicarious infringement föreligger om svaranden har haft ett sådant förhållande till intrångsgöraren att det inte är orimligt att hålla denne ansvarig. Det anses inte vara orimligt om svaranden har haft rätt och möjlighet att övervaka intrångsgöraren, samt haft uppenbara ekonomiska intressen i verksamheten. Court of Appeal meddelade att ekonomiska intressen existerade samt att Napster hade både rätt och möjlighet att övervaka intrångsgörarna.¹⁰⁶

¹⁰¹ Goldstein, s. 271.

¹⁰² Goldstein, s. 271.

¹⁰³ A&M Records Inc. v. Napster Inc., Case No. C99-5183-MHP (N.D.Cal.2000).

¹⁰⁴ Ahnegård m.fl., *Piratkopiering och privatkopiering*, 2001, s. 52 (cit. Ahnegård m.fl.), samt se vidare examensarbetet *Nedladdning av musik och film över Internet* av Annette Pettersson, 2005.

¹⁰⁵ A&M Records Inc. v. Napster Inc., 239 F. 3d 1004 (9th. Cir.2001).

¹⁰⁶ A&M Records Inc. v. Napster Inc., 114 F. Supp. 2d. 896. (N.D. Cal.2000).

De flesta stämningar i USA har kommit från RIAA. Över 500 bolag inom musikindustrin representeras av RIAA, bland annat Sony, Universal, Warner, BMG och EMI.¹⁰⁷ Organisationens huvudsakliga uppgift består i att skydda medlemmarnas intressen genom att skapa ett affärsklimat och ett juridiskt klimat som skall verka för medlemmarnas kreativa och finansiella vitalitet. De bedriver bland annat stora informationskampanjer om vikten att respektera upphovsrättsskyddat material.

År 2000 stämde RIAA företaget "Mp3.com".¹⁰⁸ Mp3.com kopierade CD-skivor och skapade en databas med musik. Den aktuella frågan i fallet var om dessa kopior kunde falla in under fair use-doktrinen? RIAA argumenterade för att kopieringen hade ett kommersiellt syfte. Dock kunde konstateras att Mp3.com inte underlättade någon slags stöld av musik. Man var tvungen att faktiskt ha en CD-skiva för att även få tillgång till musiken via databasen. Dessutom skulle man kunna säga att servicen faktiskt ökade värdet på en CD-skiva, eftersom tekniken gav lyssnaren möjlighet att lyssna på musiken vid fler tillfällen. Egentligen gjorde inte Mp3.com någonting som inte konsumenterna själva hade kunnat göra. Domstolen fällde till slut Mp3.com, när en strikt tolkning av lagen gjordes.¹⁰⁹

Fallet *MGM v. Grokster* gällde ansvar för upphovsrättsintrång för företaget Groksters distribution av programvaror som möjliggör fildelning i P2P-nätverk.¹¹⁰ Huvudfrågan var huruvida ansvar åvilade distributören av en produkt som kunde användas för både laglig och olaglig användning av tredje man. Den 27 juni 2005 fann den amerikanska Högsta Domstolen att Grokster under vissa förutsättningar var ansvarig för de upphovsrättsintrång som begicks med hjälp av dess programvara. Domstolen uttalade: "*We hold that one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties*".¹¹¹

¹⁰⁷ Se www.riaa.org.

¹⁰⁸ UMG Recordings Inc. v. MP3.Com Inc., No.00 CIV. 472 (JSR), 2000 WL.

¹⁰⁹ Lessig, *The future of Ideas*, 2001, s. 192ff (cit. Lessig).

¹¹⁰ Metro Goldwyn Mayer Studios Ltd. v. Grokster Inc., 04-480, 2005. Domen och diverse annan information finns att läsa på http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/.

¹¹¹ Rosén i NIR, Nr.1 2006, s. 210.

4 Musik på Internet

4.1 Den digitala utvecklingen

Den teknik som vi har möjlighet att utnyttja idag för att spara, överföra, bearbeta, kopiera och överhuvudtaget få tillgång till information, var otänkbar för hundra år sedan. Det som till stor del ligger bakom utvecklingen av hela fildelningsproblematiken är det s.k. mp3-formatet. Mp3 står för MPEG audio layer 3, där MPEG är en förkortning av Motion Pictures Experts Group. MPEG arbetar med standarder för kodning av rörliga bilder och ljud.¹¹² Med mp3-tekniken kan musik komprimeras så att den mängd musik som får plats på en CD-skiva istället endast upptar en tolfteedel av utrymmet. Dessutom bibehålls i princip samma kvalitet som CD-skivan har och filen kan kopieras om och om igen.¹¹³ Kombinationen mp3-format och Internet ger gemene man näst intill obegränsade möjligheter till kopiering, lagring och distribution av musik. Fruktan som den nya tekniken ger upphov till är att en omfattande privat kopiering av skyddat material på sikt kan komma att minska utbudet på grund av att upphovsmännens incitament att skapa nytt försvinner och därigenom kanske t.ex. kulturpolitiskt önskvärd produktion aldrig kommer att ges ut.¹¹⁴

Förespråkarna för mp3 däremot, vill för det första ändra konsumenters sätt att lyssna på musik, för det andra ändra på sättet att sälja musik, för det tredje finna nya upphovsmän och utövande konstnärer samt för det fjärde hitta på nya sätt att distribuera de musikaliska produkterna till användarna. De anser att användarna bör tillskrivas ett större värde, i form av t.ex. prisskillnader eller kvalitetsförbättringar.¹¹⁵ När musikvideon gjorde sitt genombrott och musikkanalen MTV började spela musikvideos dygnet runt, utgick inte särskilt mycket ersättning till rättsinnehavarna. Då fanns förhoppningar om att konsumenterna/användarna skulle rusa och köpa den musikaliska produkten efter den första upplevelsen av att ha sett musikvideon.¹¹⁶ En liknande inställning skulle skivbolagen kanske kunna ha gentemot spridningen av musik över webben?

Musikaliska produkter kan spridas med hjälp av marknadsföringsmetoder, där maximal vinst är huvudmålet, i och med den ständigt ökande kommunikationen på den globala marknaden. Detta gynnar både upphovsmannen och den marknadsförande parten. Risken är å andra sidan att produkten utsätts för utnyttjande i nätverket på ett enkelt sätt på grund av

¹¹² Se www.mpeg.org.

¹¹³ Levin, s. 79.

¹¹⁴ Olsson, s. 200.

¹¹⁵ Herler, *Upphovsrättsligt skydd av digitala musikaliska verk vid marknadsföring i Internet*, 2001, s. 192 (cit. Herler).

¹¹⁶ A.a., s. 190.

effektiv digital teknik, vilket kan medföra både upphovsrättsliga intrång och minskade intäkter för upphovsmannen.¹¹⁷

4.2 Upphovsrättens anpassning

Avsikten med ändringarna i URL, som infördes 1 juli 2005, var bland annat att klargöra upphovsmännens ensamrättigheter.¹¹⁸ Upphovsmännen har numera en uttrycklig ensamrätt att överföra verk till allmänheten. I det ingår att verk görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verken från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, t.ex. att ett verk läggs ut på en webbplats på Internet. Det bedömdes tidigare enligt svensk rätt som offentligt framförande eller offentlig visning.¹¹⁹ När ett verk görs tillgängligt på begäran till individer/allmänheten från en plats och vid en tid som de själva väljer, typiskt sett från Internet, brukar det kallas *on-demand*. Allmänheten kan få tillgång till material på det viset mot betalning eller utan betalning.¹²⁰

Inte bara upphovsmän, utan även utövande konstnärer, framställare av ljud- eller bildupptagningar, radio- och TV-företag, framställare av sammanställningar enligt 49 § och fotografer, innehar en ensamrätt till distansöverföring till allmänheten trådlöst eller via tråd, inbegripet om detta sker *on-demand*, om inte någon av inskränkningarna i 2 kap. URL är tillämpliga.¹²¹

Skyddet för vissa närstående rättigheter stärktes alltså genom lagändringen, och rätten att framställa kopior för eget bruk begränsades. Numera är kopiering för privat bruk inte tillåtet om det exemplar som är den egentliga förlagan till kopian framställts eller gjorts tillgänglig för allmänheten utan upphovsmannens tillstånd. Det inkluderar kopiering för privat bruk av material som lagts ut på nätverk som Internet utan upphovsmannens tillstånd.

Med hänsyn till den digitala utvecklingen har dessutom bestämmelserna om skydd för tekniska åtgärder stärkts. Det är numera straffbart att tillverka eller sälja produkter, eller tillhandahålla tjänster, som huvudsakligen är utformade för att kringgå en digital eller analog spärr, eller annan teknisk åtgärd, som hindrar eller begränsar framställning av exemplar eller tillgängliggörande för allmänheten av upphovsrättsligt skyddade verk.

¹¹⁷ Herler, s. 17.

¹¹⁸ Prop. 2004/05:110, s. 1.

¹¹⁹ Se NJA 2000 s.292 (Mp3-målet).

¹²⁰ Olsson, s. 115.

¹²¹ A.a., s. 119.

4.2.1 Exemplarframställning

Ett upphovsrättsligt skyddat verk upplöses vid digitalisering i datasystemets binära uppsättning av ettor och nollor, vilket gör det möjligt att återge verket i exakt oförändrad form, inklusive att komprimera verket. Den stora fördelen med digitaliseringen är att exemplar kan överföras på alla avstånd, nyttjas i datanätverk, de är lätta att bevara med god hållbarhet och kopiorna är identiska med originalen genom att det inte sker någon märkbar kvalitetsförsämring vid exemplarframställningen. Nackdelen blir istället att verksutnyttjanden blir mycket svåra att styra och kontrollera. Det gör den klassiska upphovsrätten mindre slagkraftig och mindre värdefull för upphovsmännen.¹²²

Kravet på laglig förlaga vid exemplarframställning för privat bruk bygger på att det inte kan vara riktigt och rimligt att en kopia av ett olagligt framställt exemplar skall kunna anses vara laglig.¹²³ Förlagan skall vara det ursprungliga exemplaret och inte de tillfälliga exemplar som har uppkommit under Internetöverföringar eller i servern och som vanligen är det som kopieras. De tillfälliga exemplaren är inte att se som egentliga förlagor.¹²⁴

Det läggs ett ansvar på allmänheten att bilda sig en uppfattning om lagligheten hos filer som ligger ute på nätet. Det är upp till användaren att ta reda på om materialet är lagligt eller ej. Lagstiftaren har velat markera ett avståndstagande från användandet av olagligt material, vilket förklarar det något långtgående ansvaret som läggs på allmänheten. Skyldigheten att tydliggöra lagligheten ligger på rättshavarna, de skall i första hand se till att förtydliga om t.ex. en förlaga utlagd på Internet är lagligt utlagd.¹²⁵ I förarbetena menar man att själva avståndstagandet och markeringen är viktigare än att kontrollera efterlevnaden i varje enskilt fall.¹²⁶

Det har förts in en regel om frihet från skadeståndskyldighet i vissa situationer, enligt 54 § 4 st. URL. Det handlar om att ersättning för nyttjande som huvudregel inte skall behöva betalas av den som i samband med kopiering för privat bruk i *god tro* enbart överträder bestämmelsen om lovlig förlaga i 12 § 4 st. Den regeln gör alltså att allmänhetens ansvar begränsas något.

Något som inte betraktas som exemplarframställning är s.k. *streaming*. Eftersom mp3, relativt sett, är ganska stora filer att skicka över nätet, utvecklades den s.k. streaming-teknologin. Med streaming-teknologin görs inga kopior av filen först, utan musiken kan spelas upp allt eftersom den laddades ner. Streaming innebär att musiken spelas upp direkt från en webbplats som tillhandahåller musik, istället för att musiken kopieras till

¹²² Levin, s. 79.

¹²³ Olsson, s. 197.

¹²⁴ A.a., s. 197f.

¹²⁵ Se betänkande 2004/05:LU27, s. 23.

¹²⁶ Prop. 2004/05:110, s. 120.

den egna datorn och lagras på datorns hårddisk.¹²⁷ Vid streaming kan det inte bli aktuellt med straffansvar, eftersom det inträder först vid kopiering, inte vid enbart lyssnande eller tittande.¹²⁸

4.2.2 Kontroll av efterlevnaden

Innan införandet av kravet på lovlig förlaga diskuterades det kring nackdelen med bestämmelsen i den mening att det kunde bli svårt att kontrollera efterlevnaden av en sådan regel. Det ansågs dock viktigt att göra ett principiellt ställningstagande och en förhoppning fanns att en tydlig markering från lagstiftarens sida, av att det inte är acceptabelt att använda sig av olagligt material, skulle mötas med förståelse från allmänheten. Ett förbud mot att använda olovliga förlagor är även tänkt att underlätta ingripanden mot dem som är medhjälpare till kopieringen, eftersom det innebär ett borttagande av argumentet att de endast medverkar till laglig privatkopiering.¹²⁹ Medhjälpare till kopiering agerar ofta i kommersiellt syfte, genom tillhandahållande av programvara som är avsedd att användas vid nedladdning. Dessa var, och är fortfarande, huvudmålet i jakten på intrångsgörare.

En möjlig väg att gå när det gäller efterlevnad, är att lägga visst ansvar på Internetleverantörer. Avtal mellan den enskilde och Internetleverantören innehåller ofta ett villkor som kräver att den enskilde agerar lagligt. Rättighetsinnehavaren kan därför rapportera olaglig användning till Internetleverantören som i sin tur kan vidta de åtgärder som avtalet medger, t.ex. att stänga av användaren.¹³⁰

En pågående utredning hos justitiedepartementet tolkar ett EG-direktiv som kallas IPRED, *Intellectual property rights enforcement directive*. Enligt direktivet skall upphovsrättshavare ha rätt att avkräva information om intrångsgörande varors ursprung och distributionskanaler. Justitiedepartementet skall avgöra om reglerna skall gälla även för aktiviteter på Internet, såsom t.ex. fildelning. Om IPRED anses gälla även för Internet kan intresseorganisationer och upphovsrättshavare ges mer långtgående rättigheter än vad de har idag. De kommer att kunna kräva information från fildelare om varifrån de hämtat upphovsrättsskyddad information, samt om vem som var den ursprungliga källan, utan att gå via polis och åklagare. Förslaget innebär också att intresseorganisationer skulle få rätt att få information om vem som har laddat ner genom att bredbandsleverantörer tvingas lämna ut IP-adresser till dem. Utredningen skall presentera sin promemoria under våren 2007.¹³¹

¹²⁷ Ahnegård m.fl., s. 9.

¹²⁸ Olsson, s. 199.

¹²⁹ Ds 2003:35, s. 152.

¹³⁰ Prop. 2004/05:110, s. 124.

¹³¹ Carlbom i Dagens Nyheter, 2007-02-04.

Det har även diskuterats huruvida en höjning och utvidgning av kassettersättningen skulle kunna fungera som en motvikt mot det potentiella inkomstbortfall som drabbar upphovsmän och rättighetshavare till följd av den illegala nedladdningen på Internet. Ersättningssystemet skulle behöva revideras i sådana fall, eftersom problemet med kassettersättningen är att mycket av det material som laddas ner endast sparas på hårddisk och då utgår ingen kassettersättning.¹³²

4.3 Musikbyttjänster

Sedan slutet av 1990-talet har det utvecklats olika typer av musikbyttjänster på Internet. Det program som kom att bli revolutionerande för fildelningen var *Napster*. De unga männen bakom Napster hette Shawn Fanning och Sean Parker. Grundidén var att tusentals individer har musik lagrad på sina datorer och att andra skulle vilja ha kopior av den musiken. Napsters server fungerade som ett system som kopplade ihop användarna, genom att en databas sammanställdes där det bildades en mötesplats för kopiorna och de som var på jakt efter dessa. En användare kunde ladda ned och installera Napsterprogrammet på sin dator, vilket gav möjligheten att logga in på Napsters server. Vid en sökning efter en viss låt så letade systemet upp inloggade användare i databasen som hade den eftersökta filen på sin hårddisk, och från denne kunde låten sedan kopieras. En typ av matchmaking-service i musikens värld, där systemet hjälpte till att hitta länkar men inte ansvarade för följderna. Det dröjde inte länge förrän det kom en reaktion från RIAA (The Recording Industry Association of America). De stämde Napster på grund av contributory infringement, d.v.s. ställföreträdaransvar för upphovsrättsintrång (se avsnitt 3.6). Följden av stämningen blev inte enbart negativ, antalet användare ökade från tvåhundra tusen till femtiosju miljoner.¹³³

En annan rörelse, "Mp3.com" (se avsnitt 3.6), uppmanade artister att producera och distribuera musik via dess hemsida. De fokuserade inte på exklusiviteten av att ha en artist bunden till sig, utan jobbade istället för att utveckla teknologin för att underlätta för konsumenternas tillgång till musiken. Finansieringen av verksamheten skulle ske med hjälp av prenumerationer och annonsering. Mp3.com ville göra det lättare att alltid ha tillgång till den musik konsumenten en gång hade köpt, och populariteten av vilken musik som konsumenterna efterfrågade mest påverkade systemet. Med en funktion som kallades "my.mp3" kunde användaren lägga över innehållet på sin CD-samling på en webbsida och sedan ha tillgång till all denna musik var han eller hon än befann sig via den webbsidan.¹³⁴

Bytet av filer mellan användare kräver som sagt att musiken ligger i en mp3-fil eller något annat digitalt format. Sedan tillhandahålls en

¹³² Prop. 2004/05:110, s. 129ff.

¹³³ Lessig, s. 130.

¹³⁴ A.a., s. 127ff.

programvara som ger användarna möjlighet att byta filer sinsemellan. Musik kunde kopieras på Internet även innan Napsters tid, men tekniken förenklade fildelningen avsevärt. Andra system, såsom Gnutella, Grokster, Morpheus, StreamCast m.fl., utvecklades utifrån Napster-tekniken. Fildelarsystemen kallas peer-to-peer (P2P) eller one-to-one sharing, vilket går ut på att användare får tillgång till varandras musikfiler utan att någon central server fungerar som mellanhand. Tekniken med en centraliserad server frångicks i och med Napster, till förmån för decentraliserade system som är mer effektiva och även svårare att angripa.¹³⁵

Det mest förekommande sättet att ladda ner musik för tillfället är att använda sig av det s.k. Bittorrent-protokollet. Bittorrent gör det möjligt att hämta delar av en fil från flera olika användare samtidigt. Kärnan är en server som kallas tracker, och denna håller ordning på vilka filer som finns tillgängliga på nätverket. The Pirate Bay, som idag är ett av världens största fildelarnätverk, är ett exempel på en sådan tracker. När du har hittat den fil du sökte på en tracker så hämtas först en s.k. torrent-fil till din dator. Den filen innehåller information om vilka andra användare som har eller håller på att ladda ned samma fil. Programmet tar sedan emot delar av den fil du vill ladda ner från olika användare. Detta möjliggör väldigt snabb och säker nedladdning. Medan du laddar hem en fil till din dator delas den också ut till andra vilket i sin tur gör nätverket ännu snabbare.

Skivbolagen och dess organisationer vill täppa till läckaget i deras distributionssystem. De är villiga att distribuera sin musik elektroniskt, men i ett format som de kontrollerar, på villkor som de dikterar och till ett pris som de kan tillämpa. Fenomenet kring den illegala fildelningen är en kamp om kontroll över musiken och dess kommunikationskanaler, inte en kamp om musiken i sig. Enligt den amerikanske kulturvetaren Vaidhyanathan är upphovsrätt ett oumbärligt statligt befrämjat monopol som fungerar väl när den är i balans. Han menar att den dock har kommit ur balans i USA, tack vare politiken under Clintons regi och dess samspel med de stora mediaföretagen.¹³⁶

4.4 Nya tendenser på marknaden

Under hösten 2006 konstaterades i åtskilliga artiklar i svensk och internationell press att de lagliga tjänster som finns på nätet för nedladdning av musik har uppnått något av ett genombrott och att försäljningen ökar ordentligt.

Enligt IFPI:s årliga rapport väger inte den digitala försäljningen av musik upp för minskningen av skivförsäljningen i världen ännu, men utvecklingen har verkligen tagit fart och skivindustrin tänker mer digitalt nu. IFPI räknar

¹³⁵ Ahnegård m.fl., s. 48.

¹³⁶ Vaidhyanathan, s. 181.

med att en fjärdedel av all försäljning av musik kommer att härstamma från digital försäljning år 2010.¹³⁷

IFPI sammanfattar 2006 års utveckling för den digitala musiken i punktform i sin rapport.¹³⁸ De rapporterar att:

- Värdet av skivbolagens digitala försäljning näst intill fördubblades under 2006.
- Antalet lagliga nedladdningar av singelspår uppgick till 795 miljoner under 2006.
- Antalet tillgängliga spår på Internet fördubblades och uppnådde över 4 miljoner hos de ledande leverantörerna.
- Det finns 498 lagliga musikleverantörer på Internet i över 40 länder.
- Bärbara musikspelare har visat sig hjälpa till att driva på konsumtionen av digital musik.
- Nya försäljningskanaler och affärsmodeller har utvecklats.
- Stämningar som har gjorts har visat sig ha viss effekt.

En anledning till att försäljningen hittills inte har varit så framgångsrik har varit att priset relativt sett har varit väldigt högt. Det som användare efterfrågar mest är att musiken skall bli billigare. De flesta tycker att det ligger ett visst värde i att få en fysisk produkt när de köper musik. När de köper via nätet och inte får en fysisk produkt så måste därför en ordentlig prisskillnad vara förhanden.

Både SAMI, svenska artisters och musikers intresseorganisation, och Ifpi har uttalat att de märker ett paradigmskifte för distributionen av musik och att nya affärsmodeller som har uppstått visar på att Internetmarknaden håller på att utvecklas. Från SAMI:s håll anser man att utvecklingen går från att vara ett väldigt reglerat system till att bli en väldigt flexibel distribution.¹³⁹

Det pågår arbeten lite här och där för att anpassa spridningen av musik till vår digitaliserade värld. Svenska Musikerförbundet håller på att ta fram ett system som ger musiker möjlighet att licensiera sina verk på Internet. Inom slutna system skall on-demand-tjänster kunna utnyttjas, som även inkluderar ett ersättningsystem till upphovsmännens fördel. Svenska Musikerförbundet samarbetar med organisationer i andra länder för att ta fram ett internationellt system.¹⁴⁰

Aktiviteter i den digitala världen orsakar nya globala problem. USA har utövat påtryckningar mot andra länder om att avlägsna webbsidor som förmedlar musik. I Sverige orsakades en väldig debatt kring detta, i samband med att webbsidan The Pirate Bay stängdes i maj 2006. Ett antal tjänstemän från justitiedepartementet reste till USA under våren 2006 för att träffa amerikanska departementstjänstemän. Efter deras hemkomst gav

¹³⁷ IFPI:s Digital Music Report 2007, s. 3.

¹³⁸ A.a., s. 4.

¹³⁹ Kuprijanko i Sydsvenska Dagbladet, 2006-09-05.

¹⁴⁰ Kittel i Internet World, Nr.2 2005, s. 55 (cit. Kittel).

regeringen polis och åklagare i uppdrag att prioritera brott mot upphovsrätten på Internet. Det ledde i sin tur till ett tillslag mot The Pirate Bay. Uppståndelsen kring tillslaget skapade misstanke om att justitiedepartementets direktiv skulle vara påverkade av USA.¹⁴¹ Justitieministern anmäldes till Konstitutionsutskottet, men något resultat av deras utredning har i skrivande stund inte presenterats. Det dröjde inte länge innan The Pirate Bay var tillbaka på nätet och verksamheten pågår fortfarande.

Ryssland är ett annat land som blivit utsatt för påtryckningar från amerikanskt håll. Det finns en rysk nätbutik som heter "allofmp3.com", som säljer digital musik till mycket låga priser. Det är ett ryskt företag som ligger bakom allofmp3.com, och de menar att de ryska lagarna följs och att royaltyavgifter delas ut helt enligt rysk lag. De stora skivbolagen och intresseorganisationerna är inte ense, och bland andra Universal Music Group, Warner Music, Sony BMG, EMI Group och British Phonographic Industry har lämnat in stämmningsansökan. Från amerikanskt håll har man dessutom dragit in allofmp3.com i den politiska debatten, och USA hotar Ryssland med att hindra deras inträde i WTO om allofmp3.com får finnas kvar.¹⁴² Sedan november 2006 finns också en överenskommelse mellan USA och Ryssland, där Ryssland försäkrar att man skall vidta åtgärder, med omedelbar verkan, för att bekämpa piratkopiering och stärka skyddet för upphovsrätten.¹⁴³

¹⁴¹ Janson i Svenska Dagbladet, 2006-09-27.

¹⁴² Bergstöm i PC för alla, 2006-10-20.

¹⁴³ Se www.ustr.gov/assets/Document_Library/Fact_Sheets/2006/asset_upload_file151_9980.pdf.

5 Legala lösningar

5.1 Allmänt om legala lösningar

Utredningen som tillsattes av regeringen i augusti 2005 har i uppdrag att redovisa utvecklingen, samt överväga och föreslå åtgärder främst gällande möjligheten att stimulera utvecklingen av konsumentvänliga *lagliga alternativ* för tillgång till framförallt musik och film på Internet. Enligt infocodirektivet faller tillgängliggörande för allmänheten av upphovsrättsligt skyddat material under rättighetshavarnas ensamrätt och det kräver deras tillstånd. Därför finns ingen möjlighet att i nationell rätt införa en inskränkning i ensamrätten för att tillåta sådana förfoganden. Det är alltså inte möjligt att i nationell rätt tillåta uppladdning av skyddade filer rakt av, t.ex. mot någon form av allmän avgift. Sådan uppladdning utgör nämligen tillgängliggörande för allmänheten av annans upphovsrättsligt skyddade material.¹⁴⁴

Det är inte olagligt med fildelning *per se*, vilket har nämnts tidigare, men när en användare laddar ner en fil till sin hårddisk så tillgängliggörs den också för andra användare. Följden av fildelning blir omedelbart tillgängliggörande för allmänheten och det kan inte anses utgöra kopiering för privat bruk. Återigen gäller därför att ett tillåtande av sådan kopiering mot t.ex. en allmän avgift inte kan anses förenligt med konventionerna och EG-direktivet.¹⁴⁵

Rättighetshavare använder sig allt mer av förebyggande åtgärder i form av tekniska åtgärder och DRM för att behålla kontrollen över sina verk. Enligt föregående kapitel har dock utvecklingen tagit fart och skivbolagen har äntligen börjat anpassa även sina affärsmodeller efter den digitala utvecklingen. Det finns numera en hel del legala musikbyråttjänster med avgiftsbelagd musik och olika typer av abonnemangssystem, där man ”prenumererar på musik”.

5.2 Tekniska skyddsåtgärder

Reglerna i kapitel 6 a URL ger rättsligt stöd åt tekniska skydd som skyddar mot ”upphovsrättsligt relevanta förfoganden”, d.v.s. exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten, enligt 52b § 2 st. URL. Att endast lyssna eller titta på ett verk anses inte vara upphovsrättsligt relevant, och därför faller inte kringgående av skyddet i sådana situationer inom förbudet.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Ju 2006/6767/P, s. 6.

¹⁴⁵ Ju 2006/6767/P, s. 6.

¹⁴⁶ Prop. 2004/05:110, s. 417.

En typ av tekniska skyddsåtgärder skyddas mot kringgående under alla omständigheter, även då skyddet går utöver det upphovsrättsligt relevanta. Det är skydd för s.k. online-tjänster där skyddade verk görs tillgängliga på distans, på begäran av kunden, på vissa villkor och mot betalning.¹⁴⁷ Sådana online-tjänster kallas i direktivet ”interactive on-demand services”. De butiker som säljer musik på nätet, såsom t.ex. Apples iTunes Music Store, åtnjuter alltså rättsligt skydd för sina tekniska skyddsåtgärder som det ser ut idag.

Musik från iTunes Store levereras i datafiler i ett digitalt format som kallas AAC. AAC innefattar långtgående DRM-möjligheter och det system som skyddar iTunes heter *FairPlay*. De regler som iTunes uppställer är bland annat:

- att verket inte kan kopieras eller spridas på andra sätt än vad som följer av tjänstens utformning,
- att musiken kan överföras på Apples musikspelare iPod, men kan inte flyttas vidare till någon annan musikspelare,
- maximalt tre datorer kan vara bärare av verket,
- det är varken tillåtet eller möjligt att bränna mer än tio kopior av samma skiva utan att göra en ny spellista,
- det är tillåtet att bränna CD-skivor med verket på.

Den sista punkten kan tyckas vara en akilleshäls i regelsystemet, men det anses snarare vara en förutsättning för iTunes-systemets framgång, på så sätt att det ger användaren en möjlighet att avlägsna de digitala spärrarna, men endast genom att gå via en fysisk bärare.¹⁴⁸ Det ger användaren viss frihet trots allt, vilket i sin tur ger företaget någon slags goodwill.

Nätbutiker som t.ex. iTunes, får alltså lov att använda sig av vissa tekniska skyddsåtgärder. Likafullt har ett flertal länder reagerat på detta. Konsumentombudsmannen i Norge har nyligen meddelat att Apple inte har rätt att förhindra konsumenterna att spela nedladdad musik på andra musikspelare än företagets egna, d.v.s. deras iPod. Den norska konsumentombudsmannen menar att Apple bryter mot den norska konsumentköplagen, och han har låtit meddela att Apple innan den 1 oktober 2007 måste ändra på sina regler. Gör inte företaget det kommer konsumentombudsmannen att låta frågan avgöras av norsk domstol. Den norska konsumentombudsmannen får stöd i frågan av såväl Sverige, Danmark och Finland, som Frankrike och Tyskland.¹⁴⁹ Om tvisten går till domstol kan utslaget bli avgörande för hur långtgående tekniska skyddsåtgärder företag som levererar musik via nätet skall få ha. Med tanke på stödet från flera europeiska länder kan tvistens resultat sprida sig som ringar på vattnet och komma att påverka hela Europa.

¹⁴⁷ Prop. 2004/05:110, s. 299 och 417.

¹⁴⁸ Schollin i JT nr.1 2004/05, s. 73.

¹⁴⁹ Se norska konsumentombudsmannens hemsida, www.forbrukerombudet.no.

Apple har nyligen genom sin VD, Steve Jobs, i ett öppet skriftligt meddelande via Apples hemsida låtit meddela att företaget endast säljer sin musik med kopieringsskydd därför att skivbolagen kräver det. Apple påpekar också att DRM och kopieringsskydd inte fungerar, och kanske aldrig kommer att fungera tillräckligt bra för att hindra piratkopieringen av musik. När det gäller att licensera ut sitt DRM-system, FairPlay, så har Apple kommit fram till att det inte är aktuellt eftersom det skulle riskera att urvattna skyddssystemet. Om de släpper licenser så kommer information att läcka ut och de kommer inte att kunna garantera skivbolagen att upprätthålla ett upphovsrättsligt skydd. Jobs avslutar sin skrivelse med att betona att det bästa för konsumenterna vore att musiken såldes utan skydd. Dessutom tror Apple att skivbolagen inte skulle förlora på att sälja musik utan kopieringsskydd, eftersom det ändå inte fungerar. Enligt Jobs är 90 procent av de fyra största skivbolagens försäljning musik utan DRM-skydd. Om de skulle släppa kravet på kopieringsskydd skulle kanske till och med nya aktörer skulle träda fram för att vilja sälja musik och musikspelare.¹⁵⁰

Man kan fråga sig hur mycket av Apples utspel som kommer "från hjärtat", och hur mycket som har att göra med den kritik de har fått den senaste tiden från flera europeiska länder. RIAA kom för övrigt snabbt med svar på tal. De menar att kopieringsskyddet inte kan avskaffas och tyckte att Apple istället borde licensiera FairPlay till andra aktörer i branschen, så att fler musikspelare än iPod ska kunna spela låtar sålda via iTunes Store.¹⁵¹

Det kan tyckas att en kund som måste underkasta sig vissa hinder i hans fria användande av ett verk, kan finna sig i det om han uppfattar systemet som rimligt och anpassat till samtidigt rådande förutsättningar. Det kallas ibland "värdebaserad legitimitet" och bygger på att regler uppfattas som socialt och moraliskt riktiga och därmed tilldelas legitimitet och giltighet. Det är insikten om en regels nödvändighet för systemet som gör att regeln accepteras eftersom systemets vidarelevnad är något som användarna ser som högst önskvärt.¹⁵² Teorin om värdebaserad legitimitet kan tillämpas dels på t.ex. acceptansen av iTunes tekniska skyddsåtgärder om det är så att användarna finner systemet bra och effektivt när det gäller erbjudande av en musikupplevelse. Dels kan den appliceras på upphovsrätten i sin helhet, om allmänheten inser vikten av att ha en fungerande upphovsrätt för att upprätthålla kreativiteten och nyskapandet i den kulturella sfären.

5.3 Ersättningsystem

Såsom redan har berörts diskuterades en eventuell utvidgning av kassettersättningen i förarbetena vid implementeringen av infocodirektivet i Sverige.¹⁵³ Lagstiftaren kom fram till att på grund av ändringarna som

¹⁵⁰ Jobs, *Thoughts on music*, 2007-02-06.

¹⁵¹ Grabiec i *MacWorld*, 2007-02-08.

¹⁵² Schollin i *JT* nr.1, 2004/05, s. 77.

¹⁵³ Prop. 2004/05:110, s. 129f.

infördes i 12 § URL ansågs direktivet inte föranleda något direkt behov av utvidgning av bestämmelserna om kassettersättning såvitt avser *vilka typer av anordningar* som omfattas av bestämmelserna. Det diskuterades huruvida kassettersättningen skulle utvidgas till att omfatta alla verk som överförts till allmänheten, inklusive t.ex. verk som enbart tillgängliggjorts på Internet. Vid tiden för förarbetena ansågs det dock inte vara så vanligt förekommande att ett verk enbart görs tillgängligt för allmänheten genom att läggas ut på Internet, och därför bedömdes det ej vara motiverat att genomföra en sådan utvidgning. Dock påpekades att utvecklingen måste följas noga.¹⁵⁴

Därutöver diskuterades möjligheten att införa en mer allmän avgift på bland annat datorers hårddiskar, skrivare och kopieringsapparater. Dock ansågs det inte finnas skäl att utvidga ersättningen i det avseendet heller, därför att de föreslagna begränsningarna i rätten att kopiera för privat bruk medförde att mer kopiering föll utanför kassettersättningens tillämpningsområde. Dessutom ansågs den tekniska utvecklingen i allt större utsträckning möjliggöra för rättighetshavare att genom elektroniska betalningssystem ta betalt för kopiering, och att den särskilt tillåtna analoga privatkopieringen fick anses medföra så obetydligt förfång för rättighetsinnehavarna att det saknades anledning att av det skälet utvidga ersättningen i det hänseendet. Därtill yttrades att det i vissa fall till och med kunde anses föreligga samtycke till kopiering utan ersättning från rättighetsinnehavarna.¹⁵⁵ Vidare framhölls att den tekniska utvecklingen kan gå i riktning mot att en och samma apparat får allt fler användningsområden och att det i större utsträckning kan komma att säljas lösa lagringsenheter som kan användas i ett flertal apparater med olika funktioner. Av intresse är då att undersöka om dessa produkter kan anses vara *särskilt ägnade* för kopiering av verk för privat bruk. Är det inte så riskerar ersättningssystemet att urholkas. Man slog så fast att någon utvidgning inte borde ske och att en utvidgning hur som helst skulle kräva mer ingående överväganden, men att utvecklingen skall följas noga.¹⁵⁶

Systemet med kassettersättning skulle kunna byggas ut så att schablonersättning utgår i fler situationer och i större omfattning än vad det gör i nuläget. Det skulle dock innebära en viss begränsning av möjligheten till individuell rättighetsförvaltning. Lagtexten riskerar att bli föråldrad om den tekniska utvecklingen springer ifrån. Nivån på ersättningen kan bli för låg eller för hög beroende på vilka nya produkter ersättningen tillämpas på. En schablonersättning måste beräknas med viss försiktighet just för att den är schablonmässig. En generell schablonersättning kan också medföra att konsumenter får betala flera gånger för samma sak, vilket måste undvikas. En schablonersättning kan också komma att drabba konsumenter som inte använder den produkt som är belagd med ersättning. På det stora hela så

¹⁵⁴ Se Ds 2003:35, s. 160f och prop. 2004/05:110, s. 131.

¹⁵⁵ Prop. 2004/05:110, s. 130.

¹⁵⁶ Prop. 2004/05:110, s. 131f.

talar mycket för att sträva efter lösningar som uppmuntrar till ökad individuell rättighetsförvaltning.¹⁵⁷

Vad man däremot ändrade till viss del var beräkningsgrunderna för ersättningen samt ersättningsnivån.¹⁵⁸ Det infördes två nya beräkningsgrunder baserade på en viss ersättning per megabyte för anordningar på vilka digital upptagning kan ske, men för analog upptagning är reglerna desamma som tidigare. Beroende på om digital upptagning kan ske en eller flera gånger så blir det olika beräkningsgrunder. I övrigt ansågs alltså det dåvarande lagstiftningsarbetet inte vara tillräckligt för att kunna besluta om en mer substantiell utvidgning.

Ett annat ersättningssystem som har kommit på tal i den allmänna debatten kring fildelningsproblematiken är ett införande av någon form av *allmän avgift*. Det är dock något problematiskt, eftersom en sådan avgift måste vara fullt förenlig med de internationella direktiven. Det är inte möjligt att tillåta fildelning rakt av mot en allmän avgift på t.ex. bredband, med tanke på internationella åtaganden, i den mån fildelning bygger på att annans upphovsrättsligt skyddade material som kopieras omedelbart görs tillgängligt för andra. Det kan inte falla in under inskränkningen om framställning för privat bruk. Allmänheten tillhör inte den innersta kretsen som utgör den privata sfären.

När Frankrike skulle implementera infocodirektivet i sin upphovsrättslag så fanns ett förslag om en bredbandsavgift med i det ursprungliga lagförslaget.¹⁵⁹ Det skulle vara en frivillig avgift till en kostnad av cirka 7 EUR per månad och bredbandsuppkoppling, vilket skulle göra fildelning tillåten. Den delen av lagförslaget röstades dock bort av Nationalförsamlingen, då man fann att det inte var förenligt med infocodirektivet.¹⁶⁰

5.4 Licenssystem

5.4.1 Tvångslicens

Det finns regler i svensk lag som medger ett begränsat utnyttjande av verk mot ersättning. Det krävs inget tillstånd i förväg från rättighetshavaren, utan ersättningen förutsätts så att säga vara avtalad.¹⁶¹ Det handlar om tvångslicensreglerna i 18 § 1 st., 26 a § och 47 § 1 st. URL. Bestämmelsen i 18 § rör framställning (utan förvärvssyfte) av samlingsverk för bruk vid undervisning, och 26 a § reglerar återgivning av alster av bildkonst, musikaliska verk eller diktverk som ingår i allmänna handlingar. När det

¹⁵⁷ Se Ds 2003:35, s. 140f, samt prop. 2004/05:110, s. 105f.

¹⁵⁸ Prop. 2004/05:110, s. 125ff.

¹⁵⁹ Wilczek i PC för alla, 2006-03-04.

¹⁶⁰ Se t.ex. www.ifpi.org/content/section_news/20060322.html .

¹⁶¹ Levin, s. 133.

gäller 47 § 1 st. URL så är det ett undantag från utövande konstnärers och fonogramframställares rätt som omvandlar deras ensamrätt till offentligt framförande och överföring till allmänheten av ljudupptagningar till en tvångslicens. Den sistnämnda paragrafen gäller dock inte för utnyttjanden av distansöverförda verk ”on demand”.¹⁶²

Tvångslicensen är ingen vanlig företeelse i upphovsrättslagstiftningen, i enlighet med BK och EG-direktivets riktlinjer. Vanligare är dock olika typer av avtalslicenser, vilket påvisas i nästkommande avsnitt.

5.4.2 Avtalslicens

Det är möjligt att administrera rättigheter kollektivt genom avtalslicenser. Licensavtal som sluts mellan nyttjare av verk och rättsinnehavarnas organisationer är av stor betydelse i den nordiska upphovsrättstraditionen. I praktiken är det STIM som ingår avtal om licenser på musikens område. Enligt svensk uppfattning är avtalslicenserna inte inskränkningar i rättigheterna utan ett sätt att förvalta rättigheterna. Avtalslicenser förekommer främst vid massutnyttjanden där det inte är rimligt att skaffa individuella tillstånd från rättsinnehavarna i varje enskilt fall, men där det samtidigt är viktigt att möjligheten att utnyttja verken faktiskt finns.¹⁶³

Även i infocodirektivets mening har systemet med avtalslicenser ansetts utgöra ett sätt att förvalta rättigheter.¹⁶⁴ I stycke 18 i direktivets ingress anges därför att direktivet inte skall påverka bestämmelser i medlemsstaterna när det gäller förvaltning av rättigheter. Kollektiva avtalslicenser med utsträckt verkan anges som exempel på sådana bestämmelser.

I samband med implementeringen av infocodirektivet fördes bestämmelserna om avtalslicenser samman i det nya kapitlet 3 a URL. I 42 a § i nämnda kapitel finns gemensamma bestämmelser om avtalslicenser. De påföljande paragraferna, 42 b-f §§, innehåller särskilda regler för de olika fall där avtalslicenser förekommer. Definitionen av vad en avtalslicens är framgår av 42 a §: ”*En avtalslicens som avses i 42 b-f §§ gäller för utnyttjanden av verk på visst sätt, när ett avtal har ingåtts om utnyttjande av verk på sådant sätt med en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän på området. Avtalslicensen ger användaren rätt att utnyttja verk av det slag som avses med avtalet trots att verkens upphovsmän inte företräds av organisationen.*” Genom bestämmelsen görs alltså avtalens bestämmelser tillämpliga också på rättsinnehavare som inte företräds av den avtalslutande organisationen.

Något som har diskuterats är vilken organisation som åsyftas i formuleringen ”en organisation som företräder ett flertal upphovsmän på området”. Om flera organisationer är behöriga och konkurrerar om

¹⁶² Rosén, s. 41.

¹⁶³ Olsson, s. 261.

¹⁶⁴ Prop. 2004/05:110, s. 245.

positionen skulle problem kunna uppstå kring vilken organisation som skall kräva in ersättningen. Klart är att organisationen måste vara representativ, d.v.s. att den företräder ett flertal upphovsmän. I praxis har det dessutom slagits fast att fler än en organisation kan vara berättigad att kräva in ersättning, men att vissa krav måste ställas på organisationens struktur och stabilitet.¹⁶⁵ I propositionen 2004/05:110 ansåg regeringen att problemen kring en eventuell konkurrenssituation torde vara begränsade, men att frågan skall utredas ytterligare i nästkommande översyn av avtalslicensbestämmelserna.¹⁶⁶

Vid en kommande översyn av avtalslicensbestämmelserna skall även frågan om begränsningen till svenska upphovsmän i 42 a § URL undersökas. Som lagstiftningen ser ut idag hindras dock inte svenska och utländska organisationer från att genom ömsesidighetsavtal representera varandras upphovsmän, även om det inte direkt har inverkan på avtalslicensbestämmelsen.¹⁶⁷

När det gäller digitala förfoganden över verk kanske det skulle underlätta att ha ett licensavtal att luta sig mot. I den digitala världen är det inte alltid självklart att det framgår vem som är rättighetshavare. En avtalslicens kan då underlätta, genom att rättigheterna klareras. Det torde i många fall, framförallt för företag, myndigheter och organisationer, vara enklare än att individuella avtal skall slutas med alla enskilda rättighetshavare. Detta diskuterades i förarbetena, men inte i en omfattning som är direkt relevant för föreliggande arbete.¹⁶⁸

Avtalslicensordningar är väldigt lämpliga i situationer där individuella tillstånd kan vara allt för svåra att administrera. En avtalslicens tjänar sitt syfte vid massutnyttjanden, där man genom kollektiva avtal kan förhandla sig fram till acceptabla ersättnings- och nyttjandevillkor. Systemet innebär dock ett tvångsmoment, vilket inte är eftersträvansvärt i många situationer, och därför bör avtalslicensordningar endast tillämpas när det är nödvändigt.¹⁶⁹

5.5 Creative Commons

Creative Commons (CC) bildades 2001 av bland andra juridikprofessorn Lawrence Lessig, och är en icke-vinstdrivande organisation vars ambition är att låta upphovsmän och andra rättsinnehavare licensera användningen av upphovsrättsligt skyddade verk på Internet.¹⁷⁰ I den amerikanska lagstiftningen står upphovsrättsligt skyddat material, *copyright*, och allmäntillgängligt material, *public domain*, mot varandra som två

¹⁶⁵ NJA 2000 s. 178.

¹⁶⁶ Prop. 2004/05:110, s. 247.

¹⁶⁷ Se Olsson i *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, 2006, s. 307f.

¹⁶⁸ Se framförallt diskussion i kapitel 9, prop. 2004/05:110.

¹⁶⁹ Koktvedgaard/Levin, s. 34.

¹⁷⁰ www.creativecommons.org

ytterligheter som antingen helt förbjuder användning av ett verk eller tillåter helt fri användning. Creative Commons är tänkt att få de två motpolerna att mötas, i och med att standardlicenser erbjuds där upphovsmännen under vissa förutsättningar tillgängliggör sina verk.¹⁷¹ Creative Commons skall vara ett alternativ till traditionell upphovsrätt där ”all rights reserved”, med innebörden att samtliga rättigheter är reserverade, har bytts ut mot ”some rights reserved”. Avsikten är att skyddade verk skall överföras till allmänningar i nätmiljön, vilket skall fungera som medieinnehåll som kan nyttjas av allmänheten och delas sinsemellan för att bilda nya potentiella alster. Det huvudsakliga syftet överensstämmer med företeelsen fri mjukvara och öppen källkod (Free Software eller Open Source Movement).¹⁷² Grunden i systemet skall fortsatt vara upphovsrättens privaträttsliga ordning och licenserna bygger på att det finns en fungerande upphovsrätt. Målsättningen är därför att behålla upphovsrätten, men att utvidga befogenheterna för nyttjare genom licenssystemet. Upphovsmannen bestämmer själv med hjälp av ett antal symboler hur verket får användas. Genom att välja mellan olika avtalsmodeller kan upphovsmannen i olika omfattning erbjuda nyttjaren rätt att disponera över de skyddade prestationerna. Upphovsmannen skall kunna tillåta respektive förbjuda modifieringar av verket, användning i kommersiella sammanhang m.m. De faktorer som anses viktigast för upphovsmannen att kunna kontrollera är erkännande (d.v.s. att upphovsmannens namn anges), kommersiellt bruk, avledda verk (d.v.s. om det bygger på andra verk), och vidare spridning. Upphovsmannen kan alltså välja om han vill godkänna att verket får användas för att skapa nya verk och när det gäller spridning kan han välja hur fritt verket skall vara för allmänheten. Upphovsmannen kan till exempel bestämma att den som använder hans verk i sin tur måste använda samma licens som ursprungsverket.¹⁷³

Upphovsmannen väljer således en licensvariant och sedan tillgängliggörs dennes verk på Internet. Verket underkastas en digital kod som ger verket restriktioner enligt den valda licensen. Koden kan därefter spåras av sökmotorer på Internet som är programmerade för att leta efter CC-innehåll. Användaren blir bunden av villkoren i licensen och accepterar detta i sitt utnyttjande av rättigheten.¹⁷⁴ Ideologin betonar ”sharing” och ”creative reuse” och man menar att kreativitet skulle blomstra och nytt skapande skulle alstras ifall redan skapade objekt vore mer eller mindre fritt tillgängliga.¹⁷⁵ En fördel med att registrera sitt verk på Creative Commons hemsida är att verket blir sökbart. Därmed skapas en stor databas över material som får användas och spridas, vilket kanske framförallt gynnar mindre etablerade artister och författare.¹⁷⁶

¹⁷¹ Kittel, s. 53.

¹⁷² Rosén i NIR, Nr.1 2006, s. 212.

¹⁷³ Kittel, s. 54.

¹⁷⁴ Rosén i NIR, Nr.1 2006, s. 213.

¹⁷⁵ A.a., s. 214.

¹⁷⁶ Kittel, s. 54.

Det framstår som att Creative Commons bygger på ett antagande om att upphovsmän gärna utgår från eller faktiskt nyttjar befintliga prestationer, att de vill göra det utan att erlægga någon ersättning och att de när de har skapat sitt alster vill vidarebefordra detta i sin tur till andra upphovsmän och inte kräva någon ersättning. Det finns en gammal devis som säger att all skapande verksamhet i viss mening bygger på och utvecklar vad andra har presterat.¹⁷⁷ Inte desto mindre kanske det inte bör dras till sin spets. Det förekommer titt som tätt att upphovsmän erbjuder sina verk på Internet, utan varken förbehåll eller krav på ersättning. Det görs dock frivilligt och sannolikt finns det en tanke bakom och anledning till varför det görs. Upphovsrätten skall enligt sin natur bland annat generera vissa inkomster till skaparna. Här stämmer inte Creative Commons idé riktigt överens med verkligheten. De allra flesta upphovsmän vill inte ställa sina verk till förfogande helt gratis, med enbart löftet om att deras namn kommer att anges i sammanhanget. Det vore näst intill jämförbart med att den ekonomiska delen av upphovsrätten togs bort och endast den ideella rätten kvarstod.¹⁷⁸

Creative Commons har sin bas i USA och licenserna var från början helt reglerade efter den amerikanska upphovsrättslagstiftningen, men sedan en tid tillbaka arbetas det för fullt med att anpassa den juridiska delen av licenserna till andra länders lagstiftning. Sedan slutet av år 2005 finns det en officiell svensk version av CC-licenserna.¹⁷⁹ Det är dock inte alltid helt lätt, eftersom olika länders lagar är olika uppbyggda och det råder dessutom olika sedvänjor och avtalstraditioner. Den svenska upphovsrättslagen är till viss del tvingande, vilket bland annat innebär att den ideella rätten inte kan avtalas bort. En upphovsman kan då trots att han är bunden till Creative Commons licenser falla tillbaka på upphovsrätten och sin ideella rätt om han anser att det föreligger någon form av kränkning.¹⁸⁰

Ytterligare ett bekymmer med CC är gränsdragningen mellan kommersiellt och icke-kommersiellt bruk. Det ena eller det andra kan väljas när upphovsmannen bestämmer sig för vilken licens han vill ha, men var skiljelinjen går är inte helt självklart. I den svenska versionen av licensavtalet finns under punkten 4(c) som anger inskränkningar i användandet en slags definition av kommersiellt bruk: *"Du har inte rätt att nyttja de rättigheter som Du erhåller enligt punkten 3 ovan på ett sätt som är huvudsakligen till syfte för att ge Dig en kommersiell fördel eller annan typ av ekonomisk ersättning. Spridning av verk i utbyte mot andra upphovsrättsligt skyddade verk genom fildelning eller annan metod skall inte betraktas som ett brott mot denna klausul, under förutsättning att Du inte erhåller betalning eller annan ekonomisk ersättning i samband med utbytet av upphovsrättsligt skyddade filer."* Det kan dock inte uppfattas som en klar och tydlig förklaring, det finns fortfarande anledning att ifrågasätta gränsdragningen. I en artikel av juristen Mikael Pawlo exemplifieras

¹⁷⁷ Rosén i NIR, Nr.1 2006, s. 217.

¹⁷⁸ A.a., s. 215.

¹⁷⁹ Den svenska versionen kan laddas ner från <http://creativecommons.org/worldwide.se>.

¹⁸⁰ Kittel, s. 55.

problemet, och han frågar sig huruvida Sveriges television skulle kunna använda sig av CC-licenser, trots att det kan hävdas att de har viss kommersiell verksamhet även om det inte handlar om vinstsyfte. Ett annat exempel i artikeln är ifall privatskolor inte skulle få använda licensierat material i undervisningssyfte, till skillnad från kommunala skolor. Är det omgivningen som avgör, om den är kommersiell eller inte, eller är det användningen som sådan som räknas?¹⁸¹ Problemet med den digitala världen är också just att den är global. Vad som räknas som kommersiellt i Sverige behöver inte nödvändigtvis vara kommersiellt i USA.

Inte att förglömma är de starka intresseorganisationerna, såsom STIM och IFPI. STIM hanterar all ersättning som utgår till kompositörer och förlag när deras verk uppförs eller återges. De har en väldigt effektiv administration, antagligen tack vare att licenssystemet är standardiserat. Creative Commons och dess licenssystem skulle kunna bli svårhanterligt ur en administrativ synvinkel, om olika verk har olika fri brukbarhet. Dessutom skulle CC-licenserna antagligen komma att stå i strid med dagens avtal mellan STIM och dess medlemmar.¹⁸²

5.6 Affärsmodeller

Så som det ser ut idag så går utvecklingen åt rätt håll. Försäljningen av musik på nätet ökar och musikindustrin har börjat anpassa sig efter de nya marknadskrafterna. Därför är det möjligen ingen god idé att införa någon slags trafikavgifter i nätmiljön eller nya skatter eller avgifter på olika produkter. Upphovsrätten kan behöva sådana ersättningssystem som komplement men de bör inte vara dominerande.¹⁸³

Sammanfattningsvis verkar det alltså krävas nya affärsmodeller från musikbranschens sida för att utmana konkurrensen från den illegala nedladdningen. De nya modellerna måste erbjuda en attraktiv, lättillgänglig och prisvärd produkt som lockar konsumenterna från piratkopieringen.

I den amerikanska rapporten ”the Digital Dilemma” utvecklas en tankegång om att samtidigt som tekniken medför att rättighetsinnehavare får allt svårare att kontrollera spridningen av verken och därför försvårar tillgången till informationen, så har digitaliseringen och globaliseringen skapat fantastiska möjligheter för de inblandade parterna. I rapporten presenteras några förslag på sådana affärsmodeller.¹⁸⁴

Den första modellen bygger på att göra produkten så lättillgänglig och billig, att innehållet är lättare och billigare att köpa än att stjäla. Det kan vara

¹⁸¹ Pawlo, *What is the Meaning of Non-commercial?*, *International Commons at the Digital Age*, 2004, s. 77f.

¹⁸² Kittel, s. 56.

¹⁸³ Rosén i Debattartikel om fildelning, 2006.

¹⁸⁴ Rapporten kan läsas på http://books.nap.edu/html/digital_dilemma/, och modellerna presenteras i kapitel 2.

krångligt och tidskrävande att ladda hem musik från en icke-kommersiell webbsida på Internet, och det går inte att förlita sig fullt ut på att kvaliteten på musiken håller måttet. Då kan det istället vara värt att köpa musik för en billig peng, kunna välja från ett omfattande musikbibliotek, få snabb service och garanterat bra kvalitet. Den andra modellen går ut på att använda den digitala produkten som marknadsföringsinstrument, genom att distribuera musik gratis på nätet som ett sätt att bygga en marknad för den traditionella produkten och stimulera den försäljningen. Enligt den tredje modellen kan företag betrakta den digitala världen som ett marknadsföringsinstrument för tjänster som professionell service, support och andra biprodukter, och ta betalt för dessa uppföljningstjänster istället för att ta betalt för det digitala innehållet.

Lagliga webbsidor som tillhandahåller musik för nedladdning finns numera lätt tillgängliga i Sverige. En bra källa är t.ex. *legalmusik.se*, där de flesta svenska nätbutiker för musik finns representerade. I Europa finns idag mer än 350 webbsidor och internetbutiker för laglig nedladdning av musik.¹⁸⁵ Apples musiktjänst, iTunes, dominerar marknaden för digital musik i världen. Apples iTunes Store fungerar bokstavligen som en virtuell musikaffär, där kunden kan bläddra i musikbiblioteket, provlyssna och sedan köpa enskilda musikspår eller hela album. Betalningen sker via kreditkort och sedan kan musiken laddas ner.

Det finns också ett antal abonnemangssystem där man genom att betala en fast avgift kan "prenumerera" på musik. Man får tillgång till en mängd musik under en period och får ladda ner därifrån under den perioden. Just när det gäller musikabonnemang har det blivit populärt att koppla sådana till sin mobiltelefon, och framförallt mobiloperatören "3" har satsat på den affärsidén.

En annan variant är s.k. Internetcommunities, där Myspace.com är en av de största, med över 100 miljoner medlemmar. Nu skall Myspace låta medlemmarna sälja sin musik genom webbsidan. Det ger artister som inte har något skivkontrakt en chans att sälja sin musik som mp3-filer och själva bestämma hur mycket den skall kosta. Myspace har cirka 3 miljoner artister som användare på sin community och de kommer att ta ut en avgift för varje låt som säljs utöver det som artisten tar betalt.¹⁸⁶

En ny aktör på den digitala marknaden är företaget Spiral Frog, som har inlett ett samarbete med bland annat skivbolaget Universal. De erbjuder konsumenterna att ladda ner musik från Universals skivkatalog lagligt och *gratis*, dock med nittio minuters reklam att lyssna på för varje låt som laddas ner. Även EMI har ett licensavtal med Spiral Frog sedan hösten 2006.¹⁸⁷ Tjänsten finns än så länge endast i Nordamerika, men tanken är att det skall spridas även till Europa så småningom. Det finns dock en hel del motståndare mot denna affärsmodell, eftersom man uttrycker sig som att

¹⁸⁵ Rosén i Debattartikel om fildelning, 2006.

¹⁸⁶ Kuprijanko i Sydsvenska Dagbladet, 2006-09-05.

¹⁸⁷ Se www.spiralfrog.com.

musiken är gratis. Det är den ju inte egentligen, kostnaderna bärs bara upp av någon annan istället för av konsumenterna. Det kan bli svårt att ta betalt för musik igen någon gång i framtiden, när den en gång har varit ”gratis”.¹⁸⁸

Det största svenskägda skivbolaget, Bonnier Amigo, har bestämt sig för att börja sälja sin musik i det oskyddade mp3-formatet. Företaget menar att många musikköpare upplever DRM som ett hinder, vilket minskar den legala försäljningen. DRM finns, som nämnts tidigare, i olika icke kompatibla versioner. Musik från Apples iTunes kan bara spelas och lyssnas på i iPod och Microsofts DRM fungerar som regel inte i mobiltelefoner eller iPod. Det kan också vara svårt att flytta inköpt musik mellan olika datorer och musikspelare. I princip all musik som finns tillgänglig för nedladdning från de stora dominerande skivbolagen är kopieringsskyddad som det ser ut idag. Det verkar dock vara på väg att ändras, eftersom företagen har märkt en efterfrågan på musik i mp3-formatet. Några av de stora internationella skivbolagen skall också ha sagt att de tror att DRM kommer att överges, och EMI och Sony BMG har börjat testa försäljning i mp3-format. En av världens största nätbutiker för musik, Emusic.com säljer bara i mp3-format, och detta även på den europeiska marknaden sedan hösten 2006.¹⁸⁹ Det verkar finnas ett allmänt motstånd mot DRM och för att möta konsumenternas efterfrågan och krav kanske företagen måste acceptera det. Uppenbarligen har till och med Apple börja tänka i de banorna, med tanke på Steve Jobs utfall mot skivbolagen (se avsnitt 5.2).

Ytterligare en trend som har uppstått är att skivbolagen säljer licenser till webbsidor som t.ex. Youtube, så att musikvideor kan läggas ut där lagligt.¹⁹⁰ Universal, Sony BMG och Warner Music köpte samtidigt andelar i just Youtube. Det gäller att hitta nya vägar att tjäna pengar och det kanske är den typen av nytänkande som krävs.

¹⁸⁸ Kuprijanko i Sydsvenska Dagbladet, 2006-09-01 och 2006-09-05.

¹⁸⁹ Melin i Ny Teknik, 2007-01-24.

¹⁹⁰ Ledare i Dagens Nyheter, 2006-10-31.

6 Avslutande reflektioner

6.1 Upphovsrätten

Avsikten med den här uppsatsen har varit att behandla problematiken kring fildelning och upphovsrätt, redogöra för den svenska och den amerikanska lagstiftningen på området och vilka inskränkningarna är. Jag har velat illustrera hur den digitala utvecklingen har sett ut och hur lagen har anpassats efter denna. Avsikten har också varit att redogöra för vilka nya tendenser man kan se hos upphovsmän, skivbolag och intresseorganisationer, och hur de inrättar sig på den digitala marknaden. Till sist ville jag undersöka vilka legala lösningar som faktiskt finns och vilket spelrum den svenska lagen ger det upphovsrättsliga skyddsintresset respektive marknadskrafterna.

Det intellektuella skapandet har som sagt skyddats i århundraden, byggt på den rättspolitiska argumentationen om den ”intellektuella äganderätten”. Upphovsmannen har själv en handlingsrätt, och han har rätt att inverka på andras handlande, för att tillgodogöra sig sitt skydd. Upphovsrätten garanterar en rätt till ersättning för skapande arbete. Rätten som en upphovsman uppstår, utgör sannolikt ett incitament till nyskapande, vilket i sin tur motverkar att kulturen blir alltför formlig och likriktad. Jag anser att ensamrättsmodellen så som den också säkerställer ett ekonomiskt utbyte av upphovsmännens verksamhet, definitivt har en kulturellt stimulerande roll. För att tillfredsställa upphovsmännens och följaktligen även kulturutvecklingens intressen ges varje upphovsman en exklusiv förfoganderätt över exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten.

Å andra sidan är reglerna i 2 kap. URL, som begränsar upphovsmännens ensamrätt, mycket viktiga för att skapa en lämplig samhällsmässig avvägning. Upphovsrätten måste vara som ett nät med maskor i. Allt sedan musik, film, konst och andra kulturprodukter har blivit handelsvaror har det skapats en efterfrågan för dessa alster. Dessutom existerar knappt skapande enbart för skapandets skull. Den som skapar ett konstnärligt eller litterärt verk vill i de allra flesta fall på något sätt visa upp det för världen. Visst användande måste därför få läcka ut ur upphovsrättens nät, på bekostnad av upphovsmännens ensamrätt.

De internationella konventionerna BK, TRIPs och WIPO-fördragen gör att upphovsrättslagstiftningen i Europa och Nordamerika är tämligen likartad. I USA tillämpas dock doktrinen om *fair use* som skiljer sig något från inskränkningarna i den europeiska upphovsrätten. Fair use kan tyckas ge amerikansk upphovsrätt en viss flexibilitet, eftersom den kan anpassas till den snabba teknologiska utvecklingen. Den svenska upphovsrättslagen är visserligen teknikneutralt utformad, men den får nog anses vara mer stelbent i jämförelse. Doktrinen om fair use är till viss del mer generös gentemot

allmänhetens fria användande av upphovsrättsligt skyddade verk än vad europeisk upphovsrättslagstiftning i allmänhet är. Det amerikanska rättssystemet, och amerikanska samhället i stort, präglas generellt av friheten för individen och yttrandefrihet, samt har ofta fokus på handel och kommersialisering. Det är märkbart inte minst med tanke på hur aktörerna i den amerikanska musikindustrin påverkar den amerikanska politiken. Det är ett bekymmer att de stora amerikanska skivbolagen genom sin maktposition gör att USA utövar politiska påtryckningar på andra länder.

6.2 Dagsläget

Det som har genomsyrat den här uppsatsen är att digital musik är här för att stanna. Lagstiftning runt om i världen har anpassats efter tekniken och det utbredda nyttjandet av nätet som ett slags musikbibliotek är ett faktum. Nya former för distribution av musik har utvecklats och fortsätter att utvecklas. Men piratkopieringen och den olagliga fildelningen är ett stort problem. Den av regeringen tillsatta utredningen som skall redovisa utvecklingen och föreslå åtgärder för att stimulera utvecklingen av konsumentvänliga lagliga alternativ skall presentera sina slutsatser i början av sommaren 2007. På de få månaderna som har passerat sedan de började sitt arbete har det hänt oerhört mycket på området, och mycket mer kommer att hinna hända.

I en av de böcker jag har refererat till i mitt arbete hittade jag ett citat från 1927 som visar att oron för privatkopieringens utbredning har funnits längre än vad man kanske tror. En student förutspådde då att privatkopieringen ”ifall den hypotetiska situationen att framtida uppfinningar gör reproduktioner gångbara och vardagligen förekommande, kan vara döden för upphovsrätten... Med framstegen inom fonografiska, kinematografiska och radiofoniska processer är det redan möjligt idag och kommer att vara ännu lättare imorgon för tusentals personer att ta musik eller annan underhållning i sin besittning och ta dem hem.”¹⁹¹ Det är således inga spörsmål som har uppstått endast på grund av Internets födelse.

6.3 Lagstiftningsåtgärder

Vilka lagstiftningsåtgärder skulle då kunna vara möjliga att vidta för att komma åt den illegala fildelningen, eller åtminstone minska dess skadeverkan?

En allmän bredbandsavgift som lösning på de aktuella problemen inom upphovsrätten är ingen hållbar lösning enligt följande. Det är nödvändigt att hålla isär fildelning och privat kopiering eller, med andra ord, uppladdning och privat nedladdning. Fildelning är tillgängliggöranden för allmänheten,

¹⁹¹ Citat av Piola-Casselli, Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione, U.T.E.T. Turin, 1927, hämtat från Strömquist i Piratkopiering och privatkopiering, s. 147.

alltså uppladdning. Sådana nyttjandeformer kräver tveklöst rättighets-havarnas medgivande. EG-rätten och de internationella konventionerna är samstämmiga och Sverige har varken anledning eller möjlighet att avvika ifrån det.

När det gäller avtalslicensordningar är de väldigt lämpliga i situationer där individuella tillstånd kan vara allt för svåra att administrera. En avtalslicens tjänar sitt syfte vid massutnyttjanden, där man genom kollektiva avtal kan förhandla sig fram till acceptabla ersättnings- och nyttjandevillkor. Systemet innebär dock ett tvångsmoment, vilket inte är eftersträvansvärt i många situationer, och därför bör avtalslicensordningar endast tillämpas när det är nödvändigt. Nackdel med licenser är också att upphovsmännen inte själva kan styra över musiken. Visserligen kanske upphovsmännen inte heller har så mycket kontroll när de styrs helt av sina skivbolag, men kontrollen över värdet av musiken går förlorad om allt standardiseras.

Det kan verka lockande att satsa på att upphovsmännen själva styr över utgivningen av sin musik. Det är vad Creative Commons eftersträvar. Med dagens lagstiftning skulle man i princip kunna tillämpa Creative Commons-synsättet rakt av, om bara licenserna är helt anpassade till svensk lag. Dock verkar det innebära allt för många osäkra definitioner som det ser ut idag, och då blir juridiken onödigt invecklad. Om det inte finns klara riktlinjer blir individuella prövningar hur som helst nödvändiga. Avtal måste förhandlas fram om ett företag vill disponera över stora mängder skyddat material. Det kan vara ett komplicerat och tidskrävande arbete att komma överens med rättsinnehavare om disponering av skyddade verk som normalt faller inom ensamrätten.

Enligt min mening kommer man inte åt problemet med lagstiftning. Det är inte reglerna kring kopiering för privat bruk som sätter käppar i hjulet egentligen. På det området fungerar lagstiftningen, i det här sammanhanget, tillfredsställande. Dessutom håller attityden på att svänga när det gäller DRM. Förhoppningsvis luckras de hårda spärrarna upp så att konsumenten får lite mer fria händer över sina lagligt förvärvade digitala produkter. Det är snarare i samband med tillgängliggörandet för allmänheten, vilket blir konsekvensen av fildelning, som det stora problemet ligger. Hur skall man komma ifrån det? Internet är ingenting lagstiftaren kan springa ifrån.

6.4 Alternativa insatser

Efter att ha genomfört min granskning av problematiken har jag kommit fram till att bollen till stor del ligger hos musikbranschen. De måste anpassa sig till utvecklingen. Det är inte första gången i världshistorien som villkoren ändras för en bransch, och för att överleva måste man då ändra strategi. De får lägga sig an med nya affärsmetoder. Det som sägs i rapporten "the Digital Dilemma" är sant. Samtidigt som tekniken medför att rättighetsinnehavare får allt svårare att kontrollera spridningen av verken och därför försvårar tillgången till informationen, så har digitaliseringen och

globaliseringen skapat fantastiska möjligheter för de inblandade parterna. Affärsmodellerna som presenteras i rapporten är något att bygga på, och det har ju faktiskt redan börjat hända.

Även förebyggande åtgärder är enormt betydelsefulla för att motverka intrång i upphovsrätten. Upphovsrättsorganisationerna måste fortsätta arbeta med framförallt med informationskampanjer. I likhet med andra t.ex. politiska eller hälso- och sjukvårdsrelaterade problem där man måste nå ut till den stora massan, så är information en grundläggande förutsättning för att ändra ett beteende hos allmänheten.

Icke att förglömma är kontrollen av efterlevnaden av den upphovsrättsliga lagstiftningen. En lag utan åttlydnad är ett slag i luften. Bland annat IFPI är aktiv och hjälper polis och åklagare i jakten på musikpiraterna. Under våren 2007 kommer även den ovan nämnda utredningen, om möjliga utökade befogenheter för intresseorganisationer och rättighetshavare, att presentera sitt utlåtande. Om det blir så att upphovsrättsorganisationerna får börja jaga pirater på egen hand, utan att gå via polis och åklagare, så kan vi sitta i en helt ny situation. Det kan leda till att det blir vanligare att "vanligt folk" åtalas för upphovsrättsintrång och det kan förmodligen förändra den allmänna inställningen till fildelning. För egen del tror jag inte på skrämsektaktik, och jag hoppas att problemet med illegal fildelning kan lösas ändå, utan att dra en massa fildelare inför rätten.

6.5 Nutid och framtid

Hur som helst så har det börjat röra på sig. Upphovsrättsorganisationerna är hoppfulla, liksom skivbolagen. Sveriges Television rapporterade nyligen att 11 procent av Sony BMG:s intäkter kommer från Internetbaserad försäljning av musik, och för Universal är samma siffra 7 procent.¹⁹² IFPI:s senaste Digital Music Report visade på en mycket positiv utveckling.

Flaskhalsen kanske inte är dagens hitmusik. Den finns att få tag på ganska lätt. Det är värre med äldre musikverk. Idén från början med Napster och fildelningstekniken var att tillgängliggöra *all* musik. Inte bara att kunna få tag på Jay Z:s nyaste singel gratis, utan att faktiskt kunna hitta en gammal inspelning av Edith Piaf. Det utbudet *går* att tillgängliggöra. Det som krävs är att skivbolagen ställer upp på villkoren som dikteras av efterfrågan. Då kommer konsumenterna att vara villiga att betala för musiken.

Det har uppstått nya tendenser på nätet med Internetcommunities, gratis musik finansierat via annonsintäkter och annan reklam och musikvideolicenser hos webbaktörer som t.ex. Youtube. För skivbolagen är handeln över nätet positiv, bland annat därför att den bidrar till att bolagen får bättre och snabbare feedback och det blir lättare för dem att upptäcka trender. För de mest framgångsrika artisterna innebär näthandeln ännu mer

¹⁹² Nöjesnytt i Sveriges Television, 2007-01-17.

publicitet och snabbare lanseringar och för de mindre artisterna innebär det en chans att synas och nå ut till allmänheten.

Ännu har det inte märkts av att STIM eller andra upphovsrättsorganisationer framställer någon slags etableringshinder för dem som vill tillhandahålla nätbaserad musikförsäljning. Det skulle kunna bli ett problem, men om licensavtal sluts konventionsenligt, så borde sådana hinder kunna överbryggas.

Det behövs dock antagligen någon form av kontrollmöjligheter så att rättighetsinnehavare får sin rättmätiga ersättning. Det är osäkert hur framtiden ser ut för DRM, med tanke på den senaste tidens diskussioner. Visserligen verkar en hel del företag ta avstånd från DRM, men tiden får utvisa om det är en tillfällig trend eller om det är ett ställningstagande som är här för att stanna.

Återigen poängteras vikten av att statsmakten och intresseorganisationerna informerar allmänheten. Idén om upphovsrätten och dess syfte måste verkligen förankras i människors medvetande. ”*What is worth copying is prima facie worth protecting*” – det är så sant som det är sagt. Marknadsaktörerna måste sträva efter att fånga in användarna i tjänster med betalningssystem istället för att den illegala fildelningen fortgår i det fördolda. Utvecklingen av musikdistributionen på nätet pågår dag och natt, och denna utveckling får inte hämmas allt för mycket av lagstiftning. Inte heller den tekniska utvecklingen får bromsas. Ändock skall det inte ske enbart på enskilda rättsinnehavares bekostnad. Musik är en vara som man ska betala för, trots att det är en immateriell tillgång i grund och botten.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EU

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

Sverige

Ds 2003:35, *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

Ju 2006/6767/P, Promemoria, *Uppdrag angående upphovsrätten på Internet.*

Prop. 1997/98:156.

Prop. 2004/05:110, *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

Litteratur

Ahnegård, Asp, Chois, Kjellström, Ström, Strömqvist, *Piratkopiering och privatkopiering*, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 2001.

Bernitz Ulf, Karnell Gunnar, Pehrson Lars, Sandgren Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 9:e uppl., Jure, Stockholm, 2005.

Goldstein Paul, *International Copyright*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Herler Brita Kristina, *Upphovsrättsligt skydd av digitala musikaliska verk vid marknadsföring i Internet*, Universitas Wasaensis, Vaasa, 2001.

Koktvedgaard Mogens, Levin Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 7:e uppl., Nordstedt Juridik, Stockholm, 2003.

Lessig Lawrence, *The Future of Ideas*, Randomhouse, New York, 2001.

Levin Marianne, *Supplement 2006 till Lärobok i immaterialrätt*, 8:e uppl. 2004, Nordstedt Juridik, Stockholm, 2006.

Olsson Henry, *Copyright*, 7:e uppl., Nordstedt Juridik, Stockholm, 2006.

Olsson Henry, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, 2 uppl., Nordstedt Juridik, Stockholm, 2006.

Pettersson Annette, *Nedladdning av musik och film över Internet*, Examensarbete vid Lunds Universitet, 2005.

Rosén Jan, *Medie- och immaterialrätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 2003.

Rosén Jan, *Upphovsrättens avtal*, 3:e uppl., Nordstedt Juridik, Stockholm, 2006.

Stamatoudi Irini A., Torremans Paul L.C., *Copyright in the New Digital Environment*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

Vaidhyathan Siva, *Copyrights and Copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, New York University Press, New York, 2001.

Weissbach Adam, *Tekniska åtgärder och skyddet för åtkomstkontroll*, Examensarbete vid Lunds Universitet, 2006.

Artiklar

Bergström Joakim, *USA vill tvångsstänga rysk musiksajt*, PC för alla, 2006-10-20.

Carl bom Mats, *Upphovsmän kan få jaga fildelare*, Dagens Nyheter, 2007-02-04.

Grabiec Simon, *Motattacken mot Jobs: "Öppna ert eget drm"*, MacWorld, 2007-02-08.

Janson Maria, *Utredning om fildelning får kritik*, Svenska Dagbladet, 2006-09-27.

Kittel Christoffer, *Den digitala allemansrätten*, Internet World, Nr.2, 2005.

Kuprijanko Alexander, Svensson Gustav, *Gratis musiktjänst till Sverige?*, Sydsvenska Dagbladet, 2006-09-01.

Kuprijanko Alexander, *Genombrott för köpt musik på nätet*, Sydsvenska Dagbladet, 2006-09-05.

Kuprijanko Alexander, *Skivbolagen har tappat fokus*, Sydsvenska Dagbladet, 2006-12-11.

Ledare, *Uppgradera lagboken*, Dagens Nyheter, 2006-10-31.

Melin Jan, *Mp3 kom tillbaka – allt är förlåtet!*, Ny Teknik, 2007-01-24.

Rosén Jan, *Immaterialrätten i informationssamhället. North-South, Open Source och Creative Commons – en vägande kritik mot ensamrätten?*, NIR Nr.1, 2006.

Schollin Kristoffer, *Virtuell upphovsrätt*, JT, Nr.1, 2004/05.

Wilczek Michael, *Franska parlamentariker ska rösta om digital piratkopiering*, PC för alla, 2006-03-04.

Öbrink Andreas, *Musikjätte stöder kostnadsfri nedladdning*, Dagens Nyheter, 2006-08-29.

Elektroniska källor

IDG Media, alla artiklar från PC för alla, Internetworld och MacWorld är hämtade från www.idg.se.

IFPI: *Digital Music Report 2007*.

http://www.ifpi.org/content/section_resources/digital-music-report.html
(senaste besök 2007-02-05)

Jobs Steve, *Thoughts on Music*.

www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/
(senaste besök 2007-02-07)

Norska konsumentombudsmannens hemsida

www.forbrukerombudet.no
(senaste besök 2007-02-07)

Pawlo Mikael, *What is the Meaning of Non-commercial?*, *International Commons at the Digital Age*, edited by Danièle Bourcier och Mélanie Dulong de Rosnay, Paris, 2004.

<http://fr.creativecommons.org/iCommonsAtTheDigitalAge.pdf>
(senaste besök 2007-01-23)

Rosén Jan, *Debattartikel om fildelning*, IFPI, 2006-06-30.

Pdf-fil på <http://www.ifpi.se/getpressrelease.aspx?id=47>
(senaste besök 2007-02-07)

Samuelson Pamela, *Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States*, 2000.

http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Sweet&Maxwell_1.htm
(senaste 2007-01-24)

Statistiska Centralbyråns pressmeddelande, Nr 2006:43, 2006-12-18, *IT-statistik – Privatpersoners användning av datorer och Internet 2006*.

http://www.scb.se/templates/pressinfo____187176.asp
(senaste besök 2007-02-28)

U.S. Copyright Office
www.copyright.gov
(senaste besök 2007-02-07)

Rättsfallsförteckning

Sverige

NJA 2000 s.178

NJA 2000 s.292 (Mp3-målet)

USA

Grokster

Metro Goldwyn Mayer Studios Ltd. v. Grokster Inc., 04-480, 2005.

Mp3.com

UMG Recordings Inc. v. MP3.Com Inc., No.00 CIV. 472 (JSR), 2000 WL.

Napster

A&M Records, Inc. v. Napster Inc., U.S. Court of Appeal, (9th. Cir. 2001).

A&M Records Inc. v. Napster Inc., Case No. C99-5183-MHP
(N.D.Cal.2000).

A&M Records Inc. v. Napster Inc., 114 F. Supp. 2d. 896. (N.D. Cal.2000).