



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Henrik Månsson

Exemplarframställning
för enskilt bruk
- i ljuset av INFOSOC-direktivet -

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Birgitta Nyström

Immaterialrätt

Höstterminen 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Metod och material	9
1.4 Avgränsningar	11
1.5 Disposition	11
2 SVENSK UPPHOVSRÄTTSLAGSTIFTNING	13
2.1 Inledning	13
2.2 Upphovsrättens uppkomst	14
2.3 Skyddsobjektet – vad skyddas?	14
2.4 Skyddssubjektet – vem skyddas?	16
2.5 Upphovsrättens innehåll	16
2.5.1 De ekonomiska rättigheterna	16
2.5.2 De ideella rättigheterna	18
2.6 Inskränkningar i upphovsrätten	19
2.7 Särskilt om framställning av exemplar för enskilt bruk	20
2.7.1 Enstaka exemplar	21
2.7.2 Offentliggjorda verk	22
2.7.3 Enskilt bruk	23
2.7.4 Kassettersättning	24
3 INFOSOC-DIREKTIVET	26
3.1 Inledning	26
3.2 Direktivets rättigheter	27
3.2.1 Rätten till mångfaldigande (artikel 2)	27
3.2.2 Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten (artikel 3)	27

3.2.3	Rätten till spridning (artikel 4)	28
3.3	Direktivets undantag och inskränkningar	28
3.3.1	Tillfälliga former av mångfaldigande i tekniska processer (artikel 5.1)	29
3.3.2	Vissa former av mångfaldigande (artikel 5.2)	30
3.3.3	Vissa former av mångfaldigande, överföring och tillgängliggörande (artikel 5.3)	30
3.4	Särskilt om mångfaldigande för privat bruk (artikel 5.2 b)	31
3.4.1	Privat bruk	32
3.4.2	Varken direkt eller indirekt kommersiellt syfte	33
3.4.3	Rimlig kompensation	34
3.5	Skydd för tekniska åtgärder (artikel 6)	36
4	FÖRSLAG TILL ÄNDRING I UPPHOVSRÄTTSLAGEN	38
4.1	Inledning	38
4.2	Upphovsrättens innehåll	38
4.2.1	Rätten att framställa exemplar av verket	39
4.2.2	Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten	39
4.3	Inskränkningar i upphovsrätten	40
4.4	Skydd för tekniska åtgärder	41
5	EXEMPLARFRAMSTÄLLNING FÖR ENSKILT BRUK I LJUSET AV INFOSOC-DIREKTIVET	44
5.1	Inledning	44
5.2	Ett fåtal exemplar	45
5.2.1	Antalet tillåtna exemplar	45
5.2.1.1	Det svenska lagförslaget	46
5.2.1.2	Diskussion	47
5.2.2	Exemplarframställning av hela verk	49
5.2.2.1	Det svenska lagförslaget	50
5.2.2.2	Diskussion	51
5.3	Offentliggjorda verk	53
5.3.1	Kravet på att verket skall vara offentliggjort	53
5.3.1.1	Det svenska lagförslaget	53
5.3.1.2	Diskussion	54
5.3.2	Krav på lovlig förlaga	55
5.3.2.1	Det svenska lagförslaget	56
5.3.2.2	Diskussion	57
5.4	Privat bruk	60
5.4.1	Exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk	61
5.4.1.1	Det svenska lagförslaget	62
5.4.1.2	Diskussion	63
5.4.2	Utomstående medhjälp	67
5.4.2.1	Det svenska lagförslaget	68
5.4.2.2	Diskussion	68

5.5	Kassettersättning	70
5.5.1	Rimlig kompensation	70
5.5.2	Det svenska lagförslaget	71
5.5.3	Diskussion	73
5.6	Skydd för tekniska åtgärder	78
5.6.1	Undantaget för artikel 5.2 b	79
5.6.2	Det svenska lagförslaget	79
5.6.3	Diskussion	81
6	SAMMANFATTNING OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER	84
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	88
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	90

Sammanfattning

Den bestämmelse i upphovsrättslagen som tillåter exemplarframställning av verk för enskilt bruk är troligtvis en av lagens mest kända regleringar. Detta faktum innebär emellertid inte att alla känner till dess egentliga innehåll. Det är snarare så att relativt få personer är medvetna om vad bestämmelsen de facto har för innebörd.

Den snabba tekniska utvecklingen i samhället har medfört att upphovsrätten ställts inför nya och svåra utmaningar. Möjligheterna att snabbt och enkelt framställa exemplar för enskilt bruk har exempelvis ökat markant tack vare den förbättrade tekniken. Delvis som en följd därav har EU presenterat ett direktiv, det så kallade INFOSOC-direktivet, vilket bland annat syftar till att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning på upphovsrättens område.

Justitiedepartementet har presenterat ett lagförslag som ämnar implementera INFOSOC-direktivet i svensk rätt. Bland annat föreslås en rad förändringar i bestämmelsen om exemplarframställning för enskilt bruk. Den grundläggande frågeställningen i det föreliggande arbetet är sålunda hur denna reglering kan komma att påverkas genom implementeringen av direktivet.

Analysen tar sin utgångspunkt i det svenska lagförslaget. Vägledning har också sökts i bland annat implementeringsprocesserna i våra nordiska grannländer Danmark och Finland samt i de dokument som presenterats inom EU under direktivets framväxt.

Kortfattat kan sägas att den svenska upphovsrättslagens bestämmelse om exemplarframställning för enskilt bruk med största sannolikhet kommer att inskränkas något genom anpassningen till INFOSOC-direktivet. I det av Justitiedepartementet presenterade lagförslaget föreslås en rad förändringar som, om de antas av riksdagen, leder till en inskränkt rätt att kopiera för enskilt bruk. Bland annat föreslås att antalet tillåtna exemplar reduceras och att ett förbud att kopiera hela litterära verk införs.

Det förefaller sannolikt att det svenska lagförslaget till stor del införs i upphovsrättslagen. Det skall emellertid hållas i minnet att lagstiftningen bygger på ett EG-direktiv, vilket innebär att den i slutändan kan komma att bli föremål för prövning i EG-domstolen. Det är därför inte säkert att den tolkning som Justitiedepartementet gjort av INFOSOC-direktivet sammanfaller med EG-domstolens tolkning. Framtiden får utvisa hur bestämmelsen om exemplarframställning för enskilt bruk kommer att utveckla sig.

Förord

Föreliggande examensarbete är tänkt att sätta punkt för min utbildning på Juridiska fakulteten vid Lunds universitet. Den resa som påbörjades av en novisch hösten 1998 och som då framstod som ofantligt lång och till stor del skrämmande har gått med blixstens hastighet och är nu framme vid sitt mål. Det är nu dags att påbörja en ny spännande resa.

Jag vill här i korta ordalag tacka ett antal personer som gjort min resa något lättare att uthärda. Först och främst vill jag tacka min familj som utgjort ett ovärderligt stöd under denna tid. Därutöver vill jag i bokstavsordning och således utan inbördes rangordning tacka min handledare professor Birgitta Nyström för goda råd och visat tålamod, min broder Fredrik för att han liksom jag haft svårt att släppa taget om det studentikosa Lund, Liisa för att hon hade tid och ork att hjälpa mig med översättningarna från finska, min vän Martin för att han sporrade mig i slutskedet av detta arbete och slutligen Yamile för att hon hjälpte mig att korrekturläsa mitt examensarbete.

Lund 2005-01-03

Henrik Månsson

Förkortningar

CD	Compact Disc
Ds	Departementsserien
DVD	Digital Versatile Disc
EG	Europeiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta Nationerna
FURL	Finska upphovsrättslagen
HD	Högsta domstolen
INFOSOC	Information Society
IT	Informationsteknik
JT	Juridisk tidskrift
Klys	Konstnärliga och litterära yrkesutövares samarbetsnämnd
MP3	MPEG layer 3 audio
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I (rättsfall från HD)
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd. II (förarbeten i urval)
Prop.	Proposition
RAM	Random Access Memory
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WCT	WIPO:s fördrag om upphovsrätt
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den snabba tekniska utveckling som i dag är för handen ställer onekligen upphovsrätten inför nya och svåra utmaningar. Detta är emellertid inte unikt för vår tid. Upphovsrätten har genom åren kontinuerligt anpassats för att bättre spegla utvecklingen i det samhälle i vilket den skall tillämpas. Den tekniska utvecklingen tenderar emellertid i våra dagar att gå allt snabbare, vilket innebär att upphovsrätten allt oftare och på allt fler områden sätts på svåra prov.

En av de mer intrikata och omdiskuterade frågorna inom upphovsrätten rör regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk. Debatten härvidlag har inte minst aktualiserats i samband med den vitt spridda och omfattande nedladdning av bland annat musikaliska verk från Internet som i dag äger rum.

Andra frågor som har diskuterats är studenters rätt att kopiera kurslitteratur för enskilt bruk och skivbolags rätt att begränsa skivköparens möjligheter att kopiera CD-skivor för enskilt bruk genom olika former av kopieringsskydd. Den aktuella regleringen påverkar följaktligen många människor i vardagen, men det är dessvärre få som är medvetna om vad den egentligen har för innebörd.

Osäkerhet råder också kring vilka konsekvenser införlivandet av det så kallade INFOSOC-direktivet¹ kan komma att få för upphovsrätten i Sverige. Direktivet, som lägger särskild vikt vid upphovsrättens roll i informations-samhället, har till och från givit upphov till livliga debatter i massmedia. Särskilt har just frågan avseende enskildas rätt att framställa exemplar av verk för enskilt bruk diskuterats.

Det är uppenbart att de ökade möjligheterna för enskilda att enkelt och billigt kopiera allehanda verk tänjer på den inskränkning i upphovsmäns ensamrätt som regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk utgör. En del bedömare gör gällande att inskränkningen utan tvekan missbrukas i dagsläget. Implementeringen av INFOSOC-direktivet kommer att vara av avgörande betydelse vad avser möjligheterna att framställa exemplar för enskilt bruk i framtiden.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Direktivet har såväl i den allmänna debatten som i juridisk litteratur figurerat under en rad olika beteckningar. I det föreliggande arbetet kommer emellertid benämningen INFOSOC-direktivet (The Information Society Directive) att användas.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det grundläggande syftet med den föreliggande framställningen är att redogöra för hur den svenska regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk kan komma att påverkas genom implementeringen av INFOSOC-direktivet.

Detta övergripande syfte inbegriper en mängd olika frågeställningar.

För att kunna tillgodogöra sig den fortsatta framställningen krävs vissa kunskaper om svensk upphovsrätt de lega lata. Det är i detta sammanhang angeläget att ställa bland annat följande frågor: Hur är svensk upphovsrätt utformad i dag? Vad och vem skyddas? Vilket är upphovsrättens egentliga innehåll? Vilka inskränkningar finns i den upphovsrättsliga ensamrätten? En särskilt viktig fråga är av naturliga skäl hur regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk är utformad i gällande rätt.

För att INFOSOC-direktivet skall kunna sättas in i sitt rätta sammanhang krävs en översiktlig presentation av direktivet. Detta föranleder bland annat följande frågeställningar: Hur är direktivet utformat? Vilka rättigheter stadgas? Vilka undantag från ensamrätten är tillåtna? Även här är en central fråga hur regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk är utformad.

I syfte att implementera INFOSOC-direktivet i svensk rätt presenterade Justitiedepartementet i juni 2003 ett förslag till ändring i upphovsrättslagen.² Det är i detta sammanhang som framställningens syfte aktualiseras. Detta syfte innefattar ett antal frågeställningar: Hur reglerar lagförslaget exemplarframställning för enskilt bruk? Vilka förändringar i rättsläget är att vänta? Innebär den svenska lösningen några problem? Har Sverige något att lära av implementeringsprocesserna i de nordiska grannländerna Danmark och Finland? En grundläggande frågeställning är tillika huruvida förslaget är förenligt med direktivet.

Det är författarens förhoppning att det föreliggande arbetet i möjligaste mån skall ge svar på de presenterade frågeställningarna.

1.3 Metod och material

Den föreliggande framställningens metodiska utgångspunkt är i grunden traditionellt juridisk. Arbetet är av såväl deskriptiv som normativ karaktär.

I kapitel 2-4 tas företrädesvis en deskriptiv ansats. Här undersöks till att börja med vad som i Sverige får anses utgöra gällande rätt på upphovs-

² Ds 2003:35. Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

rättens område. Därefter presenteras INFOSOC-direktivet och sedermera även det lagförslag som syftar till att implementera direktivet i svensk rätt. För dessa ändamål passar den deskriptiva metoden bäst.

Svensk upphovsrätt de lege lata har fastställts med hjälp av i svensk rätts-tradition erkända rättskällor: lag, praxis, lagmotiv och doktrin. Naturligtvis är upphovsrättslagen (URL)³ den mest centrala källan. Ett viktigt tolkningsunderlag till denna lagstiftning är Auktorrättskommitténs betänkande SOU 1956:25.⁴

På doktrinen område skall särskilt Henry Olssons kommentar till upphovsrättslagstiftningen framhållas.⁵ Förtjänstfulla redogörelser för den svenska upphovsrätten görs också av Mogens Koktvedgaard och Marianne Levin i ”Lärobok i immaterialrätt”⁶ samt av Henry Olsson i ”Copyright”⁷. På IT-rättens område förtjänar i synnerhet ”Praktisk IT-rätt”⁸ av Agne Lindberg och Daniel Westman ett omnämnande.

Ambitionen att fastställa innebörden i INFOSOC-direktivet kompliceras något av det faktum att EG-rätten i stort sett saknar förarbeten. Ledning har i stället sökts i bland annat direktivets ingress och i de förslag till direktiv som presenterats under dess framväxt. Då direktivet är relativt nytt finns inte heller särskilt mycket skrivit om det i doktrinen. Här skall dock två tidskriftsartiklar framhållas, nämligen ”Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället”⁹ av professor Jan Rosén och ”Direktivet om ophavsret i informationssamfundet”¹⁰ av Martins Kyst.

I kapitel 5-6 tas huvudsakligen en normativ ansats. Med utgångspunkt i gällande rätt analyseras här bland annat kring vilka förändringar i rättsläget som är att vänta, vilka problem dessa kan innebära och vilka förändringar som enligt min uppfattning borde göras de lege ferenda. För dessa syften är den normativa metoden mest ändamålsenlig.

Denna normativa analys utgår naturligtvis i första hand från förslaget till ändring i upphovsrättslagen. Den har emellertid även inspirerats av bland annat resonemang förda i tidigare nämnda artiklar av Rosén och Kyst samt av vissa tankegångar som lagts fram i förarbetena till den danska lagen och i det finska lagförslaget. Här presenteras också författarens egna synpunkter.

³ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁴ Betänkandet finns även intaget i NJA II 1961 tillsammans med bl.a. lagrådets yttrande och prop. 1960:17.

⁵ Olsson, Henry: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, 1996.

⁶ Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne: *Lärobok i immaterialrätt*, 7 uppl. 2002.

⁷ Olsson, Henry: *Copyright*, 6 uppl. 1998.

⁸ Lindberg, Agne och Westman, Daniel: *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl. 2001.

⁹ Rosén, Jan: *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG*, NIR 2001, s. 583-603.

¹⁰ Kyst, Martin: *Direktivet om ophavsret i informationssamfundet*, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 305-315.

1.4 Avgränsningar

Detta arbete är avgränsat till att gälla enbart upphovsrättsliga spørsmål. Många frågor på upphovsrättens område anknyter även till vissa andra immateriella rättigheter. I dessa fall behandlas följaktligen enbart de upphovsrättsliga aspekterna på problemen. Vidare berörs inte de sanktioner som är kopplade till intrång i upphovsrätten.¹¹ Här fokuseras i stället på de principiella frågorna kring upphovsrättens innehåll och dess inskränkningar då jag anser att dessa spørsmål är av störst intresse.

I övrigt är de avgränsningar som är gjorda i framställningen knutna till varje enskilt kapitel. I redogörelsen för svensk upphovsrättslagstiftning ämnar jag göra en jämförelsevis övergripande presentation utan att gå närmare in på detaljfrågor. Detsamma gäller redogörelsen för INFOSOC-direktivet.

Vad gäller analysen av INFOSOC-direktivets påverkan på svensk rätt koncentreras framställningen, vilket redan framgått, till regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk. Dock redogörs inte enbart för den specifika bestämmelse i upphovsrättslagen som behandlar denna form av exemplarframställning utan även för närliggande upphovsrättsliga frågor som på olika sätt berör eller anknyter till ämnet.

Avslutningsvis skall poängteras att fakta och material som har tillkommit efter den 31 december 2004 ej har kunnat beaktats.

1.5 Disposition

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande sätt.

Kapitel 2 är tänkt att fungera som en introduktion till resten av arbetet. Här görs en översiktlig presentation av den svenska upphovsrättslagstiftningen som den föreligger före implementeringen av INFOSOC-direktivet.¹²

I kapitel 3 presenteras INFOSOC-direktivet. Även denna presentation är av översiktlig karaktär.

Därefter görs i kapitel 4 en kortfattad översikt över det föreliggande svenska förslaget till ändring i upphovsrättslagen.

¹¹ Olika typer av sanktioner för intrång i de rättigheter som stadgas i upphovsrättslagen föreskrivs i 7 kap. URL.

¹² För den som redan besitter grundläggande kunskaper på den svenska upphovsrättens område kan avsnitt 2.2-2.6 med fördel hoppas över.

I kapitel 5 redogörs för hur INFOSOC-direktivet kan komma att påverka svensk rätt vad gäller regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk.

Avslutningsvis presenteras i kapitel 6 en sammanfattning av de slutsatser jag kommit fram till samt vissa avslutande synpunkter.

2 Svensk upphovsrättslagstiftning

2.1 Inledning

Upphovsrätten ger författare, kompositörer, konstnärer och andra skapande upphovsmän rätt att bestämma hur deras litterära och konstnärliga verk skall användas. Den som exempelvis skriver en bok eller konstruerar ett datorprogram åtnjuter följaktligen vissa rättigheter till det verk han eller hon har skapat. Detta innebär att upphovsmannen, med undantag för vissa i lag preciserade inskränkningar, har en exklusiv rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten.

En av grundtankarna med upphovsrätten är att ge skydd åt och samtidigt stimulera andligt skapande, vilket generellt sett främjar den kulturella och den ekonomiska utvecklingen i samhället. Ett annat viktigt skäl bakom att tillerkänna upphovsmannen ett ensamrättskydd är att värna om de stora investeringar som numera är nödvändiga inom många branscher, t.ex. på kulturområdet och inom informationssektorn.¹³

De viktigaste rättsreglerna på området upphovsrätt återfinns i upphovsrättslagen¹⁴. Bakgrunden till lagstiftningen står att finna i två internationella konventioner: Bernkonventionen¹⁵ från 1886 och Romkonventionen¹⁶ från 1961. Upphovsrätten har varit föremål för ett omfattande internationellt samarbete. Det har ansetts vara av stor betydelse att skapa ett homogent rättsskydd i ett så stort antal länder som möjligt för att på så sätt tillvarata upphovsmännens intressen, främja den tekniska utvecklingen och förhindra att skiftande regler skapar indirekta handelshinder.¹⁷

Den svenska upphovsrättslagen är numera i hög grad utformad på grundval av olika EG-direktiv, vilka syftar till att harmonisera medlemsstaternas upphovsrättslagar.¹⁸ Det i denna framställning behandlade INFOSOC-direktivet är ett exempel på detta.

¹³ Se Olsson: *Copyright*, s. 29 ff.

¹⁴ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

¹⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Konventionen återfinns t.ex. i Ficsor, Mihály: *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, s. 733 ff.

¹⁶ International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations. Konventionen återfinns t.ex. i Ficsor: *The Law of Copyright and the Internet*, s. 759 ff.

¹⁷ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 220 f.

¹⁸ För en översikt över samtliga direktiv, se Koktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 49 f.

I föreliggande kapitel ämnar jag i avsnitt 2.2 – 2.6 presentera en allmän och relativt kortfattad översikt över den svenska upphovsrättslagstiftningen.¹⁹ Denna presentation är ämnad att ge läsaren den grund som är nödvändig för att kunna sätta in INFOSOC-direktivet i sitt rätta sammanhang samt att underlätta förståelsen av den fortsatta framställningen. I avsnitt 2.7 görs en mer ingående granskning av regleringen avseende exemplarframställning för enskilt bruk.

2.2 Upphovsrättens uppkomst

Upphovsrätt uppkommer, till skillnad från vissa andra immaterialrätter, utan att någon registrering eller annan formalitet är nödvändig. Upphovsrätten uppstår automatiskt i och med att ett verk skapas (se 1 § URL). Vidare finns i Sverige inte något krav på att upphovsrättsligt skyddade verk skall märkas på något sätt, t.ex. genom den annars internationellt vedertagna symbolen ©.²⁰

För att skydd skall uppkomma måste dock verket uppnå en viss grad av självständighet och originalitet. Det måste med andra ord vara resultatet av upphovsmannens eget personliga skapande. Det talas i detta sammanhang om att verket måste ha uppnått så kallad verkshöjd.²¹

2.3 Skyddsobjektet – vad skyddas?

Utgångspunkten i upphovsrättslagen är att alla former av litterära och konstnärliga verk skyddas. Detta är lagens klassiska kärnområde.²²

Upphovsrättens omfattning avgränsas huvudsakligen i 1 kap. URL. I dess 1 § stadgas följande:

- 1 §** Den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket oavsett om det är
1. skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal,
 2. datorprogram,
 3. musikaliskt eller sceniskt verk,
 4. filmverk,
 5. fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst,

¹⁹ För den som önskar en mer utförlig redogörelse av upphovsrättslagstiftningen i Sverige rekommenderas Kocktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt* eller Olsson: *Copyright*.

²⁰ En annan sak är att det ibland kan vara klokt att märka verk med denna symbol för att påvisa att man anser att verket åtnjuter upphovsrättsligt skydd.

²¹ Mer om begreppet verkshöjd följer i avsnitt 2.3.

²² Se Kocktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 63.

6. alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller
7. verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.

Till litterära verk hänförs kartor, samt även andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art.

Vad som i denna lag sägs om datorprogram skall i tillämpliga delar gälla även förberedande designmaterial för datorprogram.

Lagens definierar således i egentlig mening inte kriterierna för ett verk utan räknar i stället upp vilka olika typer av verkskategorier som kan förekomma. Begreppet verk skall emellertid tolkas i en mycket vidsträckt betydelse. Upphovsrättslagens uppräknning av litterära och konstnärliga verk är endast en exemplifiering. Huvudprincipen är att varje sådant verk åtnjuter skydd oavsett i vilken form det uttrycks (se 1 § 1 st 7 p URL).

I 5 kap. URL framgår vidare att även vissa så kallade närstående rättigheter kan erhålla skydd vid sidan av den egentliga upphovsrätten. Det handlar i dessa fall om prestationer som, utan att vara att beteckna som litterära eller konstnärliga verk, har ett nära samband med sådana och därför anses förtjäna ett med upphovsrätten nära besläktat skydd. Exempelvis skyddas utövande konstnärer (t.ex. musiker och skådespelare) i 45 § och framställare av bild- och ljudupptagningar (t.ex. film- och skivproducenter) i 46 § URL.

Det är viktigt att notera att verk skyddas oberoende av i vilket medium eller teknisk form som de förekommer.²³ Det innebär att skyddsobjekten kan variera i takt med uppfattningen om vad som är ett litterärt eller konstnärligt verk vid varje specifik tidpunkt. Exempelvis har digitaliseringen medfört att en rad nya verkskategorier har tillkommit.

Något krav på estetik eller kvalitet finns inte i det juridiska begreppet verk. Huvudsaken är, vilket tidigare har antytts i avsnitt 2.2, att det aktuella alstret uppnår en viss grad av självständighet och originalitet samt är resultatet av upphovsmannens eget personliga skapande. Alstret måste alltså vara unikt i den bemärkelsen att två personer oberoende av varandra inte skulle kunna ha uttryckt de omständigheter som verket innefattar på samma sätt (dubbel-skapandekriteriet). Det talas som sagt i detta sammanhang om att verket måste ha uppnått verkshöjd. Endast verk som uppnått verkshöjd åtnjuter upphovsrättsligt skydd.²⁴

Upphovsrätten varar som huvudregel under upphovsmannens livstid och 70 år efter hans död (43 § URL).

²³ Jfr Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 42 f.

²⁴ För en mer utförlig redogörelse av begreppet verkshöjd, se Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 33 ff.

2.4 Skyddssubjektet – vem skyddas?

Den grundläggande principen inom upphovsrätten är att den fysiska person som skapat ett verk är att anse som dess upphovsman och att han eller hon som sådan tillerkänns en ensamrätt till sitt verk (se 1 § URL).²⁵ Det måste alltså vara fråga om en bestämd fysisk person, ej en abstrakt personkrets, en juridisk person eller dylikt. Har flera personer gemensamt skapat ett verk, och deras individuella bidrag inte utgör självständiga verk som kan skiljas från varandra, har de gemensamt upphovsrätt till verket (6 § URL).

Upphovsmannen kan enligt 27 § URL fritt förfoga över sina ekonomiska rättigheter²⁶ till sitt verk. Han kan sålunda välja att helt överlåta dessa rättigheter eller att endast upplåta en rätt att utnyttja verket i vissa särskilt specificerade avseenden. Överlåtelse och upplåtelse kan ske till såväl fysiska som juridiska personer.

Det bör noteras att en överlåtelse av ett exemplar av ett verk inte innebär att förvärvaren har rätt att upphovsrättsligt förfoga över exemplaret, t.ex. genom att fritt kopiera det (27 § URL). Köper man exempelvis en CD-skiva förvärvar man det enskilda fysiska exemplaret och ej upphovsrätten till det. Det är dock fortfarande tillåtet att framställa enstaka exemplar för enskilt bruk enligt reglerna i 12 § URL.²⁷

2.5 Upphovsrättens innehåll

Det upphovsrättsliga skyddet i Sverige består av två typer av rättigheter: de ekonomiska och de ideella. Rättigheterna är ensamrättigheter, vilket innebär att ingen annan än uphovsmannen eller någon med hans tillstånd får utöva någon av de rättigheter som skyddet omfattar.²⁸

2.5.1 De ekonomiska rättigheterna

De grundläggande ekonomiska rättigheterna ger enligt 2 § 1 st URL uphovsmannen rätt att

- a) framställa exemplar av verket, och
- b) göra verket tillgängligt för allmänheten.

Rätten att framställa exemplar av verket (a)

²⁵ Vem eller vilka som tillförsäkras det upphovsrättsliga skyddet vad avser de närstående rättigheterna i 5 kap. URL framgår av de olika lagrummet i kapitlet.

²⁶ Termen ekonomiska rättigheter definieras i avsnitt 2.5.1.

²⁷ Se avsnitt 2.7.

²⁸ Det finns emellertid i de ekonomiska rättigheterna en rad inskränkningar, vilka gör att verk i vissa fall får användas utan tillstånd oaktat ensamrätten, se avsnitt 2.6.

Rätten att framställa exemplar av verket är central och innebär en exklusiv ensamrätt för upphovsmannen att framställa exemplar av det skyddade verket. Även framställning av en del av ett verk anses vara exemplarframställning.²⁹ Vidare är exemplarframställningsrätten oberoende av hur många exemplar som framställs och vilken teknik som används.³⁰ Såsom framställning av exemplar anses enligt 2 § 2 st URL även att verket överförs på en anordning genom vilken det kan återges, t.ex. ett musikaliskt verk på en CD-skiva eller på en dators hårddisk.

I den analoga världen vållar definitionen av mångfaldigande sällan något problem. Vad gäller den digitala världen kan det vara något besvärligare. Att ett verk mångfaldigas innebär som sagt i princip att det fixeras i en materiell form så att det är möjligt att därifrån ta del av verket direkt eller indirekt genom någon form av anordning, t.ex. från en dators hårddisk.

Det innebär t.ex. att överföringar av filer mellan datorer i nätverk utgör exemplarframställning eftersom verket i dessa fall fixeras på mottagarens hårddisk. Likaså måste nedladdning av exempelvis ljud- eller bildfiler från Internet innebära att exemplar framställs på den egna datorns hårddisk. Även utskrift av i datorn lagrade verk innebär att ett exemplar framställs.

Att en medveten permanent lagring av ett verk på en dators hårddisk är att betrakta som exemplarframställning råder det ingen tvekan om. Huruvida tillfälliga och flyktiga kopior, vilka framställs i en dators primärminne (RAM-minne) eller på dess hårddisk som ett led i den tekniska processen vid datoranvändning och som försvinner efter en kort stund eller när datorn stängs av, skall betraktas som exemplar i upphovsrättslagens mening är dock omtvistat. I propositionen om införlivande av databasdirektivet (96/9/EG³¹) menade regeringen att sådana flyktiga kopior ej är att betrakta som exemplar.³² Denna ståndpunkt har emellertid blivit hårt kritiserad i doktrinen.³³

Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten (b)

Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten innefattar tre förfogandemöjligheter (2 § 3 st URL):

- i) offentligt framförande av verket
- ii) spridning av exemplar av verket
- iii) offentlig visning av exemplar av verket

²⁹ NJA II 1961, s. 116.

³⁰ Olsson: *Copyright*, s. 56.

³¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

³² Prop. 1996/97:111, s. 32.

³³ Se t.ex. Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 252 f och Rajala, Katariina: *Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö*, NIR 1999, s. 99-122 (s. 119).

Framföranderätten (i) tar i första hand sikte på förfoganden över verk i dess obeständiga form och har sin främsta betydelse vad avser tv- och radiosändningar. Även andra former av framföranden omfattas, t.ex. en pjäs som framförs på teaterscen eller ett musikstycke som framförs av en orkester. Ett framförande innebär följaktligen inte att något exemplar framställs. En förutsättning är att framförandet sker offentligt. Merparten av sådana tillgängliggöranden som äger rum i digitala nätverk är att betrakta som framföranden.³⁴

Spridningsrätten (ii) kan sägas utgöra ett komplement till rätten att framställa exemplar. Upphovsmannen äger ensam rätten att framställa exemplar av sitt verk och han äger tillika rätten att sprida exemplaren till allmänheten, t.ex. genom försäljning, uthyrning eller utlåning. Spridning förutsätter att åtgärden är riktad till allmänheten. Tillgängliggöranden i digitala nätverk aktualiserar inte spridningsrätten då det i dessa fall är fråga om en möjlighet till kopiering och inte om överföring av fysiska exemplar.³⁵

Visningsrätten (iii) har sin största betydelse vad gäller bildkonstverk. Visningen kan ske direkt eller indirekt, t.ex. via film eller TV. I en IT-miljö torde visningsrätten ha störst betydelse vad gäller tillgängliggöranden av fysiska verk via bildskärm.³⁶

Det bör noteras att de ekonomiska rättigheterna, till skillnad från de ideella, kan överlåtas till annan (27 § URL).

2.5.2 De ideella rättigheterna

Upphovsmannens ideella rättigheter framgår av 3 § URL. Dessa rättigheter innefattar dels en rätt för upphovsmannen att bli namngiven i samband med att verket utnyttjas (namngivningsrätten) och dels en rätt att motsätta sig att verket ändras eller görs tillgängligt i en form eller i ett sammanhang som är kränkande för upphovsmannens litterära eller konstnärliga egenart (respekt-rätten).

De ideella rättigheterna kan, till skillnad från de ekonomiska, inte överlåtas (27 § URL). Upphovsmannen kan emellertid välja att avstå från dem. Ett sådant avstående är bindande endast såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket (3 § 3 st URL).

³⁴ Jfr Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 256.

³⁵ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 257.

³⁶ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 258 ff.

2.6 Inskränkningar i upphovsrätten

Upphovsrättslagens skydd för upphovsmannens ensamrätt till sitt verk är förhållandevis omfattande. Mot upphovsmannens intresse av ensamrätt står vissa andra intressen, t.ex. allmänhetens intresse av ett brett informationssinnehall, ett tillgodoseende av den enskilde individens rent praktiska behov och skyddet för den enskildes personliga integritet.

Upphovsrättslagens andra kapitel innehåller med anledning härav en rad inskränkningar i den ekonomiska ensamrätten.³⁷ Dessa inskränkningar syftar till att göra en avvägning mellan nämnda intressen. Med andra ord ger dessa bestämmelser vissa personer rätt att vidta ett antal åtgärder som enligt huvudregeln är förbehållna upphovsmannen. De ideella rättigheterna skall emellertid alltid iaktas (11 § URL).

Tre huvudgrupper av inskränkningar kan urskiljas:³⁸

- a) Regler som ger möjlighet till fritt utnyttjande av verk utan att tillstånd eller ekonomisk ersättning är nödvändig, t.ex. 12 § URL (se avsnitt 2.7).
- b) Regler om avtalslicenser, d.v.s. kollektiva avtal mellan brukare av verk och en organisation som företräder upphovsmän på det aktuella området, vilka ges verkan för såväl avtalsparter som utomstående, t.ex. 13 § URL.
- c) Regler om tvångslicenser, vilka ger rätt till ett begränsat utnyttjande av verk mot vederlag som bestäms av parterna eller av domstol, t.ex. 18 § URL. Tillstånd till användningen behöver inte inhämtas i förväg.

Inskränkningarna i upphovsrättslagen har sedan länge tillämpats restriktivt av domstolarna.³⁹ Bakom detta faktum ligger naturligtvis uppfattningen att en ändamålsenlig tillämpning av inskränkningarna aldrig får leda till att skyddade verk utnyttjas i ekonomisk konkurrens med upphovsmannen.

Det ligger utanför ramen för denna framställning att göra en fullständig genomgång av lagens samtliga inskränkningar. Jag kommer i stället att koncentrera mig på den inskränkning som är av särskild betydelse för det föreliggande arbetet, nämligen rätten att framställa exemplar för enskilt bruk (12 § URL).⁴⁰

³⁷ Vissa inskränkningar är tillämpliga även på närstående rättigheter. Vilka inskränkningar som är aktuella härvidlag framgår av hänvisningarna i de olika lagrummen i 5 kap. URL.

³⁸ För en mer noggrann genomgång av dessa tre huvudgrupper, se Koktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 162 ff.

³⁹ Rosén, Jan: *Enskilt bruk i nätmiljöer*, JT 2000-01, s. 987-996 (s. 988).

⁴⁰ Se avsnitt 2.7.

2.7 Särskilt om framställning av exemplar för enskilt bruk

Rätten att framställa enstaka exemplar av offentliggjorda verk för sitt enskilda bruk är en mycket betydelsefull, och tillika mycket omdebatterad, inskränkning i upphovsmannens ensamrätt. Denna klassiska inskränkning innebär, som Kocktvedgaard/Levin uttrycker det, att ”upphovsrätten stannar vid hemmets dörr”.⁴¹ Det har ansetts orimligt att upphovsmannen skall kunna kontrollera vad som sker inom den privata sfären.

Tidigare utgjorde rätten att kopiera för enskilt bruk ett tämligen obetydligt intrång i upphovsmannens rättigheter.⁴² Några kännbara förluster var det inte tal om, vilket främst kunde härledas till de tekniska svårigheter som var i fråga. Digitalteknikens framfart och den expansion som Internet genomgått har emellertid förändrat läget radikalt. Exemplar av verk kan i dag framställas på ett helt annat sätt och i en helt annan omfattning än vad som tidigare varit möjligt.

Redan vid tiden före den digitala teknikens genomslag möjliggjorde fotokopieringstekniken att hela böcker kunde kopieras utan någon större arbetsinsats. Kasset- och videobandspelare, vilka i princip finns i varje svenskt hushåll sedan lång tid tillbaka, gjorde det vidare möjligt att med enkelhet framställa exemplar av t.ex. musik- och filmverk.⁴³

På senare år har den tekniska utvecklingen utökat möjligheterna för enskilda att framställa exemplar av verk, inte minst tack vare kraftfullare datorer, den ökade tillgången till bredband⁴⁴, hårddiskar med särdeles stort lagringsutrymme samt effektiva CD- och DVD-brännare.⁴⁵ Dessa faktorer tillsammans med relativt låga priser på nämnd hårdvara samt det faktum att de exemplar som framställas med hjälp av digitaltekniken i de allra flesta fall blir av originalkvalitet har gjort att intresset av att mångfaldiga upphovsrättsligt skyddade verk har ökat markant.

Den mest betydelsefulla bestämmelsen vad avser framställning av exemplar för enskilt bruk återfinns i 12 § URL:

12 § Var och en får framställa enstaka exemplar av offentliggjorda verk för enskilt bruk. Exemplaren får inte användas för andra ändamål.
Första stycket ger inte rätt att
1. uppföra byggnadsverk,

⁴¹ Kocktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 166; jfr NJA II 1961, s. 114.

⁴² Olsson: *Copyright*, s. 142.

⁴³ Andelen av Sveriges befolkning (9-79 år) som 2003 hade tillgång till videobandspelare i hemmet var 87%, se *Medieutveckling 2004*, Radio- och TV-verket, 2004, s. 10.

⁴⁴ Någon officiellt fastställd definition av termen bredband finns ej. Bredband är snarare en beteckning för hög överföringskapacitet vad gäller tele- och datakommunikation; jfr prop. 1999/2000:86, s. 71.

⁴⁵ Andelen av Sveriges befolkning (9-79 år) som 2003 hade tillgång till dator i hemmet var 79%, se *Medieutveckling 2004*, Radio- och TV-verket, 2004, s. 10.

2. framställa exemplar av datorprogram, eller
3. framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form.
Första stycket ger inte heller rätt att för eget bruk låta en utomstående
1. framställa exemplar av musikaliska verk eller filmverk,
2. framställa bruksföremål eller skulpturer eller
3. genom konstnärligt förfarande efterbilda andra konstverk.

Var och en får alltså framställa enstaka exemplar av offentliggjorda verk för enskilt bruk. Bestämmelsen avser alla typer av upphovsrättsligt skyddade verk. Bestämmelsen är också genom hänvisningar i 5 kap. URL giltig vad gäller närstående rättigheter, t.ex. utövande konstnärers framföranden (54 § URL) samt för upptagningar gjorda av framställare av ljud- eller bildupptagningar (46 § URL).⁴⁶

I paragrafens andra stycke stadgas tre inskränkningar i rätten att framställa exemplar för enskilt bruk. Exempelvis är det inte tillåtet att framställa exemplar av datorprogram. Det är ej heller tillåtet att för enskilt bruk framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form, d.v.s. databaser. Att göra en papperskopia av en digital sammanställning är emellertid tillåtet.⁴⁷

Det skall här påpekas att rätten att framställa exemplar för enskilt bruk kan inskränkas genom avtal.⁴⁸ Exempelvis innehåller avtal om uthyrning av videofilmer och DVD-filmer i regel en klausul om att kopiering inte får ske för enskilt bruk. En överträdelse av ett sådant villkor medför ansvar för avtalsbrott, ej för upphovsrättsintrång.

Rätten enligt 12 § URL kan emellertid inte upphävas ensidigt av upphovsmannen. I vissa böcker finns inskrivet ett totalt förbud mot fotokopiering. Ett sådant ”förbud” hindrar inte bokens ägare att framställa kopior för enskilt bruk enligt 12 § såvida det inte gjorts till ett direkt villkor då boken köptes.⁴⁹

Det är uppenbart att tolkningen av paragrafens begrepp ”enstaka exemplar”, ”offentliggjorda verk” och ”enskilt bruk” är av central betydelse vad gäller tillämpningen av 12 § URL. Dessa tre rekvisit kommer i det följande att presenteras var för sig. Det är viktigt att hålla i minnet att paragrafen, trots att rekvisiten nedan presenteras åtskilda, måste betraktas som en helhet. Efter genomgången av de tre rekvisiten kommer en presentation av kassettersättningen att göras.

2.7.1 Enstaka exemplar

En viktig avgränsning i rätten till framställning för enskilt bruk är den att endast enstaka exemplar får framställas. Hur många exemplar som är att

⁴⁶ Det skall här noteras att 45, 46 och 48 §§ URL hänvisar till 12 § URL i sin helhet, medan 49 och 49 a § endast hänvisar till delar av bestämmelsen.

⁴⁷ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 267.

⁴⁸ Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 117.

⁴⁹ Olsson: *Copyright*, s. 138; NJA 1939 s. 592.

betrakta som enstaka får avgöras från fall till fall. Innebörden i uttrycket anses variera beroende på vilken verkstyp som är i fråga. Normalt anses att ett eller ett par exemplar får framställas.

Om det är fråga om verk som trycks upp i tusentals exemplar får det emellertid anses vara tillåtet att framställa upp till ett tiotal exemplar för enskilt bruk. Att en visa som redan tryckts i tusentals exemplar och är allmänt känd mångfaldigas i ett tiotal exemplar för en privat fest anses exempelvis vara inom lagens ramar.⁵⁰ Att framställa mer än ett tiotal exemplar skulle dock strida mot den rent språkliga innebörden av ordet ”enstaka”.⁵¹

2.7.2 Offentliggjorda verk

För att ett exemplar av ett verk skall få framställas med stöd av 12 § URL krävs att det är fråga om ett verk som är offentliggjort. Enligt 8 § 1 st URL anses ett verk offentliggjort då det lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten. Av 2 § 3 st URL följer att verket kan göras tillgängligt för allmänheten genom att framföras offentligt, spridas till allmänheten (t.ex. genom att utbjudas till försäljning) eller visas offentligt.⁵²

En intressant och kontroversiell fråga är huruvida man utöver kravet på att verket är offentliggjort kan ställa särskilda krav på förlagan för den enskilda kopieringen, d.v.s. på det exemplar som kopieras. Frågan är med andra ord om just det exemplar som kopieras måste ha gjorts tillgängligt lovligen, d.v.s. med upphovsmannens samtycke eller enligt lag. Denna fråga har inte minst aktualiserats i samband med den omfattande nedladdning av verk från Internet som i dag är för handen, t.ex. genom fildelningsprogram⁵³ som Napster och Kazaa. De verk som figurerar i dessa sammanhang har inte sällan gjorts tillgängliga olovligen.

Rättsläget härvidlag är något oklart. Lindberg/Westman menar exempelvis att en sådan begränsning inte kan anses framgå av ordalydelsen i 12 § URL och att det dessutom förefaller svårt att intolka ett sådant dolt rekvisit i bestämmelsen.⁵⁴ Samma ståndpunkt har intagits av justitieminister Thomas Bodström.⁵⁵ Rosén menar å andra sidan att det förhållandet att ett verk är offentliggjort någonstans någon gång inte rimligen kan medföra att olagliga

⁵⁰ I RH 1996:32 ansågs emellertid inte mångfaldigande av en så kallad pressklippstidning i cirka 30 exemplar till olika förvaltningar inom en kommun ha skett för enskilt bruk.

⁵¹ Avsnittet bygger i sin helhet på Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 115; NJA II 1961, s. 115 f.

⁵² Se avsnitt 2.5.1.

⁵³ Med fildelningsprogram avses datorprogram som möjliggör för användaren att via Internet dela med sig av filer till andra användare som använder identisk programvara samtidigt som han eller hon kan ladda ned filer som andra användare delar med sig av.

⁵⁴ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 266.

⁵⁵ Skriftligt svar på fråga 2000/01:364 om upphovsrätten (Justitieminister Thomas Bodström), Sveriges riksdag, 2000-12-14.

kopior senare bildar underlag för en lagenlig exemplarframställning för enskilt bruk, åtminstone inte i digitala nätmiljöer och med avseende på kopieringskänsliga kulturprodukter.⁵⁶ Stor oenighet råder sålunda i denna ytterst betydelsefulla fråga.

2.7.3 Enskilt bruk

Exemplarframställning enligt 12 § URL får endast ske för enskilt bruk. Med enskilt bruk menas som huvudregel att exemplarframställningen sker för framställarens eget behov eller åt hans eller hennes närmaste familje- eller vänkrets, t.ex. för studieändamål eller för nöjes skull.⁵⁷

Enskilt bruk omfattar även utnyttjanden som sker inom mindre, helt slutna föreningar av privat och personlig karaktär. Utnyttjanden inom större sammanslutningar där den privata prägel saknas och där medlemskapet är öppet för alla omfattas emellertid inte.⁵⁸

Att bruket inte är enskilt då det sker som ett led i förvärvsverksamhet torde stå klart.⁵⁹ Vidare är juridiska personer helt uteslutna från paragrafens tillämpningsområde. För fysiska personer omfattas emellertid även viss arbetsanknuten verksamhet av begreppet enskilt bruk. Det är således tillåtet att i sitt arbete framställa enstaka kopior t.ex. av tidskriftsartiklar eller av utdrag ur facklitterära verk, både för eget och för enstaka kollegors bruk.⁶⁰

I sistnämnda fall torde dock krävas att det föreligger en personlig koppling mellan den som framställer kopiorna och den till vilken exemplaren ges.⁶¹ Det krävs också att initiativet till exemplarframställningen kommer från den enskilde själv och inte från arbetsgivaren.⁶² I detta sammanhang bör noteras att kopiering för undervisningsändamål faller under bestämmelsen i 13 § URL och således är föremål för avtalslicens.

De exemplar som framställs för enskilt bruk får inte användas för andra ändamål. Detta framgår explicit av 12 § 1 st URL. Exempelvis får ett exemplar som är framställt för enskilt bruk inte spridas till någon som ej faller inom ramen för det enskilda bruket. Ej heller får ett sådant exemplar bilda underlag för klart kommersiella utnyttjanden, t.ex. försäljning eller uthyrning. Ett exemplar som lagligen framställts enligt 12 § URL kan

⁵⁶ Rosén, JT 2000-01, s. 994.

⁵⁷ Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 115; NJA II 1961, s. 114.

⁵⁸ Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 115; NJA II 1961, s. 115.

⁵⁹ Koktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 167; NJA II 1961, s. 115.

⁶⁰ Se prop. 1992/93:214, s. 51; jfr Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 115 f.

⁶¹ Koktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 167.

⁶² Rosén, JT 2000-01, s. 988. Nordell poängterar att ett verk som framställts för enskilt bruk i enlighet med 12 § URL inte ens får bilda underlag för ytterligare exemplarframställning för enskilt bruk, se Nordell, Per Jonas: *Rätten till det visuella*, 1997, s. 219.

således likväl vara otillåtet om det sedermera används på annat sätt än för enskilt bruk.⁶³

Exemplar för enskilt bruk får framställas inte bara av den person som önskar erhålla en kopia utan också, på uppdrag av denne, av någon annan utanför den närmaste familje- eller vänkretsen.⁶⁴ Det talas i detta sammanhang ofta om ”utomstående medhjälp”.⁶⁵ Det spelar i princip ingen roll om den utomstående medhjälparen erbjuder exemplarframställningen inom ramen för en yrkesmässig verksamhet eller under andra förhållanden.⁶⁶ Det skall i detta sammanhang noteras att det i 12 § 3 st URL stadgas några viktiga begränsningar i rätten att anlita utomstående medhjälp. Det är exempelvis inte tillåtet att låta en utomstående framställa exemplar av musikaliska verk eller filmverk (1 p).

I princip är det ej heller nödvändigt att den som önskar framställa ett exemplar för enskilt bruk själv innehar förlagan. Högsta domstolen har i ett rättsfall, NJA 1984 s. 304, gjort vissa klargöranden i denna fråga. Domstolen menade att det för tillämpning av 12 § URL inte generellt kan krävas att underlaget tillhandahålls av beställaren. Man måste i stället utgå från att det är godtagbart att den som anlitas för själva framställningen också tillhandahåller underlaget. HD konstaterade dock att bestämmelsen måste antas innebära att, i vart fall vid anlitan av någon utomstående som yrkesmässigt ägnar sig åt att gå allmänheten till handa med kopiering eller liknande framställning, underlaget skall tillhandahållas av beställaren.⁶⁷

2.7.4 Kassettersättning

För att i viss mån kompensera för den i 12 § URL tillåtna kopieringen fann regeringen det angeläget att införa en regel om rätt till ersättning för upphovsmän vid tillverkning och införsel av anordningar för ljud- eller bildupptagningar, så kallad kassettersättning.⁶⁸ Regeln infördes den 1 januari 1999 och återfinns i 26 k § URL.⁶⁹

Här stadgas att upphovsmän till skyddade verk som har sänts ut i ljudradio eller television eller som har getts ut på anordningar genom vilka de kan återges har rätt till ersättning då en näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet tillverkar eller till landet inför anordningar på

⁶³ Se Rosén, JT 2000-01, s. 988.

⁶⁴ Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 116 f.; NJA II 1961, s. 116.

⁶⁵ Rättsligt sett är det i dessa fall beställaren som betraktas som framställare och som bär ansvaret för att framställningen är tillåten, se Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 117; NJA II 1961, s. 116.

⁶⁶ Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 117; NJA II 1961, s. 116.

⁶⁷ NJA 1984 s. 304. Högsta domstolens återgivna resonemang återfinns på s. 309 f.

⁶⁸ Även flertalet närstående rättighetshavare omfattas av kassettersättningen, se de olika lagrummen i 5 kap. URL.

⁶⁹ Lag (1998:1552) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

vilka ljud eller rörliga bilder kan tas upp och som är särskilt ägnade för framställning av exemplar för enskilt bruk.⁷⁰ Således innebär 26 k § URL att alla oinspelade kassetter, inspelningsbara CD-romskivor etc. beläggs med en civilrättslig avgift.⁷¹ Liknande lagstiftning finns i flertalet europeiska länder.⁷²

Att kassettavgiften är av civilrättslig karaktär innebär i princip att det åligger den ersättningsberättigade att inkassera avgiften. Det ansågs emellertid inte realistiskt att överlåta till den enskilde rättsinnehavaren att kräva in ersättningen.⁷³ I stället stadgar 26 k § URL att endast organisation som företräder ett flertal ersättningsberättigade har rätt att kräva in ersättningen. Organisationen skall kräva in ersättningen och fördela den mellan de ersättningsberättigade.⁷⁴

⁷⁰ Ersättningen uppgår till två öre för varje inspelningsbar minut, dock högst sex kronor för varje anordning. Vissa undantag föreligger, t.ex. för anordningar som skall användas till annat än just framställning av exemplar för enskilt bruk.

⁷¹ En sammanställning över de anordningar som omfattas av kassettersättningen återfinns på Copyswedes webbplats <<http://www.copyswede.se/default.asp?ML=2190>>.

⁷² Se Koskinen-Olsson, Tarja: *Begreppet "privatkopiering" i nordisk upphovsrätt i ljuset av den internationella och europeiska utvecklingen under de senaste åren*, NIR 2001, s. 633-644 (s. 637).

⁷³ Prop. 1997/98:156, s. 25.

⁷⁴ I Sverige företräds de ersättningsberättigade av organisationen Copyswede, som är en upphovsrättslig paraplyorganisation vars 14 medlemsorganisationer tillsammans är representativa för flertalet kategorier av upphovsmän och utövande rättighetshavare. För vidare information, se Copyswedes webbplats <<http://www.copyswede.se>>.

3 INFOSOC-direktivet

3.1 Inledning

INFOSOC-direktivet⁷⁵ publicerades i Europeiska gemenskapens officiella tidning den 21 juni 2001.⁷⁶ Medlemsstaterna skulle senast den 22 december 2002 ha genomfört de ändringar i nationell lagstiftning som var nödvändiga för direktivets efterlevnad.⁷⁷ Det var emellertid endast Danmark och Grekland som implementerade direktivet inom den utsatta tiden.

INFOSOC-direktivet var vid dess tillkomst det sjätte i ordningen inom EU på upphovsrättens område.⁷⁸ Det var emellertid det första övergripande direktivet i den bemärkelsen att det gäller för samtliga upphovsmän. Tidigare direktiv har endast tagit sikte på vissa grupper av rättighetsinnehavare eller på vissa delområden inom upphovsrätten, t.ex. skydd för datorprogram⁷⁹.

Ett viktigt syfte med INFOSOC-direktivet är att införliva bestämmelserna i WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT)⁸⁰ och WIPO-fördraget om framträdanden och fonogram (WPPT)⁸¹ i EU:s medlemsstater.⁸² För att EU skall kunna ansluta sig till nämnda fördrag måste lagstiftningen inom hela unionen vara förenlig med dem.⁸³ Detta anknyter till ett annat viktigt syfte bakom direktivet, nämligen att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning på upphovsrättens område.⁸⁴

INFOSOC-direktivet innehåller för det första regler som fastställer upphovsrättens och de närstående rättigheternas omfattning, för det andra en uppräknning av uttömmade undantag och inskränkningar som medlemsstaterna i de flesta fall fritt kan välja att implementera och för det tredje en rad detaljerade regler om skydd för tekniska åtgärder. Dessa regler kommer

⁷⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

⁷⁶ EGT L 167, 22.6.2001, s. 10 (Celex 32001L0029).

⁷⁷ Artikel 13.1.

⁷⁸ För närvarande föreligger sju direktiv på upphovsrättens område. För en översikt över dessa, se Koktvedgaard och Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s. 49 f.

⁷⁹ Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

⁸⁰ WIPO Copyright Treaty. Konventionen återfinns t.ex. i Ficsor, Mihály: *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, s. 711 ff.

⁸¹ WIPO Performances and Phonograms Treaty. Konventionen återfinns t.ex. i Ficsor: *The Law of Copyright and the Internet*, s. 721 ff.

⁸² WIPO står för World Intellectual Property Organisation och är en s.k. Special Agency under FN. För vidare information, se WIPO:s webbplats, <<http://www.wipo.org>>.

⁸³ Se stycke 15 i ingressen; jfr Rosén, NIR 2001, s. 583.

⁸⁴ Jfr stycke 1 i ingressen.

att presenteras i föreliggande kapitel.⁸⁵ Särskild vikt kommer att läggas på regleringen av mångfaldigande för privat bruk (avsnitt 3.4). Noteras bör att direktivet enligt artikel 1.1 lägger särskild tonvikt på det rättsliga skyddet för upphovsrätten i informationssamhället.

3.2 Direktivets rättigheter

I artiklarna 2-4 presenteras en rad rättigheter som med ensamrätt skall tillerkännas upphovsmän och i vissa fall även närstående rättsinnehavare.⁸⁶ Rosén konstaterar helt korrekt att de tre bestämmelserna i INFOSOC-direktivet i sin helhet inte kan uppfattas som nyheter från svensk synvinkel, utan att de snarare i väsentliga delar får betraktas som incitament till sådan ”ökad klarhet i rättsligt hänseende” som uttalas i stycke 4 i ingressen.⁸⁷

3.2.1 Rätten till mångfaldigande (artikel 2)

Direktivets artikel 2 föreskriver en ensamrätt till mångfaldigande⁸⁸ för upphovsmän och för innehavare av närstående rättigheter. Ensamrätten omfattar varje form av mångfaldigande: direkt eller indirekt, tillfällig eller permanent, oavsett metod eller form och oavsett om det sker helt eller delvis. Artikel 2 är som synes synnerligen omfattande till sin natur. Den tycks inbegripa alla former av mångfaldigande.

3.2.2 Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten (artikel 3)

Enligt punkt 1 i artikel 3 skall upphovsmän tillerkännas en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring av sina verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg.⁸⁹ Det framhålls särskilt att stadgandet även inbegriper en ensamrätt att göra verk tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en

⁸⁵ I detta kapitel finns endast utrymme för en kortare presentation. För en mer utförlig genomgång av INFOSOC-direktivet, se Rosén, NIR 2001, s 583-603 eller Kyst, Ugeskrift för retsväsen 2001/3, s. 305-315.

⁸⁶ I föreliggande arbete kommer tyngdpunkten att ligga på regleringen av upphovsmännens ensamrätt.

⁸⁷ Rosén, NIR 2001, s. 585 f.

⁸⁸ Termen mångfaldigande får anses vara synonym med termen exemplarframställning. Dessa begrepp kommer därför att användas synonymt i den fortsatta framställningen, jfr Ds 2003:35, s. 79.

⁸⁹ Närstående rättigheter behandlas i punkt 2.

tidpunkt som de själva väljer. Sistnämnda företeelse kallas ofta för att göra verk tillgängliga på begäran.

Upphovsmännens rätt till överföring av verk kommenteras i punkt 23 i ingressen. Här sägs att nämnda rätt ”bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker”. Som exempel på överföringar kan nämnas utsändning av skyddade verk genom en radio- eller televisionsutsändning eller när ett verk görs tillgängligt på Internet.

3.2.3 Rätten till spridning (artikel 4)

Upphovsmän skall enligt artikel 4 tillerkännas en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten av originalet av sina verk eller av kopior av detta. Spridningen kan enligt bestämmelsen ske genom försäljning eller på annat sätt. Med uttrycket ”annat sätt” skall förstås alla övriga former av överlåtelser, t.ex. byte och gåva.⁹⁰ Bestämmelsen gäller enbart för upphovsmän och sålunda ej för närstående rättsinnehavare.⁹¹

3.3 Direktivets undantag och inskränkningar

Direktivets artikel 5 rymmer ett stort antal undantag från och inskränkningar i de ensamrätter som presenterats i avsnitt 3.2.⁹² Från att tidigare i artiklarna 2-4 ha angivit ensamrättigheterna i tämligen vida ramar ändrar direktivet nu till viss del karaktär och blir i artikel 5 betydligt mer detaljerat.⁹³

Den lista med undantag och inskränkningar som framträder i artikel 5 utgör en uttömmande förteckning över vilka inskränkningar som får förekomma i nationell rätt.⁹⁴ Medlemsstaterna får alltså inte ha några inskränkningar som går utöver vad som medges i artikel 5 i INFOSOC-direktivet.⁹⁵ Dock måste bestämmelserna nödvändigtvis inte, med undantag för artikel 5.1, införlivas med nationell rätt. I stället stadgas att de ”får” föreskrivas av medlemsstaterna.

⁹⁰ Kyst, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 308.

⁹¹ Rätten till spridning för närstående rättsinnehavare stipuleras i stället i artikel 9 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet (92/100/EEG).

⁹² I svensk rätt skiljer vi traditionellt mellan undantag från upphovsrättsligt skydd för vissa typer av verk (9 § URL) och inskränkningar i upphovsrättsligt skydd för vissa typer av förfoganden (2 kap. URL). Artikel 5 i INFOSOC-direktivet omfattar enligt denna terminologi endast inskränkningar i upphovsrätten. Därför kommer termen inskränkningar att användas fortsättningsvis i framställningen.

⁹³ Det skall redan här noteras att artikeln enligt stycke 50 i ingressen ej skall tillämpas på datorprogram.

⁹⁴ Stycke 32 i ingressen.

⁹⁵ Se Ds 2003:35, s. 69.

Samtidigt stadgar dock stycke 52 i ingressen till INFOSOC-direktivet att ”medlemsstaterna bör nå samstämmighet i tillämpningen” vad beträffar inskränkningarna. Hur denna önskan överensstämmer med det stora fakultativa inslaget i artikel 5 är för mig svårt att förstå. Rosén hyser också stor skepsis till att direktivets inskränkningar, vilka onekligen ger ensamrättigheterna sitt reella innehåll, de facto skulle kunna tänkas åstadkomma harmoniserade regler i medlemsstaterna. Han menar att reglerna ger ett allt för stort utrymme för tolkning och att de spänner över en alldeles för stort fält för att medlemsstaterna skall kunna nå samstämmiga lösningar.⁹⁶

Samtliga inskränkningar är underkastade den så kallade trestegsregeln i artikel 5.5. Denna regel innebär att inskränkningarna i artikel 5 endast får tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen.

Det vore en omöjlighet att inom ramen för denna framställning göra en fullständig genomgång av samtliga bestämmelser i artikel 5. Jag kommer därför endast att kortfattat presentera artikelns inskränkningar. Däremot kommer jag i avsnitt 3.4 att mera noggrant redogöra för de bestämmelser som berör regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk, d.v.s. artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet.

3.3.1 Tillfälliga former av mångfaldigande i tekniska processer (artikel 5.1)

Artikel 5.1 utgör den enda av direktivets inskränkningar som är tvingande för alla medlemsstater. Enligt denna inskränkning skall medlemsstaterna föreskriva att tillfälliga mångfaldiganden som uppfyller vissa i artikeln stipulerade villkor inte ingår i ensamrätten till mångfaldigande enligt artikel 2.⁹⁷ Något förenklat skall det vara fråga om tillfälligt mångfaldigande av underordnad betydelse som utgör ett led i en teknisk process, enbart i syfte att möjliggöra överföring i ett nät eller en laglig användning och som saknar självständig ekonomisk betydelse.

Det tydligaste exemplet på denna form av tillfälliga fixeringar är troligtvis så kallad cachning. Det är inte ovanligt att service providers, t.ex. Internet-leverantörer, lagrar hela eller delar av populära webbsidor på sina egna servrar under en kortare tid för att på så sätt minska nedladdningstiderna för användarna och samtidigt frigöra överföringskapacitet. Det är denna teknik som kallas cachning och den är mycket utbredd.⁹⁸ Det bör påpekas i detta

⁹⁶ De av Roséns åsikter som är redovisade i detta stycke återfinns i Rosén, NIR 2001, s. 593 f.

⁹⁷ Jfr diskussionen om tillfälliga och flyktiga kopior i avsnitt 2.5.1.

⁹⁸ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 147.

sammanhang att det är förbjudet för service providers att ändra den aktuella informationen.⁹⁹

Artikel 5.1 gäller emellertid inte enbart service providers. Som framgår av stycke 33 i ingressen omfattar bestämmelsen även ”webbläsning”. Exemplar som framställs i samband med ett besök på en webbplats undantas alltså också från ensamrätten.¹⁰⁰

3.3.2 Vissa former av mångfaldigande (artikel 5.2)

I artikel 5.2 ingår en uppräknig av inskränkningar som medlemsstaterna får föreskriva i den rätt till mångfaldigande som stadgas i artikel 2.

I artikel 5.2 a regleras fotokopiering och andra motsvarande metoder som möjliggör mångfaldigande på papper och andra liknande medium.¹⁰¹ Sådant mångfaldigande får undantas från ensamrätten i artikel 2 under förutsättning att rättsinnehavarna erhåller rimlig kompensation. Bestämmelsen gäller dock inte notblad. Här lämnas allmänhetens möjlighet till analog kopiering tämligen öppen, t.ex. görs inte någon avgränsning till enskildas kopierande. Någon bestämd berättigad personkrets finns alltså ej angiven. Bestämmelsen torde därför omfatta såväl fysiska personer som juridiska personer och institutioner etc.¹⁰²

Artikel 5.2 b är den för denna framställning mest centrala artikeln. Den kommer därför att behandlas separat i avsnitt 3.4.

Artikel 5.2 c reglerar särskilda fall av institutionellt mångfaldigande, t.ex. på bibliotek. Artikel 5.2 d behandlar kortvariga upptagningar som görs av radio- och televisionsföretag. Artikel 5.2 e omfattar sociala institutioner, t.ex. sjukhus, mångfaldigande av radio- och televisionssändningar. Dessa tre artiklar kommer ej att behandlas närmare i denna framställning.

3.3.3 Vissa former av mångfaldigande, överföring och tillgängliggörande (artikel 5.3)

Artikel 5.3 innehåller en omfattande uppräknig av undantag som medlemsstaterna får föreskriva från artiklarna 2 och 3. Rosén menar att åtskilliga av dessa potentiella inskränkningar redan torde vara väl etablerade i nationell rätt.¹⁰³ Implementeringsprocessen behöver därför inte bli så komplicerad som graden av detaljering och mängden bestämmelser antyder.

⁹⁹ Stycke 33 i ingressen.

¹⁰⁰ Lindberg och Westman: *Praktisk IT-rätt*, s. 254 f.

¹⁰¹ Någon motsvarande reglering återfinns ej i upphovsrättslagen.

¹⁰² Kyst, *Ugeskrift for retsvæsen* 2001/3, s. 310.

¹⁰³ Rosén, *NIR* 2001, s. 598.

I stället bör sannolikt det största problemet för den nationelle lagstiftaren vara att nationell lag innehåller inskränkningar som inte faller inom ramen för artikeln. Då artikel 5 som helhet är uttömmande¹⁰⁴ är denna typ av inskränkningar otillåtna.¹⁰⁵

3.4 Särskilt om mångfaldigande för privat bruk (artikel 5.2 b)

Enligt artikel 5.2 b får medlemsstaterna föreskriva inskränkningar från den rätt till mångfaldigande som stadgas i artikel 2 i följande fall:

- b) För mångfaldigande på alla typer av medier utfört av en fysisk person för privat bruk och där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt, under förutsättning att rättsinnehavarna får rimlig kompensation varvid hänsyn skall tas till huruvida de tekniska åtgärder som avses i artikel 6 har tillämpats på det berörda verket eller alstret eller inte.¹⁰⁶

Det är således denna artikel som får anses motsvara regleringen i 12 § URL. I påföljande avsnitt (3.4.1-3.4.3) följer en genomgång av artikelns olika rekvisit. Det sker huvudsakligen med hjälp av en genomgång av de diskussioner som fördes under ärendets gång från det att Europeiska kommissionen väckte förslag till direktiv i januari 1998.¹⁰⁷ Diskussionerna låter ana att artikel 5.2 b troligen var den artikel som utgjorde den svåraste stötestenen under direktivets tillkomst.¹⁰⁸

Rekvisiten ”privat bruk”, ”där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt” och ”rimlig kompensation” kommer att behandlas var för sig. Det är dock viktigt att framhålla, vilket också kommer att framgå av den fortsatta framställningen, att rekvisiten är beroende av varandra och att artikeln därför måste betraktas som en helhet.

¹⁰⁴ Stycke 32 i ingressen.

¹⁰⁵ Notera dock artikel 5.3 o. Denna bestämmelse gör det möjligt för medlemsstaterna att bevara vissa inskränkningar av mindre betydelse såvida de redan återfinns i nationell lagstiftning. En förutsättning är att inskränkningarna berör analog användning och inte påverkar den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU.

¹⁰⁶ Engelsk lydelse: ”In respect of reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes account of the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject-matter concerned.”

¹⁰⁷ KOM(97) 628 slutlig. EGT C 108, 7.4.98, s. 6 (Celex 51997PC0628). Vid antagandet av INFOSOC-direktivet tillämpades medbeslutandeproceduren i artikel 251 EG.

¹⁰⁸ Se Rosén, NIR 2001, s. 596.

3.4.1 Privat bruk

Ett mångfaldigande skall vara utfört ”av en fysisk person för privat bruk” för att omfattas av inskränkningen i artikel 5.2 b.¹⁰⁹

Kommissionens ursprungliga förslag innehöll exakt samma lydelse i denna specifika del.¹¹⁰ Parlamentet önskade emellertid i sitt yttrande vid den första behandlingen ändra lydelsen till att omfatta mångfaldiganden utförda ”av en fysisk person för strikt personligt privat bruk”.¹¹¹

Det är uppenbart att detta vore en något snävare reglering än den som ursprungligen föreslogs av kommissionen. ”Strikt personligt privat bruk” antyder att bruket endast får vara avsett för just den person som står för själva mångfaldigandet. Eventuellt skulle bestämmelsen kunna tolkas så att den även gällde den personens hushåll. Att även t.ex. vänner och bekanta skulle kunna innefattas anser jag dock vara uteslutet.

Efter parlamentets yttrande vid den första behandlingen lade kommissionen fram ett ändrat förslag.¹¹² Lydelsen ändrades här till ”av en fysisk person för rent privat bruk”. Huruvida det materiellt sett föreligger någon skillnad mellan denna lydelse och den som parlamentet föreslog, ”av en fysisk person för strikt personligt privat bruk”, är svårt att avgöra. Ändringen nämns emellertid inte alls i den annars relativt utförliga motiveringen.¹¹³ Jag utgår därför från att någon större materiell ändring ej åsyftades.

Ärendet överlämnades sedermera till rådet, vilket ej godkände förslaget utan i stället antog ett ändringsförslag, en så kallad gemensam ståndpunkt.¹¹⁴ Detta förslag till ändring i direktivet berörde i allra högsta grad regleringen av mångfaldigande för privat bruk. De tillägg som föreslagits under ärendets gång utelämnades nu. Rådet ansåg att de var överflödiga eller onödigt inskränkande. Den nya föreslagna lydelsen löd ”för en fysisk persons privata bruk”.¹¹⁵

Som synes fick bestämmelsen i rådet en något annorlunda utformning i den bemärkelsen att prepositionen ”av” ersattes av prepositionen ”för”. Denna ändring gjordes för att utvidga artikelns tillämpningsområde till att ej endast omfatta mångfaldigande utfört av en fysisk person utan även mångfaldigande utfört av någon utomstående för en fysisk persons räkning.¹¹⁶

¹⁰⁹ Då rekvisitet ”av en fysisk person” under INFOSOC-direktivets framväxt varit starkt kopplat till rekvisitet ”privat bruk” behandlas även det förstnämnda i detta avsnitt.

¹¹⁰ KOM(97) 628 slutlig. EGT C 108, 7.4.98, s. 6 (Celex 51997PC0628).

¹¹¹ EGT C 150, 28.5.1999, s. 171 (Celex 51999AP0026). Se ändringsförslag 36 och 37.

¹¹² KOM(1999) 250 slutlig. EGT C 180, 25.6.1999, s. 6 (Celex 51999PC0250).

¹¹³ Motiveringen återfinns endast i Celex (se fotnot 39 ovan).

¹¹⁴ EGT C 344, 1.12.2000, s. 1 (Celex 52000AG0048).

¹¹⁵ EGT C 344, 1.12.2000, s. 1 (Celex 52000AG0048). Motiveringen återfinns på s. 17.

¹¹⁶ EGT C 344, 1.12.2000, s. 1 (Celex 52000AG0048). Motiveringen återfinns på s. 17.

Vid parlamentets andra behandling avvisades den senast nämnda av rådets ändringsförslag utan att vidare kommenteras. Lydelsen kom således åter att bli ”av en fysisk person för privat bruk”.¹¹⁷

När kommissionen avgav sitt slutliga yttrande avseende parlamentets ändringsförslag godtogs den föreslagna lydelsen, ”av en fysisk person för privat bruk”.¹¹⁸ Kommissionen menade dock att ordet ”av” skulle medge att en kopia framställdes för, eller på begäran av, en fysisk person för privat bruk, t.ex. genom att någon utomstående tillhandahåller nödvändiga tekniska hjälpmedel för att framställa sådana kopior.

Ändringen av definitionen av mångfaldigande för privat bruk tycks alltså stämma överens med räckvidden i inskränkningen såsom det formulerades i rådets gemensamma ståndpunkt, vilket också var kommissionens uppfattning.

Slutligen antogs således också den av parlamentet föreslagna och den av kommissionen godtagna lydelsen av rådet, varpå INFOSOC-direktivet fick sin nuvarande lydelse i den här relevanta delen.

3.4.2 Varken direkt eller indirekt kommersiellt syfte

Ett mångfaldigande måste alltså först och främst vara utfört av en fysisk person för privat bruk för att omfattas av artikel 5.2 b. Vidare stadgas att det skall vara fråga om mångfaldigande ”där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt”.

Denna lydelse tillkom relativt sent i arbetet med INFOSOC-direktivet. I kommissionens ursprungliga förslag stadgades att det skulle vara fråga om mångfaldigande för privat bruk och ”i icke-kommersiellt syfte”.¹¹⁹ Detta uttryckssätt behölls sedan utan att vidare kommenteras i såväl parlamentets yttrande vid den första behandlingen¹²⁰ som i kommissionens ändrade förslag¹²¹ och rådets gemensamma ståndpunkt¹²².

Inför parlamentets andra behandling föreslog det då ansvariga utskottet, utskottet för rättsliga frågor och den inre marknaden, att lydelsen skulle ändras till den som är för handen i det slutgiltiga direktivet. Emellertid poängterades i motiveringen att det inte var fråga om en ändring i materiellt

¹¹⁷ EGT C 276, 1.10.2001, s. 121 (Celex 52001AP0043).

¹¹⁸ KOM(2001) 170 slutlig (Celex 52001PC0170). Motiveringen återfinns på s. 3.

¹¹⁹ KOM(97) 628 slutlig. EGT C 108, 7.4.98, s. 6 (Celex 51997PC0628).

¹²⁰ EGT C 150, 28.5.1999, s. 171 (Celex 51999AP0026).

¹²¹ KOM(1999) 250 slutlig. EGT C 180, 25.6.1999, s. 6 (Celex 51999PC0250).

¹²² EGT 344, 1.12.2000, s. 1 (Celex 52000AG0048).

avseende utan enbart ett förtydligande i syfte att i största möjliga mån undvika osäkerhet.¹²³

Den föreslagna ändringen antogs sedermera av parlamentet vid dess andra behandling.¹²⁴ Kommissionen godtog därefter parlamentets ändringsförslag och klargjorde att avsikten med den nu aktuella ändringen just var att klarlägga räckvidden av privat bruk och ej att utvidga bestämmelsens tillämpningsområde.¹²⁵

Lydelsen antogs därefter av rådet och INFOSOC-direktivet fick sin nuvarande lydelse i den här relevanta delen.

3.4.3 Rimlig kompensation

Det är sålunda konstaterat att artikel 5.2 b kräver att ett mångfaldigande skall vara utfört av en fysisk person för privat bruk utan varken direkt eller indirekt kommersiellt syfte. En ytterligare förutsättning är att rättshavaren ”får rimlig kompensation”.

Att någon form av kompensation skulle kunna vara en förutsättning för inskränkningen för mångfaldigande för privat bruk uppmärksammades tidigt under INFOSOC-direktivets framväxt. Visserligen fanns inga sådana antydningar i den egentliga direktivtexten i kommissionens ursprungliga förslag, men i stycke 26 i ingressen förklarades att inskränkningen enligt artikel 5.2 b kunde omfattas av införande eller förlängning av ersättnings-system som kompensation för de skador detta kunde ge för rättighetshavarna då fråga var om analog kopiering.¹²⁶

Vad gäller digital privatkopiering konstaterades att sådan ännu ej var särskilt utbredd och att ytterligare harmonisering i detta inledande skede därför föreföll omotiverad. Kommissionen åtog sig dock att noggrant följa utvecklingen av marknaden för digital privatkopiering i syfte att framgent förbereda lämpliga åtgärder.

Vid tiden för parlamentets yttrande vid första behandlingen hade det skett väldigt mycket på teknikens område. Detta faktum avspeglade sig också tydligt i yttrandet.¹²⁷ Parlamentet menade att analogt mångfaldigande för privat bruk endast skulle vara tillåtet ”under förutsättning att rättighetshavarna erhåller lämplig kompensation” samt att rättighetshavarna vid digitalt mångfaldigande ”för varje digital kopia som görs bör [...] erhålla

¹²³ Andrabehandlingsrekommendation om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet, s. 8 och 17.

¹²⁴ EGT C 276, 1.10.2001, s. 121 (Celex 52001AP0043).

¹²⁵ KOM(2001) 170 slutlig (Celex 52001PC0170).

¹²⁶ KOM(97) 628 slutlig, EGT C 108, 7.4.98, s. 6. (Celex 51997PC0628)

¹²⁷ EGT C 150, 28.5.1999, s. 171 (Celex 51999AP0026).

lämplig kompensation”. Det poängterades också i stycke 26a i ingressen att det blev allt mer nödvändigt och brådskande med en så detaljerad och enhetlig lagstiftning som möjligt avseende avgiftsbestämmelser för privatkopiering.

I kommissionens ändrade förslag godtogs parlamentets ändringsförslag i princip.¹²⁸ Vad gäller analogt mångfaldigande stadgades att sådant fick ske för privat bruk ”under förutsättning att rättsinnehavaren får en skälig ersättning”. Vad gäller digitalt mångfaldigande stadgades att rättsinnehavaren ”för varje privat kopia framställd med hjälp av digital teknik bör [...] garanteras en skälig ersättning”. Någon skillnad i materiellt avseende mellan ”skälig ersättning” och ”lämplig kompensation” tycks inte vara för handen.¹²⁹

Lydelsen godtogs sedermera av rådet, som i sin gemensamma ståndpunkt föreslog att bestämmelsen skulle omfatta mångfaldigande för privat bruk ”under förutsättning att rättsinnehavarna får rimlig kompensation”.¹³⁰ Inte heller här torde det vara fråga om någon skillnad i materiellt avseende jämfört med parlamentets ändringsförslag och kommissionens ändrade förslag.¹³¹

Rådet valde att i stycke 35 i ingressen ge viss vägledning för tillämpningen av begreppet rimlig kompensation. Här framgår exempelvis att särskilda förhållanden i varje enskilt fall bör beaktas såväl vad gäller formen för som nivån på kompensationen. Här stadgas också att det inte behöver krävas någon speciell betalning i de fall då rättsinnehavarna redan har erhållit betalning i någon annan form, t.ex. som en del av en licensavgift. Det stipuleras dessutom att det inte behöver uppkomma någon betalningsskyldighet i situationer där förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt.

Lydelsen godtogs såväl vid parlamentets andra behandling¹³² som i kommissionens ändrade förslag¹³³ och INFOSOC-direktivet fick efter att ha antagits av rådet sin slutgiltiga lydelse i denna del.

¹²⁸ KOM(1999) 250 slutlig. EGT C 180, 25.6.1999, s. 6 (Celex 51999PC0250).

¹²⁹ Det är snarare fråga om en felaktig översättning i de svenska officiella dokumenten. I de engelska versionerna talas nämligen i båda fallen om ”fair compensation”.

¹³⁰ EGT C 344, 1.12.2000, s. 1 (Celex 52000AG0048).

¹³¹ Även här tycks det vara fråga om en felaktig översättning i de svenska officiella dokumenten. I den engelska versionen av rådets gemensamma ståndpunkt talas nämligen också om ”fair compensation”.

¹³² EGT C 276, 1.10.2001, s. 121 (Celex 52001AP0043).

¹³³ KOM(2001) 170 slutlig (Celex 52001PC0170).

3.5 Skydd för tekniska åtgärder (artikel 6)

I takt med digitalteknikens framväxt har upphovsmän och närstående rättsinnehavare med hjälp av olika tekniska åtgärder erhållit nya möjligheter att skydda sina verk mot olovlig kopiering. Artikel 6.1 förpliktar medlemsstaterna att ge ”tillfredsställande rättsligt skydd mot kringgående av effektiva tekniska åtgärder”¹³⁴. Till bestämmelsen är kopplat ett subjektivt rekvisit i det att det krävs att ”personen som utför kringgåendet känner till eller hade skälig anledning att anta att han eller hon utför en sådan handling”.

Medlemsstaterna skall också, enligt artikel 6.2, ge tillfredsställande rättsligt skydd mot vissa förberedande handlingar, nämligen tillverkning, import, spridning, försäljning och andra i artikeln definierade kommersiella utnyttjanden av anordningar eller tjänster som syftar till att kringgå en effektiv teknisk åtgärd under vissa specificerade villkor. Det är alltså här fråga om förberedande handlingar som möjliggör kringgåendet av en teknisk åtgärd.

Begreppet ”teknisk åtgärd” definieras i artikel 6.3. Här klargörs också i vilka fall tekniska åtgärder skall anses vara ”effektiva”. Med teknisk åtgärd avses ”varje teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk förhindra eller begränsa handlingar, med avseende på verk eller andra alster, som inte är tillåtna av innehavaren av enligt lag föreskriven upphovsrätt eller enligt lag föreskrivna till upphovsrätten närstående rättigheter”.

Tekniska åtgärder betraktas enligt den senare delen av artikel 6.3 som effektiva om ”användningen av ett skyddat verk [...] kontrolleras av rättsinnehavarna genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering, om processen uppfyller skyddsändamålet”¹³⁵.

I artikel 6.4, vilken är indelad i fem stycken, regleras förhållandet mellan tekniska åtgärder och bestämmelserna om inskränkningar i artikel 5. Huvudregeln enligt artikel 6.1 är som sagt att effektiva tekniska åtgärder som rättsinnehavaren vidtagit inte får kringgåas. I första stycket i artikel 6.4 föreskrivs emellertid att den som har rätt att utnyttja inskränkningar i enlighet med vissa angivna bestämmelser¹³⁶ i artikel 5 skall kunna utnyttja sådana inskränkningar trots huvudregeln i artikel 6.1.

¹³⁴ I litteraturen används i stället ofta uttrycket ”tekniska skyddsåtgärder”. Jag har emellertid valt att ansluta till den terminologi som används i INFOSOC-direktivet.

¹³⁵ Lydelsen i artikel 6.1-6.3 kan förefalla onödigt diffus. Det skall dock hållas i minnet att bestämmelserna måste vara teknikneutrala då de på lång sikt skall tillämpas på tekniska åtgärder som ännu ej existerar.

¹³⁶ Artikel 5.2 a, 5.2 c-e, 5.3 a-b eller 5.3 e. Artikel 5.2 b omfattas alltså inte.

I första hand är det tänkt att upphovsmän och andra rättsinnehavare genom frivilliga åtgärder skall tillförsäkra de berättigade deras rättigheter, t.ex. genom att tillhandahålla nycklar för kringgående av spärrar. Medlemsstaterna bör enligt stycke 51 i ingressen främja sådana frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida. I andra hand, i avsaknad av frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida, är medlemsstaterna förpliktade att vidta ”lämpliga åtgärder” för att säkerställa den berättigades rätt enligt en inskränkning.

I andra stycket i artikel 6.4 stadgas att medlemsstaterna får vidta åtgärder i enlighet med första stycket även när det gäller en person som har rätt att utnyttja en inskränkning enligt artikel 5.2 b. Direktivet ålägger sålunda inte medlemsstaterna någon skyldighet att vidta dessa åtgärder. Vidare har medlemsstaterna överhuvudtaget ingen rätt att vidta sådana åtgärder om rättsinnehavarna redan möjliggjort mångfaldigande för privat bruk i tillräcklig utsträckning. Rättsinnehavarna har dock enligt bestämmelsen alltid rätt att tekniskt begränsa antalet exemplar vid mångfaldigande.

4 Förslag till ändring i upphovsrättslagen

4.1 Inledning

Den 17 juni 2003 presenterade Justitiedepartementet promemorian ”Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.” (Ds 2003:35). Som titeln antyder är syftet med promemorian att implementera INFOSOC-direktivet i den svenska lagstiftningen. Jag ämnar i föreliggande kapitel att kortfattat presentera de mest grundläggande ändringarna som föreslås i upphovsrättslagen.

Det föreslogs i det svenska lagförslaget att de nya bestämmelserna i upphovsrättslagen skulle träda i kraft den 1 januari 2004. Genomförandet är emellertid ytterligare försenat. Sverige dömdes på grund därav den 18 november 2004 av EG-domstolen för fördragsbrott. EG-domstolen konstaterade att Sverige inte vid utgången av den i INFOSOC-direktivet angivna tidsfristen vidtagit erforderliga åtgärder för att följa direktivet och att man därför gjort sig skyldigt till fördragsbrott.¹³⁷

4.2 Upphovsrättens innehåll

Som framgått i avsnitt 2.5 består det upphovsrättsliga skyddet av två typer av rättigheter: de ekonomiska och de ideella.

INFOSOC-direktivet föranleder enligt Justitiedepartementet inga ändringar vad avser regleringen av de ideella rättigheterna.¹³⁸

Vad gäller de ekonomiska rättigheterna föreslås emellertid relativt många förändringar.¹³⁹ De ekonomiska rättigheterna kan som tidigare redovisats sägas innefatta två förfogandemöjligheter till vilka upphovsmannen har ensamrätt, dels rätten att framställa exemplar av verket och dels rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten.¹⁴⁰ De föreslagna ändringarna vad gäller dessa båda ensamrätter kommer att presenteras i följande avsnitt.

¹³⁷ Mål C-91/04.

¹³⁸ Ds 2003:35, s. 116. Skälen för bedömningen återfinns på s. 116-118.

¹³⁹ Ds 2003:35, s. 79 (exemplarframställning) och s. 88 f. (tillgängliggörande för allmänheten). Skälen för bedömningarna återfinns på s. 79-83 respektive s. 89-112.

¹⁴⁰ Se avsnitt 2.5.1.

4.2.1 Rätten att framställa exemplar av verket

Rätten att framställa exemplar av verk regleras i 2 § URL respektive artikel 2 i INFOSOC-direktivet.¹⁴¹ Regleringen av exemplarframställning i direktivet är betydligt mer detaljerad än i upphovsrättslagen.

I det svenska lagförslaget föreslås för det första att direktivets formulering vad gäller exemplarframställningsrätten införlivas i upphovsrättslagen. Förslaget innebär att det i 2 § 2 st URL anges att ”som framställning av exemplar anses varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket oavsett i vilken form eller med vilken metod det sker och oavsett om det sker helt eller delvis”. Att det i lagtexten explicit anges att tillfälliga exemplar omfattas av upphovsmannens ensamrätt innebär ett värdefullt förtydligande i svensk rätt. Den osäkerhet som tidigare har förelegat vad avser tillfälliga och flyktiga exemplar skulle till följd därav elimineras.¹⁴²

För det andra föreslås att den nuvarande skrivningen i 2 § 2 st URL tas bort. I gällande rätt anges här att såsom exemplarframställning anses även att verket överförs på en anordning genom vilken det kan återgivas.¹⁴³ Med beaktande av den nya lydelsen anses denna överflödigt. Det skall dock påpekas att det faktum att bestämmelsen tas bort inte innebär någon förändring i sak av rättsläget i detta avseende.

4.2.2 Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten

Upphovsrättslagen stadgar att verk kan göras tillgängliga för allmänheten på tre sätt: offentligt framförande, spridning av exemplar och offentlig visning. INFOSOC-direktivet har till viss del en helt annan uppbyggnad.¹⁴⁴ Begreppet offentligt framförande i upphovsrättslagen är exempelvis mer omfattande än uttrycket överföring till allmänheten i direktivet. Samtidigt faller dock inte alla förfoganden som är att betrakta som överföring till allmänheten enligt direktivet under begreppet offentligt framförande i upphovsrättslagen.

Justitiedepartementet föreslår att antalet lagstadgade förfogandemöjligheter utökas till fyra. Begreppet överföring till allmänheten förs således in som ytterligare en underkategori vad gäller rätten att göra verk tillgängliga för allmänheten. Denna rätt skulle i så fall innefatta följande förfogandemöjligheter:¹⁴⁵

¹⁴¹ Se avsnitt 2.5.1 och 3.2.1.

¹⁴² Jfr avsnitt 2.5.1.

¹⁴³ Se avsnitt 2.5.1.

¹⁴⁴ Jfr Ds 2003:35, s. 92.

¹⁴⁵ Den inbördes ändrade ordningen av förfogandena grundar sig på ordningen i den föreslagna lagtexten.

- i) överföring av verket till allmänheten
- ii) offentligt framförande av verket
- iii) spridning av exemplar av verket
- iv) offentlig visning av exemplar av verket

Denna lösning innebär att de förfoganden som INFOSOC-direktivet klassificerar som överföring till allmänheten tas bort från underkategorierna offentligt framförande och offentlig visning. Vad avser spridningsrätten (iii) konstaterar departementet att direktivet inte föranleder någon ändring av den svenska lagstiftningen.¹⁴⁶ De tre övriga förfogandemöjligheterna skall nedan kommenteras något utförligare.

Rätten att överföra verk till allmänheten (i) innefattar alla former av tillgängliggörande för allmänheten som sker på distans, oavsett vilken typ av verk förfogandet avser.¹⁴⁷ Tillgängliggörandet sker på distans när det på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket, t.ex. på Internet.

Rätten till offentligt framförande av verk (ii) begränsas till att avse framföranden som äger rum på samma plats som det där allmänheten kan ta del av verket.¹⁴⁸ Samtidigt ändras begreppets omfattning till att avse samtliga fall då ett exemplar av ett verk, oavsett verkstyp, i ett sådant sammanhang företes med hjälp av ett tekniskt hjälpmedel.

Rätten till offentlig visning av verk (iv) begränsas till att endast avse fall där exemplar görs tillgängliga för allmänheten på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket och då tillgängliggörandet sker utan användning av något tekniskt hjälpmedel.¹⁴⁹

Avslutningsvis skall poängteras att det föreslagna ändringarna inte syftar till att vidga omfattningen av begreppet tillgängliggörande för allmänheten. Begreppet kommer alltjämt att ha samma innebörd som tidigare.¹⁵⁰ De förfoganden som till följd av lagförslaget kommer att klassificeras som överföring till allmänheten har med andra ord även tidigare ingått i upphovsmannens ensamrätt att göra verk tillgängliga för allmänheten.

4.3 Inskränkningar i upphovsrätten

Som tidigare antytts ligger det ej inom ramen för denna framställning att göra en uttömmande genomgång av samtliga inskränkningar i upphovsrättslagen. Någon fullständig genomgång av de förändringarna i upphovsrättens

¹⁴⁶ Ds 2003:35, s. 111 f.

¹⁴⁷ Ds 2003:35, s. 99-104.

¹⁴⁸ Ds 2003:35, s. 109-111.

¹⁴⁹ Ds 2003:35, s. 105-109.

¹⁵⁰ Ds 2003:35, s. 98.

inskränkningar som föreslås i det svenska lagförslaget kommer i enlighet härmed inte heller att presenteras.

Det mest betydelsefulla förslaget till ändring i upphovsrättslagen vad avser regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk är utan tvekan det som behandlar 12 § URL. Denna paragraf föreslås få följande lydelse:

12 § Var och en får för privat bruk framställa ett fåtal exemplar av offentliggjorda verk. Såvitt gäller litterära verk i skriftlig form får dock exemplarframställningen endast avse begränsade delar av verk eller sådana verk av begränsat omfång. Exemplaren får inte användas för andra ändamål än privat bruk.

Första stycket ger inte rätt att

1. uppföra byggnadsverk,
2. framställa exemplar av datorprogram, eller
3. framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form.

Första stycket ger inte heller rätt att för privat bruk låta en utomstående

1. framställa exemplar av musikaliska verk eller filmverk,
2. framställa bruksföremål eller skulpturer, eller
3. genom konstnärligt förfarande efterbilda andra konstverk.

Det är inte tillåtet att med stöd av denna paragraf framställa exemplar av ett verk när det exemplar som är den egentliga förlagan framställts eller gjorts tillgängligt för allmänheten i strid med 2 §.

En utförlig redogörelse för vad den föreslagna lydelsen kan komma att innebära för svensk rätts vidkommande redovisas i kapitel 5. Utformningen av artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet föranleder även ändringar i andra lagrum. Dessa förändringar kommer också att presenteras i kapitel 5.¹⁵¹

4.4 Skydd för tekniska åtgärder

Upphovsrättslagen innehåller som framgått inga generella bestämmelser om skydd för tekniska åtgärder.¹⁵² Justitiedepartementet föreslår att merparten av bestämmelserna om skydd för tekniska åtgärder placeras i ett nytt kapitel i upphovsrättslagen, kapitel 6 a.¹⁵³ Den föreslagna lagtexten följer till stor del strukturen i artikel 6 i INFOSOC-direktivet. Skrivningen har dock i viss mån förtydligats och anpassats till svenskt juridiskt språkbruk.

Det föreslås att en definition av begreppet teknisk åtgärd införs i en inledande bestämmelse, 52 b § URL, i det nya kapitlet. Lagtexten är formulerad så att INFOSOC-direktivets krav på att de tekniska åtgärderna skall vara effektiva ligger redan i definitionen av vad som utgör en teknisk åtgärd.

¹⁵¹ Exempelvis påverkas kassettersättningen i 26 k § URL.

¹⁵² I 57 a § URL finns emellertid en straffrättslig reglering vad avser datorprogram. Bestämmelsen i 57 a § URL är föranledd av artikel 7.1 c i datorprogramdirektivet (91/250/EEG).

¹⁵³ Ds 2003:35, s. 331 f. Skälen för bedömningen återfinns på s. 333-349.

Vidare tydliggörs att de tekniska åtgärderna måste vara ägnade att förhindra eller begränsa upphovsrättsligt relevanta förfoganden, d.v.s. exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten. Detta följer av att det endast är sådana förfoganden som en upphovsman har ensamrätt till och följaktligen kan tillåta eller förbjuda.¹⁵⁴

Som exempel på en teknisk åtgärd i direktivets mening anges i det svenska lagförslaget en kopieringsspärr på en CD- eller en DVD-skiva. Ett annat exempel som nämns är datorprogram som används för att kryptera ett verk som mot betalning tillhandahålls på Internet för att hindra att detta kopieras eller görs tillgängligt för allmänheten.¹⁵⁵

I 52 d § URL införs ett förbud mot kringgående av tekniska åtgärder utan upphovsmannens eller dennes rättsinnehavares samtycke (se artikel 6.1 i INFOSOC-direktivet). Det föreslagna förbudet innebär att det är förbjudet att utan samtycke kringgå en digital eller en analog spärr som uteslutande hindrar eller begränsar framställning av exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk, dekryptera ett datorprogram som uteslutande hindrar eller begränsar tillgängliggörande för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk eller kringgå en annan teknisk åtgärd som uteslutande hindrar eller begränsar sådant tillgängliggörande.

I 52 e § URL införs ett förbud mot hantering i förvärvssyfte av hjälpmedel för kringgående av tekniska åtgärder (se artikel 6.2 i INFOSOC-direktivet). Det föreslagna förbudet innebär att det skall vara förbjudet att tillverka, importera, sprida, sälja, hyra ut eller i förvärvssyfte inneha sådana anordningar, produkter eller komponenter som kan användas i syfte att kringgå en teknisk åtgärd.

I 52 f § URL föreslås ett stadgande som innebär att ett utnyttjande av ett verk som är tillåtet enligt vissa av inskränkningarna i 2 kap. URL skall kunna genomföras på det sätt som anges i aktuell inskränkingsbestämmelse utan hinder av att verket skyddas av en teknisk åtgärd (se artikel 6.4 första stycket i INFOSOC-direktivet). Vilka inskränkningar i den svenska lagen som berörs kommer ej att redovisas här.¹⁵⁶ Det poängteras särskilt i det svenska lagförslaget att utgångspunkten naturligtvis är att frivilliga avtal och överenskommelser skall komma till stånd i enlighet med intuitionerna i artikel 6.4 första stycket i INFOSOC-direktivet.¹⁵⁷ Detta anges emellertid inte explicit i lagtexten. Om en teknisk åtgärd hindrar sådan användning som ovan angivits får en domstol på yrkande av en berättigad användare vid vite förelägga upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare att möjliggöra

¹⁵⁴ Det skulle alltså vara tillåtet att kringgå en teknisk åtgärd som hindrar att man som brukare lyssnar på t.ex. en CD-skiva i vilken apparat man vill, se Ds 203:35, s. 343.

¹⁵⁵ Ds 2003:35, s. 334.

¹⁵⁶ Vad gäller resonemangen kring artikel 6.4 andra stycket, se avsnitt 5.6.

¹⁵⁷ Ds 2003:35, s. 353.

för användaren att utnyttja verket på sätt som anges i aktuell inskränkingsbestämmelse.

5 Exemplarframställning för enskilt bruk i ljuset av INFOSOC-direktivet

5.1 Inledning

Hur kommer då den svenska regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk att påverkas genom implementeringen av INFOSOC-direktivet? I föreliggande kapitel presenteras det föreliggande svenska lagförslaget i relevanta delar. Här diskuteras och analyseras också huruvida lagförslaget innehåller några brister och om det eventuellt finns andra möjliga lösningar på de presenterade problemen. Även lagförslagets förenlighet med direktivet analyseras. Härvidlag skall påminnas om det faktum att artikel 5 i direktivet utgör den yttre ramen för vilka inskränkningar som får finnas i nationell lagstiftning. Medlemsstaterna får följaktligen inte ha några inskränkningar som går utöver vad artikel 5 medger.¹⁵⁸

Vägledning till analysen kommer att sökas i bland annat förarbetena¹⁵⁹ till den danska lagändring genom vilken INFOSOC-direktivet implementerades i den danska ophavsretsloven¹⁶⁰ och i det lagförslag¹⁶¹ som syftar till att införliva direktivet i den finska upphovsrättslagen¹⁶² (FURL).

I de avsnitt som direkt handlar om 12 § URL används för överskådlighetens skull, liksom i avsnitt 2.7, de centrala rekvisiten i paragrafen som under rubriker. Här har de emellertid den lydelse som föreslås i det föreliggande lagförslaget. Således behandlas rekvisitet ”ett fåtal exemplar” i avsnitt 5.2, rekvisitet ”offentliggjorda verk” i avsnitt 5.3 och rekvisitet ”privat bruk” i avsnitt 5.4. Kassettersättningen behandlas därefter i avsnitt 5.5. Slutligen diskuteras i avsnitt 5.6 det för svenskt vidkommande nya rättsinstitutet

¹⁵⁸ Se avsnitt 3.3; jfr Ds 2003:35, s. 69.

¹⁵⁹ Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Lovforslag nr. L 19, Folketinget 2003-03). Förslaget återfinns på Kulturministeriets webbplats, <<http://www.kum.dk/sw4850.asp>>. Lagförslaget antogs den 17 december 2002 genom Lov om ændring af ophavsretsloven (Lov nr 1051 af 17/12/2002).

¹⁶⁰ Bekendtgørelse af lov om ophavsret (nr. 710 af 30 juni 2004). Lagen återfinns på Kulturministeriets webbplats, <<http://www.kum.dk/sw5905.asp>>.

¹⁶¹ Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. strafflagen (RP 28/2004). Förslaget återfinns på Finlex webbplats, <<http://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2004/20040028.pdf>>. Ett tidigare lagförslag, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. strafflagen (RP 177/2002), godtogs inte av riksdagen och skickades därför tillbaka till Undervisningsministeriet för revidering. Även detta förslag återfinns på Finlex webbplats, <<http://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2002/20020177.pdf>>.

¹⁶² Upphovsrättslagen av den 8 juli 1961 (404/61). Lagen återfinns på Finlex webbplats, <<http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1961/19610404>>.

tekniska åtgärder. I varje avsnitt presenteras de problemställningar som jag finner relevanta vad avser de olika rekvisiten respektive rättsinstitut.

5.2 Ett fåtal exemplar

Rätten att framställa exemplar för enskilt bruk med stöd av 12 § URL är begränsad på så sätt att endast enstaka exemplar får framställas.¹⁶³ Innebörden av begreppet enstaka exemplar varierar beroende på vilken typ av verk som är i fråga. Som framgått anses upp till ett tiotal exemplar i vissa fall få framställas.

Någon liknande begränsning framgår inte av artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet. Som Rosén konstaterar tycks gravitationscentrum i artikeln ha placerats i en ersättningsnorm snarare än i bestämmingar avseende teknik, syfte eller antal kopior.¹⁶⁴

I föreliggande avsnitt skall inledningsvis den svenska begränsningen av antalet tillåtna exemplar presenteras. Därefter ges synpunkter på en annan aspekt vad gäller omfånget av de verk som får mångfaldigas med stöd av 12 § URL, nämligen exemplarframställning av hela verk för enskilt bruk. INFOSOC-direktivet innehåller ingen specifik reglering avseende mångfaldigande av hela verk. Denna form av mångfaldigande har emellertid varit mycket omdebatterad på senare år.

5.2.1 Antalet tillåtna exemplar

Det faktum att artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet inte reglerar antalet tillåtna exemplar föranleder i första hand frågan huruvida begränsningen av antalet exemplar som får framställas med stöd av 12 § URL går utöver vad direktivet medger. Är en bestämmelse som endast tillåter framställning av ett visst antal exemplar för enskilt bruk att betrakta som en otillåten inskränkning av artikel 5.2 b eller skall den betraktas som en utformning av artikeln och följaktligen också som en precisering av begreppet privat bruk? Den närmare utformningen av begreppet privat bruk har, vilket tidigare antytts, överlåtits till medlemsstaterna inom ramarna för artikeln.¹⁶⁵ Är begränsningen av antalet tillåtna exemplar att betrakta som en precisering av begreppet privat bruk går den således inte utöver vad artikel 5.2 b medger.

Skulle begränsningen av antalet tillåtna exemplar vara att betrakta som en utformning av artikel 5.2 b och som en precisering av begreppet privat bruk uppkommer frågan huruvida 12 § URL kan lämnas oförändrad i detta

¹⁶³ Se avsnitt 2.7.1.

¹⁶⁴ Se Rosén, NIR 2001, s. 596.

¹⁶⁵ Kyst, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 309.

avseende. Kan rekvisitet enstaka exemplar kvarstå oförändrat och behöver den tidigare tolkningen av rekvisitet på något sätt revideras?

De två problemställningar som skall undersökas närmare i det följande är alltså för det första huruvida begränsningen av antalet exemplar som får framställas med stöd av 12 § URL går utöver vad artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet medger och för det andra, om så inte är fallet, huruvida 12 § URL kan lämnas oförändrad i detta avseende.

5.2.1.1 Det svenska lagförslaget¹⁶⁶

Justitiedepartementet konstaterar inledningsvis att INFOSOC-direktivet inte säger något om hur många kopior som kan göras vid ett och samma tillfälle inom ramen för privat bruk. Det påminns dock särskilt om trestegsregeln i artikel 5.5, vilken bland annat föreskriver att en inskränkning inte får strida mot det normala utnyttjandet av verket och inte heller oskäligt inkräkta på rättsinnehavarens legitima intressen.¹⁶⁷ Frågan om en bestämmelse av det slag som begränsningen av antalet tillåtna exemplar utgör överhuvudtaget är förenlig med artikel 5.2 b behandlas inte närmare av departementet. Man tycks utgå från att INFOSOC-direktivet medger en sådan reglering.

Departementet koncentrerar sig i stället helt och hållet på frågan huruvida 12 § URL kan lämnas oförändrad vad gäller rekvisitet enskilt bruk. Med tanke på den snabba tekniska utveckling som i dag är för handen ifrågasätter man om det är rimligt att tillåta att ett så stort antal som några tiotal kopior åt gången kopieras. Departementets slutsats är att mycket talar för att det i dagsläget förekommer kopiering med stöd av 12 § URL i en omfattning som leder till ett inte obetydligt förfång för rättighetshavarna varför någon form av åtgärd anses nödvändig.¹⁶⁸

Skulle bestämmelsen lämnas oförändrad i detta avseende kräver direktivet enligt departementets uppfattning att ersättning utgår för kopieringen. Nu gällande regel om kassettersättning kompenserar inte för alla typer av kopiering och departementet finner det i dagsläget önskvärt att undvika att bygga ut denna bestämmelse. Departementet menar därför att det i stället är lämpligare att begränsa utrymmet för tillåten kopiering genom en ändring i 12 § URL. Uttrycket enstaka bör därför bytas upp mot begreppet ett fåtal.¹⁶⁹

Det konstateras att begreppet ett fåtal visserligen lika lite som ordet enstaka anger ett exakt antal kopior som får framställas. Departementet menar dock att den rimliga språkliga innebörden av ett fåtal torde innebära avsevärt färre exemplar än vad som är tillåtet att framställa enligt förarbetena till

¹⁶⁶ Om ej annat anges är de hänvisningar som i detta avsnitt görs till det svenska lagförslaget att hänföra till Ds 2003:35, s. 145-147.

¹⁶⁷ Se avsnitt 3.3.

¹⁶⁸ Jfr stycke 35 i ingressen till INFOSOC-direktivet.

¹⁶⁹ Se avsnitt 4.3.

gällande rätt. Det kan knappats komma i fråga att uppfatta ett fåtal som annat än just några få exemplar.

Det påpekas särskilt att den här aktuella ändringen inte innebär någon ändring av det faktum att olika verk kan vara olika känsliga för kopiering. Vägledning beträffande i vilka situationer man kan tänka sig fler eller färre exemplar bör därför även fortsättningsvis kunna sökas i tidigare förarbeten. Det viktiga är att antalet tillåtna exemplar nu generellt blir mer begränsat än tidigare.

5.2.1.2 Diskussion

Går då begränsningen av antalet exemplar som får framställas med stöd av 12 § URL utöver vad artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet medger? En bakomliggande frågeställning som är relevant i detta sammanhang är som sagt om denna begränsning är att betrakta som en inskränkning i vad som stadgas i artikel 5.2 b eller om den i stället skall betraktas som en närmare utformning av artikeln. Denna närmare utformning av begreppet privat bruk har som framgått överlåtits till medlemsstaterna inom ramarna för artikeln.¹⁷⁰

Det är min uppfattning att en begränsning av det antal tillåtna exemplar som framställs med stöd av artikel 5.2 b är att betrakta som en utformning av bestämmelsen. Anledningen härtill är först och främst att begränsningen till ett fåtal exemplar inte inskränker rekvisiten i artikel 5.2 b. Rekvisiten har samma innebörd och omfång oberoende av om en begränsning av antalet tillåtna exemplar föreligger eller ej. Begränsningen till ett fåtal exemplar innebär i stället att tillämpningen av dessa rekvisit regleras, vilket torde vara att hänföra till den närmare utformningen av artikeln. Man kan visserligen tänka sig situationer där lagstiftaren på detta vis inskränker bestämmelsen till den grad att det bakomliggande syftet helt förringas. I ett sådant fall skulle min bedömning kunna ha blivit annorlunda. Begränsningen av antalet exemplar som får framställas med stöd av 12 § URL går emellertid enligt min mening inte utöver vad artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet medger.

Det bör i detta sammanhang erinras om trestegsregeln i artikel 5.5. Även om man skulle komma till slutsatsen att artikel 5.2 b inte medger begränsningen av antalet tillåtna exemplar i 12 § URL kan denna begränsning motiveras med hjälp av trestegsregeln. I artikel 5.5 stadgas att inskränkningarna i kapitel 5 inte får inkräkta oskäligt på rättsinnehavarnas legitima intressen. Det förefaller uppenbart att en bestämmelse utan någon begränsning av antalet tillåtna exemplar skulle riskera att på ett oskäligt sätt inkräkta på upphovsmannens intressen. Skulle det vara tillåtet att framställa ett exemplar för var och en som faller in under rekvisitet privat bruk skulle upplagan kunna bli tämligen stor, vilket i sig kan betraktas som oskäligt.

¹⁷⁰ Se avsnitt 5.2.1.

Dessutom torde risken att exemplar i en framtid kommer i cirkulation utanför den privata kretsen öka betydligt ju fler exemplar som framställs.

Uppfattningen att begränsningen till enstaka exemplar utgör en precisering av begreppet privat bruk tycks ha anammats i det danska lagförarbetet och i det finska lagförslaget. Regleringen kommenteras visserligen inte närmare i något av dessa, men rekvisitet enstaka exemplar bibehålls i såväl dansk (enkelte eksemplarer) som finsk (enstaka exemplar) rätt.

Kan man konstatera att INFOSOC-direktivet medger begränsningen av antalet exemplar som får framställas med stöd av 12 § URL återstår frågan huruvida paragrafen kan lämnas oförändrad i detta avseende. Danmark och Finland valde alltså att bibehålla sina tidigare regleringar vad gäller antalet tillåtna exemplar. Detta kan dock i viss mån, åtminstone vad gäller Danmark, förklaras med att tolkningen av rekvisitet enstaka exemplar redan tidigare varit något snävare än i Sverige.¹⁷¹

Justitiedepartementet föreslår att begreppet enstaka exemplar ersätts med uttrycket ett fåtal exemplar. Detta skulle innebära att det blir tillåtet att framställa avsevärt färre exemplar med stöd av 12 § URL än vad som är fallet i nuläget. Departementet konstaterar att det i dag förekommer kopiering med stöd av 12 § URL i en sådan omfattning att det leder till ett inte obetydligt förfång för rättsinnehavarna. Kravet på rimlig kompensation i artikel 5.2 b kan således inte kringgåas med beaktande av stycke 35 i ingressen till direktivet. I stället för att skapa en ordning där ersättning för mångfaldigandet utgår i enlighet med artikel 5.2 b väljer departementet emellertid att begränsa artikeln till den grad att den kopiering som förblir tillåten endast leder till obetydligt förfång för rättsinnehavaren. Ersättning behöver därför inte utgå enligt stycke 35 i ingressen.

Frågan kan ställas om den föreslagna förändringen verkligen är nödvändig. Skulle inte 12 § URL kunna ha lämnats oförändrad vad gäller det antal exemplar som får framställas för enskilt bruk och likväl vara förenlig med INFOSOC-direktivet? Även om man konstaterar att det i dag förekommer kopiering med stöd av 12 § URL i en sådan omfattning att det leder till ett inte obetydligt förfång för rättsinnehavarna skall det erinras om att en stor del av den digitala exemplarframställning för enskilt bruk som äger rum kompenseras genom kassettersättningen. Samtidigt kan framhållas att såväl Danmark som Finland bedömt ett analog fotokopiering endast leder till ett obetydligt förfång för rättsinnehavarna. Med detta i åtanke skulle det kunna argumenteras för att 12 § URL uppfyller kraven i INFOSOC-direktivet utan att några förändringar är nödvändiga.

Den svenska lösningen framstår enligt min mening trots allt som tilltalande. Har man väl konstaterat att man agerar inom den tillåtna ramen för artikel 5.2 b går det bra att begränsa tillämpningsområdet för 12 § URL till den grad att den kopiering som får ske endast leder till ett obetydligt förfång för

¹⁷¹ Se Schönning, Peter: *Ophavsretsloven med kommentarer*, 2 uppl. 1998, s. 225 f; jfr Haarmann, Pirkko-Liisa: *Tekijänoikeus & lähioikeudet*, 1999, s. 129.

rättsinnehavarna. Detta innebär att man undgår komplicerade diskussioner vad gäller ersättning för det mångfaldigande som sker med stöd av 12 § URL och som leder till mer än ett obetydligt förfång för rättsinnehavarna.

Alternativet, en utvidgning av kassettersättningen, ter sig enligt min uppfattning mindre lämpligt. För det första finns det en inneboende risk i schablonartade lösningar som kassettersättningen i det att det kan vara svårt för lagstiftningen att kontinuerligt vara anpassad till den snabba tekniska utvecklingen. Det är inte säkert att ersättningen är anpassad för alla nya anordningar som kommer ut på marknaden. För det andra förefaller det som att, om valet står mellan att inskränka tillämpningsområdet för 12 § URL eller att utöka kassettersättningen, det förstnämnda alternativet innebär ökade möjligheter för upphovsmännen att själva förvalta sina rättigheter. Detta torde innebära att den ersättning som utgår i högre grad motsvarar den faktiska exemplarframställningen.

En svaghet i det föreliggande lagförslaget är den otydlighet som ligger i termen ett fåtal exemplar. I åtskilliga remissyttranden ifrågasattes därför också om den rimliga språkliga innebörden av det föreslagna uttrycket verkligen innebär färre exemplar än vad som följer av nu gällande lydelse.¹⁷² Problemet med att dra gränsen för exakt hur många exemplar av ett verk som får framställas med stöd av 12 § URL kan därmed sägas kvarstå. Det har emellertid från Justitiedepartementet tydligt påpekats att avsikten med lagändringen är att avsevärt färre exemplar än vad som är möjligt enligt gällande rätt skall få framställas.

Sammanfattningsvis finner jag således att den föreslagna förändringen, vilken alltså syftar till att inskränka 12 § URL till att tillåta framställning av avsevärt färre exemplar än vad som är möjligt enligt gällande rätt, är väl avvägd i förhållande till artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet och lämplig för svenskt vidkommande. Förslaget kommer troligtvis också att implementeras i upphovsrättslagen, eventuellt med vissa förtydliganden i propositionen vad avser den närmare innebörden av begreppet ett fåtal exemplar.

5.2.2 Exemplarframställning av hela verk

Varken upphovsrättslagen eller INFOSOC-direktivet stipulerar några begränsningar vad gäller omfattningen av det material som får framställas för privat bruk. Gällande rätt tillåter således kopiering av hela verk.

Representanter för förläggare och läromedelsproducenter hävdar visserligen stundom att studenters kopiering av kurslitteratur strider mot upphovsrättslagen. Man hänvisar då ofta till artikel 9.2 i Bernkonventionen där det stadgas att konventionsländerna får tillåta undantag från upphovsmäns

¹⁷² Se t.ex. *Remissyttrande från Klys och Copyswede över Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället*, Klys och Copyswede, 2003, s. 9.

mångfaldiganderätt ”i vissa fall, förutsatt att sådant mångfaldigande icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket”.¹⁷³

Jag ämnar här inte ta ställning till huruvida 12 § URL är förenlig med artikel 9.2 i Bernkonventionen. I stället nöjer jag mig med att konstatera att Bernkonventionen är en internationell överenskommelse som de avtalslutande staterna har valt att följa, inte den enskilde individen. Bernkonventionen ligger sålunda till grund för upphovsrättslagen och får därför anses vara implementerad i svensk rätt.

INFOSOC-direktivet innehåller som sagt inga direkta begränsningar vad gäller omfattningen av det material som får framställas med stöd av artikel 5.2 b. I artikel 5.5 framträder emellertid en regel liknande den som anträffas i artikel 9.2 i Bernkonventionen. En relevant frågeställning är sålunda om INFOSOC-direktivet på något sätt kan anses föranleda att rätten att framställa exemplar av hela verk för privat bruk inskränks eller förbjuds.

5.2.2.1 Det svenska lagförslaget¹⁷⁴

Justitiedepartementet presenterar en nyskapelse i svensk rätt vad avser omfattningen av de fåtal exemplar som får framställas i enlighet med 12 § URL.

Som tidigare antytts har det framkommit att kopiering av kurslitteratur sker i relativt stor omfattning, vilket medför att det kan vara svårt att ta fram nya läromedel eller nya upplagor av redan existerande läromedel. Justitiedepartementet framhåller att detta är ett område där den kopiering som äger rum dels ser ut att leda till ett inte obetydligt förfång för rättighetshavarna och dels riskerar att påverka tillgängligheten till bl.a. kurslitteratur.

Den nuvarande regeln om kassettersättning kompenserar inte heller för denna typ av kopiering. Liksom vad gäller antalet tillåtna kopior står då valet mellan att begränsa den tillåtna kopieringen eller att utvidga kassettersättningen. Departementet finner det även i detta fall önskvärt att undvika att bygga ut bestämmelsen om kassettersättning i 26 k § URL varför den tillåtna kopieringen bör begränsas. Det framhålls att begränsningarna endast bör gälla sådana verk beträffande vilka det har framkommit att mer betydande problem föreligger som en följd av att hela verk får kopieras, d.v.s. litterära verk i skriftlig form (jfr 1 § 1 st 1 p URL).¹⁷⁵

¹⁷³ Jfr Willdal, Mattias: *Begreppet ”privatkopiering” i nordisk upphovsrätt i ljuset av den internationella och europeiska utvecklingen under de senaste åren – särskilt om studenters egen kopiering*, NIR 2001, s. 650-653 (s. 653).

¹⁷⁴ Om ej annat anges är de hänvisningar som i detta avsnitt görs till det svenska lagförslaget att hänföra till Ds 2003:35, s. 147 f.

¹⁷⁵ Begreppet skriftlig form omfattar litterära verk i såväl analog som digital skriftlig form. Även datorprogram utgör litterära verk och kan förekomma i skriftlig form. Datorprogram är emellertid enligt 12 § 2 st 2 p URL helt undantagna från paragrafens tillämpningsområde och berörs därför inte av ändringen.

Departementet föreslår att ändringen lagtekniskt bör ske på så sätt att en ny andra mening införs i 12 § 1 st URL. Här anges att exemplarframställning vad gäller litterära verk i skriftlig form endast får avse begränsade delar av verk eller sådana verk av begränsat omfång.¹⁷⁶ Med verk av begränsat omfång avses t.ex. en artikel i en tidning eller en tidskrift, en dikt eller en novell. Normalt kommer det alltså inte längre att vara tillåtet att kopiera hela eller stora delar av böcker. Enstaka artiklar eller utdrag ur böcker kommer dock även fortsättningsvis att kunna kopieras.

5.2.2.2 Diskussion

Justitiedepartementet anser alltså att INFOSOC-direktivet motiverar att rätten att framställa exemplar av hela verk för privat bruk inskränks. Den valda lösningen i detta avseende påminner till stor del om den lösning som valts vad gäller antalet tillåtna exemplar.

Departementet konstaterar att en stor del av den exemplarframställning av hela verk för enskilt bruk som i dag äger rum leder till ett inte obetydligt förfång för rättsinnehavarna. För att undvika att behöva skapa en ersättningsordning för denna typ av exemplarframställning väljer man att inskränka 12 § URL på så sätt att det endast är tillåtet att framställa begränsade delar av litterära verk i skriftlig form eller sådana verk av begränsat omfång. Denna lösning innebär enligt departementet att den exemplarframställning som sker av denna typ av verk endast leder till ett obetydligt förfång för rättsinnehavarna. Därmed behöver ingen rimlig kompensation utgå i enlighet med stycke 35 i ingressen till INFOSOC-direktivet.

I det danska lagförarbetet och i det finska lagförslaget fördes inte denna typ av resonemang. I såväl Danmark¹⁷⁷ som Finland¹⁷⁸ konstaterades i stället att all form av fotokopiering är av obetydligt förfång för rättsinnehavarna.

Vad gäller Danmark ligger troligen en del av förklaringen till att inte någon speciell reglering av exemplarframställning av hela verk särregleras i det faktum att det enligt tidigare lagförarbeten endast är tillåtet att framställa 1-2 exemplar av hela böcker.¹⁷⁹

Vad gäller Finland tycks anledningen till att exemplarframställning av hela verk inte diskuteras närmare vara att sådan exemplarframställning inte uppfattas som ett problem.¹⁸⁰ Vad gäller studenters kopiering uttalas i det finska lagförslaget att kopieringen vanligtvis endast omfattar den del av en bok som studenten är i behov av, alltså inte hela boken. Det påstås vidare att

¹⁷⁶ Se avsnitt 4.3.

¹⁷⁷ Lovforslag nr. L 19, s. 19.

¹⁷⁸ RP 28/2004, s. 51.

¹⁷⁹ Schønning: *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 225.

¹⁸⁰ Hela resonemanget avseende det finska lagförslaget i detta avsnitt bygger på RP 28/2004, s. 51.

studenters kopiering i regel är av sådan art att den inte utgör ett hot mot den kommersiella marknaden för tryckta alster. Med reservation för en eventuell missuppfattning avseende vilka verk som åsyftas framstår detta resonemang som något märkligt och inte helt i överensstämmelse med verkligheten.¹⁸¹

Justitiedepartementet hyser alltså åsikten att INFOSOC-direktivet föranleder att rätten att framställa exemplar av hela litterära verk i skriftlig form för privat bruk inskränks. Detta ställningstagande ger anledning till frågan om huruvida en sådan inskränkning går utöver vad artikel 5.2 b i direktivet medger.

Jag menar att förbudet mot att kopiera hela litterära verk i skriftlig form är en otillåten inskränkning av artikel 5.2 b. Att på det sätt som departementet föreslår ta bort en hel kategori av verk från bestämmelsens tillämpningsområde är enligt min uppfattning inte förenligt med syftet bakom artikel 5.2 b. Hade syftet varit att en så omfattande kategori av verk inte skulle omfattas av artikeln borde detta ha angivits explicit.

Som stöd för min uppfattning kan nämnas stadgandet i artikel 5.2 a i INFOSOC-direktivet. Här framgår att fotokopiering och motsvarande metoder som möjliggör mångfaldigande på papper och liknande medium får undantas från ensamrätten i artikel 2 under förutsättning att rättsinnehavarna erhåller rimlig kompensation. Det uttrycks dock explicit att notblad inte omfattas av bestämmelsen.¹⁸² Med anledning härav kan avsaknaden av ett undantag för hela litterära verk i artikel 5.2 b e contrario tolkas så att en bestämmelse som undantar en viss kategori av verk ej är tillåten.

I motsats till min nu redovisade uppfattning tycker jag att det är principiellt rimligt och lämpligt med någon form av begränsning vad gäller rätten att framställa hela litterära verk i skriftlig form. Problemen med studenters kopiering av kurslitteratur är uppenbarligen betydande. Med beaktande av INFOSOC-direktivets lydelse vore det emellertid enligt min uppfattning lämpligare att, i likhet med Danmark, endast tillåta framställning av 1-2 exemplar av hela litterära verk för privat bruk. En begränsning av sådant slag skulle kunna motiveras med hjälp av trestegsregeln i artikel 5.5. En bestämmelse som tillåter exemplarframställning av mer än 1-2 exemplar av hela litterära verk för privat bruk torde kunna anses strida mot det normala utnyttjandet av verket eller inkräkta på rättsinnehavarens legitima intressen.

En lösning av nyss angivet slag innebär emellertid inte en lösning på problemet med studenters fotokopiering av kurslitteratur. Det skulle exempelvis fortfarande vara möjligt att låna en bok på ett bibliotek och göra en kopia av den inom ramen för 12 § URL. Även om jag tycker att detta är

¹⁸¹ Att hela verk alls får framställas framgår indirekt av Haarmann: *Tekijänoikeus & lähioikeudet*, s. 129. Här anges att tolkningen av enstaka exemplar är beroende av om hela eller bara en del av verket kopieras.

¹⁸² Notblad är för övrigt en kategori av verk som tillsammans med läromedel av departementet anges som särskilt känsliga för kopiering, se Ds 2003:35, s. 146.

principiellt orimligt har jag som sagt svårt att se att INFOSOC-direktivet medger ett förbud mot sådan exemplarframställning.

Ett ytterligare problem, som inte uppmärksammas i Justitiedepartementets promemoria, är tolkningen av begreppen ”begränsade delar av verk” och ”sådana verk av begränsat omfång”. Departementet påpekar att det ”normalt inte kommer att vara tillåtet att kopiera hela eller stora delar av böcker”.¹⁸³ Det torde vara upp till rättstillämpningen att fastställa den slutgiltiga omfånget av dessa rekvisit.

Sammanfattningsvis finner jag att det av Justitiedepartementet föreslagna förbudet mot att kopiera hela litterära verk i skriftlig form är en otillåten inskränkning av artikel 5.2 b. Det kommer likväl sannolikt att införas i svensk rätt. Jag är dock inte alls säker på att en reglering av detta slag skulle klara en prövning i EG-domstolen.

5.3 Offentliggjorda verk

För att ett exemplar av ett verk skall få framställas med stöd av 12 § URL krävs att det är fråga om ett verk som är offentliggjort.¹⁸⁴ En begränsning av detta slag framgår inte av artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet. Vad gäller kraven på verket i denna bestämmelse görs endast en hänvisning till artikel 2 i direktivet.

I föreliggande avsnitt kommer inledningsvis kravet på offentliggörande i 12 § URL att diskuteras. Därefter avhandlas ett annat krav på verket, nämligen den omdebatterade frågan huruvida just det exemplar som kopieras måste ha framställts eller gjorts tillgängligt lovligen.

5.3.1 Kravet på att verket skall vara offentliggjort

Artikel 2 i INFOSOC-direktivet föreskriver enligt sin ordalydelse ensamrätt för upphovsmän till samtliga verk, oavsett om de är offentliggjorda eller ej.¹⁸⁵ Med en sådan tolkning skulle mångfaldigande för privat bruk enligt artikel 5.2 b alltså få ske oavsett om verket är offentliggjort eller ej. Frågan är om direktivet likväl kan anses medge den begränsning av artikeln som kravet på offentliggörande i 12 § URL utgör.

5.3.1.1 Det svenska lagförslaget

¹⁸³ Ds 2003:35, s. 148.

¹⁸⁴ Se avsnitt 2.7.2.

¹⁸⁵ Se avsnitt 3.2.1.

Det svenska lagförslaget berör överhuvudtaget inte kravet på att verket skall vara offentliggjort. Följaktligen föreslås den nuvarande regleringen förbli oförändrad i detta avseende.

5.3.1.2 Diskussion

Kan då kravet på offentliggörande i 12 § URL sägas vara förenligt med INFOSOC-direktivet? Det svenska lagförslaget behandlar som sagt inte denna frågeställning. Förslaget innebär följaktligen att 12 § URL även fortsättningsvis endast kommer att vara tillämplig på offentliggjorda verk.

Såväl den danska ophavsretsloven som den finska upphovsrättslagen innehåller motsvarande krav på offentliggörande. Nämda avvikelser uppmärksammas inte heller i det danska lagförarbetet eller i det finska lagförslaget.

En anledning till att kravet på offentliggörande inte berörs i något av de här redovisade lagstiftningsärendena kan vara att man förutsätter att det kan intolkas ett krav på offentliggörande i artikeln. Som sagt medger dock inte hänvisningen till artikel 2 enligt min mening en sådan tolkning. Tolkar man artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet så att den ej innefattar ett krav på offentliggörande innebär det att även verk som ej är offentliggjorda får kopieras för enskilt bruk.

Som stöd för påståendet att artikel 5.2 b inte medger ett krav på offentliggörande kan framhållas det faktum att ett krav på offentliggörande finns inskrivet i en annan bestämmelse i INFOSOC-direktivet, nämligen i artikel 5.3 d. Här stadgas att medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 för ”citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten”. Då denna skrivning inte återfinns i artikel 5.2 b torde motsatsvis kunna utläsas att något sådant krav inte uppställs här.

En annan anledning till att nämnda avvikelser inte uppmärksammas i lagstiftningsärendena kan vara att det i praktiken sällan uppkommer några tvister avseende verk som ej är offentliggjorda och som alltså inte lovligt gjorts tillgängliga för allmänheten. Verken är ju i dessa fall av naturliga skäl svårtillgängliga och i de fall då en upphovsman lämnar ifrån sig ett ej offentliggjort verk torde det i de flesta fall ske till personer i dennes närhet med givna instruktioner om huruvida kopiering för enskilt bruk är tillåten eller ej.

Det kan dock inte uteslutas att situationen kan uppkomma. Grundtanken bakom att verk som ej gjorts tillgängliga för allmänheten inte får kopieras utan upphovsmannens samtycke är naturligtvis att verken då kan få en

spridning utöver vad upphovsmannen kan tänkas vilja gå med på.¹⁸⁶ Exempel på situationer som kan aktualisera den här aktuella frågan är när någon som fått låna t.ex. ett manuskript för genomläsning kopierar det för enskilt bruk trots att han eller hon ej fått tillåtelse till detta eller att någon som fått ta del av ett privat brev kopierar det eller skriver av det. Ett annat exempel är när en skivrecensent mottager en ej utgiven CD-skiva med musik för att han eller hon skall ha möjlighet att recensera skivan före det att den släpps i handeln varpå vederbörande framställer ett exemplar av den för enskilt bruk.

Sammanfattningsvis kan sägas att artikel 5.2 b enligt min mening inte medger den begränsning av exemplarframställning för enskilt bruk som kravet på offentliggörande i 12 § URL utgör. Med tanke på att Danmark och Finland valt att behålla den tidigare lydelsen av bestämmelsen i detta avseende framstår det emellertid som föga överraskande att också Sverige valt denna lösning.

5.3.2 Krav på lovlig förlaga

Som tidigare framgått är det i svensk rätt en omdebatterad fråga huruvida man utöver kravet på att verket skall vara offentliggjort även kan ställa särskilda krav på förlagan för den enskilda kopieringen vid exemplarframställning för enskilt bruk enligt 12 § URL.¹⁸⁷ Frågan är med andra ord om just det exemplar som kopieras måste ha framställts eller gjorts tillgängligt lovligen, d.v.s. med upphovsmannens samtycke eller enligt lag.

Något sådant krav framgår överhuvudtaget inte av INFOSOC-direktivet.¹⁸⁸ Det är därför relevant att ställa frågan huruvida artikel 5.2 b medger en sådan begränsning som ett krav på lovligen framställt eller tillgängliggjort original skulle utgöra. Vad jag förstår är det här fråga om hur begreppet verk i artikel 2, till vilken artikel 5.2 b hänvisar, skall tolkas. Med andra ord är det i princip samma situation som råder i Sverige i dagsläget, före implementeringen av INFOSOC-direktivet, då tolkningen av uttrycket offentliggjorda verk är omtvistad. Å ena sidan kan argumenteras för att ordalydelsen i artikel 5.2 b inte medger en begränsning av detta slag. Å andra sidan kan argumenteras för det orimliga i att olagliga kopior bildar underlag för lagenlig exemplarframställning.

I detta avseende har direktivet således inte klarlagt rättsläget. Många har emellertid hoppats att departementet likväl skall införa en sådan reglering i samband med omarbetningen av upphovsrättslagen. För det fall att artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet kan anses tillåta en sådan inskränkning i rätten att mångfaldiga verk för privat bruk som kravet på lovlig förlaga utgör framträder en ytterligare frågeställning, nämligen huruvida det är lämpligt

¹⁸⁶ Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 115.

¹⁸⁷ Se avsnitt 2.7.2.

¹⁸⁸ Jfr dock stycke 22 i ingressen till INFOSOC-direktivet.

med ett sådant krav. Dessa båda frågeställningar skall belysas i föreliggande avsnitt.

5.3.2.1 Det svenska lagförslaget¹⁸⁹

Vad gäller eventuella krav på förlagan för kopieringen inleder Justitiedepartementet med att konstatera att INFOSOC-direktivet inte tar ställning i frågan. Det framhålls vidare att en stor del av det material som finns tillgängligt på Internet, särskilt vad gäller musik och film, har placerats där utan tillstånd från upphovsmannen och utan stöd i lag. Trots att det är otillåtet att göra upphovsrättsligt skyddat materialet tillgängligt på Internet utan tillstånd är kopiering för privat bruk alltså möjligtvis ändå tillåten.

Departementet ifrågasätter om det är rimligt att allmänheten på detta sätt kan utnyttja olagliga gärningar för att utan rättighetshavarens tillstånd fritt kopiera verk. Det påstås att tillåtligheten i sig minskar respekten för upphovsrätten och att systemet kan förefalla inkonsekvent om det är lagligt att kopiera verk trots att materialet man kopierar är olagligt.

Svårigheterna med att kontrollera efterlevnaden av en bestämmelse om lovlig förlaga i 12 § URL framhålls som ett argument mot att införa ett sådant krav. Samtidigt konstateras att en tydlig markering från lagstiftarens sida av att det inte är acceptabelt att använda sig av olagligt material kan mötas med förståelse från allmänhetens sida. Det är enligt departementet viktigt att göra detta ställningstagande.

Alternativet, d.v.s. att utvidga kassettersättningen för att kompensera för denna kopiering, framställs som mindre lämpligt, närmast stötande, just när det är fråga om olovliga förlagor. Dessutom kommer ett förbud mot att använda olovliga förlagor vid kopiering för privat bruk att innebära att det blir lättare att ingripa mot dem som gör sig skyldiga till medhjälp till kopieringen. Medhjälparna kan då inte längre gömma sig bakom argumentet att de endast medverkar till laglig exemplarframställning.

Sammantaget finner departementet att det föreligger starka skäl för att i 12 § URL införa ett krav på att förlagan skall vara lovlig. Bestämmelsen skall enligt förslaget placeras i ett nytt fjärde stycke och, vilket har framgått av avsnitt 4.3, ha följande lydelse:

Det är inte tillåtet att med stöd av denna paragraf framställa exemplar av ett verk när det exemplar som är den egentliga förlagan framställts eller gjorts tillgängligt för allmänheten i strid med 2 §.

Som synes definieras begreppet lovlig på så sätt att förlagan inte får ha framställts eller gjorts tillgänglig för allmänheten i strid med 2 § URL. Detta innebär som huvudregel att förlagan skall ha framställts eller gjorts tillgänglig för allmänheten med upphovsmannens samtycke. Exemplar-

¹⁸⁹ Om ej annat anges är de hänvisningar som i detta avsnitt görs till det svenska lagförslaget att hänföra till Ds 2003:35, s. 150-153.

framställning eller tillgängliggörande kan dock även ske med stöd av en bestämmelse i 2 kap. URL. Ett sådant förfogande sker inte i strid med 2 § URL. Det innebär att det kan förekomma fall där förlagan kan vara lovlig trots att upphovsmannens tillstånd inte har inhämtats.

Införlivandet av artikel 5.1 i INFOSOC-direktivet om tillfälliga kopior i svensk rätt föranleder vissa problem i här aktuellt avseende.¹⁹⁰ Om man utan hänsyn till inskränkningen om tillfälliga kopior i 11 a § URL föreskriver att förlagan måste vara lovlig kommer kopiering för privat bruk på Internet i många fall att vara tillåten trots att verket lagts ut på Internet utan tillstånd eller stöd i lag. Anledningen är att det exemplar som slutanvändaren kopierar normalt inte är samma exemplar som ursprungligen lades ut. Ett antal tillfälliga kopior har uppstått under överföringen och dessa tillfälliga kopior kommer på grund av den nya inskränkningen att vara lovliga. Mot denna bakgrund föreslår departementet att 12 § 4 st URL föreskriver att det är den egentliga förlagan som måste vara lovlig, alltså det eller de exemplar som ursprungligen lagts ut på Internet eller kan sägas utgöra huvudförlagan.

5.3.2.2 Diskussion

Som framgått av avsnitt 2.7.2 råder i dag stor oenighet och stor oklarhet i den viktiga frågan om huruvida förlagan för exemplarframställning med stöd av 12 § URL måste vara lovlig eller ej. Möjligheten finns att Högsta domstolen redan i dag, före införlivandet av INFOSOC-direktivet, skulle tolka 12 § URL så att den innefattar ett krav på att just det exemplar av ett verk som ligger till grund för exemplarframställning för enskilt bruk måste ha framställts eller ha gjorts tillgängligt lovligt.

Justitiedepartementet föreslår som framgått, utan att närmare diskutera förenligheten med INFOSOC-direktivet, att ett krav på lovlig förlaga införs i 12 § URL. Personligen har jag svårt att se att direktivet skulle hindra en sådan reglering.

I Danmark infördes redan vid en lagändring 2001 en bestämmelse som innebär att det inte är tillåtet att framställa exemplar av ett verk med hjälp av ett exemplar som tillkommit i strid med upphovsmannens ensamrätt.¹⁹¹ Regeln som utvidgades något i samband med implementeringen av INFOSOC-direktivet återfinns i § 11 stk. 3 ophavsretsloven:

Når et værk anvendes i henhold til dette kapitel, er det ikke tilladt at fremstille eksemplarer på grundlag af en gengivelse af værket i strid med § 2 eller på grundlag af en omgæelse af en teknisk foranstaltning i strid med § 75 c, stk. 1.¹⁹²

¹⁹⁰ Se avsnitt 4.3.

¹⁹¹ Lov om ændring af ophavsretsloven (Lov nr. 472 af 07/06/2001).

¹⁹² ”Dette kapitel” syftar på lagens kapitel 2, vilket liksom i upphovsrättslagen innehåller inskränkningar i upphovsrätten. ”§ 2” motsvaras i svensk rätt av 2 § URL.

Bestämmelsens förenlighet med INFOSOC-direktivet kommenterades inte i förarbetena till den lag som införlivade direktivet i dansk rätt.¹⁹³ Det tycks därför som att den danska regeringen ansett att ett krav på lagligt original vid exemplarframställning står i överensstämmelse med direktivet.

Också i Finland önskar man införa en regel om krav på lagligt original vid tillämpning av inskränkningarna i lagens andra kapitel.¹⁹⁴ Regeln föreslås införas i 11 § 5 st FURL:

Med stöd av detta kapitels bestämmelser om inskränkning av upphovsrätten får exemplar inte framställas av sådana exemplar av verk som framställts eller tillgängliggjorts för allmänheten i strid med 2 § eller till vars skydd utförda tekniska åtgärder kringgåts i strid med 50 a §.¹⁹⁵

Det skall poängteras att förslaget inte har sin grund i INFOSOC-direktivet. Regeringen grundar i stället förslaget på rättspolitiska överväganden och konstaterar att det inte kan vara rätt att ”en olagligt framställd kopia av ett exemplar av ett verk blir ett lagligt exemplar när kopian framställs med stöd av lagens bestämmelser”. Uppfattningen tycks således vara att förslaget är förenligt med direktivet.

Jag har som sagt svårt att se att INFOSOC-direktivet hindrar att ett krav på lovlig förlaga införs i upphovsrättslagen vid exemplarframställning för privat bruk. Det kan inte vara tanken att det skall vara tillåtet att framställa lovliga kopior av olovliga förlagor.

Är det då lämpligt att införa ett krav på lovlig förlaga i 12 § URL? I det finska lagförslaget föreslås som sagt att bestämmelsen i 12 § FURL skall omfattas av regeln i 11 § 5 st FURL.¹⁹⁶ I propositionen förklaras detta bland annat med att 12 § FURL i viss mån är särpräglad och avviker från övriga inskränkningar i kapitel 2. När det gäller dessa övriga inskränkningar är det enligt regeringen ofta tydligt fråga om användning av verk som sker i någon organisations regi eller i yrkesmässig användning där kopieringen har karaktären av näringsverksamhet. Det är alltså fråga om situationer utanför den privata sfären.

Vidare framhålls att det antal kopior som framställs i enlighet med dessa övriga inskränkningar inte är begränsat till enstaka exemplar, vilket är fallet vid exemplarframställning för enskilt bruk. Det betonas också att kopior som framställs för enskilt bruk enbart får användas inom den privata sfären,

¹⁹³ Lovförslag nr. L 19, s. 16.

¹⁹⁴ Hela resonemanget avseende det finska lagförslaget i detta avsnitt bygger på RP 28/2004, s. 53 f.

¹⁹⁵ ”2 §” motsvaras i svensk rätt av 2 § URL. Bestämmelsen i 11 § 5 st FURL fortsätter: Bestämmelserna i detta moment gäller dock inte användning av verk med stöd av 11 a, 16 eller 16 a - 16 c § eller 25 d § 2 mom.

¹⁹⁶ Genom ett föreslaget stadgande i 56 a § FURL anges dock att det inte skall vara straffbart att bryta mot 11 § 5 st FURL. I praktiken kommer följaktligen exemplarframställning för enskilt bruk i Finland inte att omfattas av kravet på lovlig förlaga.

och inte för annat bruk. Sådana kopior stannar således inom den privata sfären.

Ett annat argument som framförs i den finska propositionen är att det kan vara väldigt svårt, i vissa fall omöjligt, att avgöra huruvida det verkligen rör sig om lagligt material som finns tillgängligt i öppna datanätverk. I dessa situationer menar den finska regeringen att yrkesmässiga användare ofta har bättre förutsättningar än privatpersoner att bedöma om ett material är lagligt eller ej. Allt detta sammantaget talar enligt den finska regeringen för att 12 § FURL skall omfattas av bestämmelsen i 11 § 5 st FURL.

Personligen anser jag att det resonemang som förs av den finska regeringen i här aktuellt avseende är aningen egendomligt. Konstaterandet att det antal kopior som framställs vid privatkopiering är begränsat och att något krav på lagligt original därför inte skulle behöva införas anser jag vara helt felaktigt. Troligen stämmer det visserligen att en enskild privatperson inte framställer mer än ett begränsat antal kopior av ett olagligt verk som finns tillgängligt i ett nätverk, t.ex. genom ett fildelningsprogram. Problemet är dock att kretsen av användare med tillgång till dessa program är så oerhört stor. Det totala antalet exemplarframställningar från olagliga original kan således bli väldigt stort, trots att varje enskild privatperson endast framställer ett eller ett par exemplar.

Följaktligen anser jag att det är lämpligt med en bestämmelse som uppställer ett krav på lovlig förlaga vid exemplarframställning för privat bruk. I likhet med Rosén menar jag att det vore orimligt om det faktum att ett verk en gång blivit lovligen tillgängligt för allmänheten skulle medföra att olagliga kopior senare kunde bilda underlag för ett lagenligt enskilt bruk.¹⁹⁷

En fråga som inte uppmärksammas i det svenska lagförslaget är huruvida det skall vara tillåtet att framställa exemplar för enskilt bruk när förlagan gjorts åtkomlig genom kringgående av en teknisk åtgärd. Som framgått är sådan kopiering otillåten i Danmark och den föreslås bli lagstridig i Finland. Att en liknande skrivning utelämnas i det svenska lagförslaget torde vad jag förstår innebära att, för det fall att lagförslaget antas, det blir tillåtet att framställa exemplar för enskilt bruk av verk som gjorts åtkomliga genom kringgående av en teknisk åtgärd.¹⁹⁸

För svenskt vidkommande torde den föreslagna bestämmelsen i 12 § 4 st URL få sin största betydelse vad gäller exemplarframställning på Internet, inte minst genom ovan nämnda fildelningsprogram. Det är utan tvekan så att en mycket stor del av det material som finns tillgängligt med hjälp av dessa program har placerats på Internet utan upphovsmannens tillstånd eller utan

¹⁹⁷ Se Rosén, JT 2000-01, s. 994.

¹⁹⁸ Detta är möjligt eftersom det för att den föreslagna bestämmelsen i 12 § 4 st URL skall vara tillämplig krävs att förlagan ej har framställts eller gjorts tillgänglig i strid med 2 § URL och ett kringgående av en teknisk åtgärd står inte i strid med 2 § URL, se Ds 2003:35, s. 152.

stöd i lag. Samtidigt är användningen av denna typ av program utbredd i vida kretsar av allmänheten. Denna form av utnyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk är av särdeles stort kommersiellt och ekonomiskt intresse. Jag menar därför att det vore orimligt att berörda rättsinnehavare inte har rätt att utöva sin ensamrätt i sådana sammanhang.

Det ligger en inneboende svårighet i att bestämmelsen om lovlig förlaga kan förväntas få stor betydelse vad beträffar exemplarframställning från Internet. Då huvuddelen av människors Internetanvändning sannolikt äger rum inom den privata sfären är det av naturliga skäl svårt att kontrollera huruvida lagstiftningen efterlevs i praktiken. Departementet konstaterar härvidlag att den största betydelsen av den föreslagna lagändringen inte torde vara att det eventuellt går att spåra enskilda privatpersoner som gjort en enstaka kopia av en olovlig förlaga. Av större betydelse torde i stället vara att det blir möjligt att ingripa mot den som är medhjälpare till sådan kopiering, t.ex. genom tillhandahållande av programvara som är avsedd att användas just till nedladdning av olovliga förlagor. Dessa personer har tidigare kunnat hävda att agerandet inte varit brottsligt då de endast har hjälpt privatpersoner att framställa exemplar för enskilt bruk. Detta försvar kommer med det nya lagförslaget ej längre att vinna framgång.¹⁹⁹

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att INFOSOC-direktivet inte hindrar att ett krav på lovlig förlaga vid exemplarframställning för privat bruk införs i upphovsrättslagen. Det är också sannolikt att en bestämmelse av detta slag införs i samband med den svenska implementeringen av direktivet. Jag finner en sådan reglering lämplig.

5.4 Privat bruk

Exemplarframställning enligt 12 § URL får endast ske för enskilt bruk.²⁰⁰ Denna lokution motsvaras i INFOSOC-direktivet av begreppet privat bruk.²⁰¹ Utöver kravet på privat bruk fastslås att det för att artikel 5.2 b skall vara tillämplig skall vara fråga om mångfaldigande där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt.²⁰²

Rosén menade före tillkomsten av det svenska lagförslaget att det faktum att terminologin i INFOSOC-direktivet fokuserar på privat bruk och inte på enskilt bruk innebär en dramatisk förändring i svensk rätt.²⁰³ Rosén tycks hysa åsikten att artikel 5.2 b utgör en väsentligt snävare inskränkning i den upphovsrättsliga ensamrätten än vad som är fallet med 12 § URL.

¹⁹⁹ Se Ds 2003:35, s. 152.

²⁰⁰ Se avsnitt 2.7.3.

²⁰¹ Se avsnitt 3.4.1.

²⁰² Se avsnitt 3.4.2.

²⁰³ Rosén, NIR 2001, s. 596.

I en skrivelse till Justitiedepartementet angående implementeringen av INFOSOC-direktivet framförde intresseorganisationerna Copyswede och Klys samma åsikt. Här påstods att ”artikeln utgör en mycket snävare inskränkning av 12 §, vilket innebär att 12 § måste skärpas”.²⁰⁴

Det är vad jag förstår främst på två områden som diskrepansen mellan enskilt och privat bruk kan komma att få betydelse för den framtida utformningen av 12 § URL. Det gäller för det första kopiering på arbetsplatsen och för det andra utomstående medhjälp.²⁰⁵ Dessa båda områden skall presenteras i förestående avsnitt.

5.4.1 Exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk²⁰⁶

Som tidigare framgått står det klart att det i gällande rätt inte kan vara fråga om exemplarframställning för enskilt bruk då exemplarframställningen sker som ett led i förvärvsverksamhet.²⁰⁷ Härvidlag korresponderar 12 § URL väl med artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet där det klart framgår att det skall vara fråga om mångfaldigande för privat bruk där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt.²⁰⁸

Viss arbetsanknuten verksamhet omfattas i dag av begreppet enskilt bruk. Det är exempelvis tillåtet för en anställd eller för en egen företagare att framställa enstaka kopior av t.ex. tidskriftsartiklar såväl för eget som för enskilda kollegors bruk.²⁰⁹ Det är alltså tillåtet för en anställd i en viss verksamhet att kopiera en artikel som han eller hon finner intressant till en kollega. På så sätt kan anställda hjälpa varandra att hålla sig fackligt uppdaterade.

I den svenska debatten har det på vissa håll argumenterats för att denna typ av exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk borde förbjudas i samband med implementeringen av INFOSOC-direktivet. I den tidigare omnämnda skrivelsen från Copyswede och Klys påstods exempelvis att

²⁰⁴ *Gemensamma synpunkter på införlivandet av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*, Copyswede och Klys, 2001, s. 15.

²⁰⁵ I ett remissyttrande hävdas visserligen att en nära vänkrets inte kan anses falla under begreppet privat i artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet. Detta förefaller emellertid föga sannolikt varför frågan ej behandlas här. Se *Remissyttrande av MPA över Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället*, Motion Picture Association, 2003, s. 12.

²⁰⁶ Termen personligt yrkesmässigt bruk är hämtad från Ringnes, Arne: *Privat kopiering till ”personlig yrkesmessig bruk”*, NIR 2001, s. 645-649. Det åsyftade fenomenet förekommer i juridisk litteratur även under andra beteckningar, t.ex. kollegial exemplarframställning.

²⁰⁷ Se avsnitt 2.7.3.

²⁰⁸ Se avsnitt 3.4.1 och 3.4.2.

²⁰⁹ Se prop. 1992/93:214, s. 51; jfr Olsson: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, s. 115 f.

”eftersom artikel 5.2 b) tar sikte på nyttjande för rent privat bruk, dvs eget bruk eller bruk inom det egna hushållet, kan det t ex i framtiden inte längre få vara möjligt att framställa enstaka exemplar för enskilt bruk i tjänsten med stöd av enskilt brukbestämmelsen i URL”.²¹⁰

Den relevanta frågeställningen i detta sammanhang är huruvida INFOSOC-direktivet medger att anställda eller egna företagare framställer exemplar av verk med stöd av 12 § URL för eget eller för enskilda kollegors bruk. Denna fråga skall belysas i det följande.

5.4.1.1 Det svenska lagförslaget²¹¹

Departementet konstaterar inledningsvis att sådan kopiering som sker för eget, personligt bruk eller åt den närmaste familje- och vänkretsen utan tvekan omfattas av artikel 5.2 b. Det anses emellertid mer tveksamt om direktivet tillåter en inskränkning som medger en så omfattande kopiering i samband med arbete som 12 § URL enligt gällande rätt gör.

Vidare gör departementet gällande att det egentligen framgår av såväl uttrycket privat bruk som av den svenska motsvarigheten enskilt bruk att kopiering inte får ha ett kommersiellt syfte. Genom att det i INFOSOC-direktivet anges att kopieringen varken direkt eller indirekt får ha ett kommersiellt syfte understryks dock kravet på att kopieringen endast får ske för renodlat privat syfte. Den svenska praxisen att tillåta att kopior görs åt kollegor på arbetsplatsen kan enligt departementet knappast vara förenlig med denna snävare definition av begreppet privat bruk. Situationen att en anställd eller en egen företagare²¹² framställer en kopia uteslutande för sitt eget bruk i tjänsten anses emellertid vara mer svårbedömd.

Praktiskt sett skulle en tolkning som innebär att det överhuvudtaget inte är tillåtet för arbetstagare och egna företagare att kopiera för privat bruk inom ramen för sitt arbete enligt departementet medföra problem. En anställd skulle inte längre kunna ta en eller par kopior ur egen facklitteratur för användning som arbetsmaterial vid sitt skrivbord och ej heller skulle det vara möjligt att i arbetslivet göra en kopia av t.ex. en artikel för att ha med som stöd åt minnet vid ett möte. En sådan lösning skulle dessutom möta väldigt liten förståelse hos allmänheten.

Departementet resonerar så att det även på arbetsplatsen kan sägas finnas en privat sfär, vilken dock får antas vara betydligt snävare än den privata sfären utanför arbetsplatsen. Inom en privat sfär på arbetsplatsen torde i vart fall

²¹⁰ *Gemensamma synpunkter på införlivandet av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*, Copyswede och Klys, 2001, s. 15.

²¹¹ Om ej annat anges är de hänvisningar som i detta avsnitt görs till det svenska lagförslaget att hänföra till Ds 2003:35, s. 142-145.

²¹² Fortsättningsvis i framställningen kommer termen anställd att syfta på såväl anställda som egna företagare.

rymmas sådan kopiering som man utför åt sig själv i sitt arbete. Med ett sådant resonemang skulle INFOSOC-direktivet kunna tolkas så att det inom ramen för privat bruk alltså är möjligt att framställa en kopia åt sig själv på arbetet medan det inte längre är möjligt att framställa kopior åt kollegor, en tolkning som enligt departementet framstår som rimlig.

Det poängteras i detta sammanhang att det i slutändan ankommer på rättstillämpningen att fastställa de yttersta gränserna för vad som skall omfattas av begreppet privat bruk. I vart fall är emellertid artikel 5.2 b i direktivet enligt departementet något snävare i sitt tillämpningsområde än 12 § URL. Ordalydelsen i upphovsrättslagen anses därför behöva ändras för att ligga närmare lydelsen i direktivet. Departementet föreslår därför att uttrycket enskilt bruk byts ut mot direktivets uttryck privat bruk.

Däremot anses det inte nödvändigt att i upphovsrättslagen föra in direktivets skrivning om att syftet varken direkt eller indirekt får vara kommersiellt. Denna skrivning torde närmast vara att betrakta som ett förtydligande av uttrycket privat bruk. Naturligtvis måste dock begreppet privat bruk alltid tolkas i ljuset av skrivningen i direktivet.

Enligt lagförslaget blir det således inte möjligt att fortsättningsvis ta kopior åt kollegor på arbetsplatsen. Detta kan skapa praktiska problem varför departementet föreslår att det skall införas bestämmelser om avtalslicens för en del av de användningsområden som enligt den nya lydelsen i 12 § URL faller utanför rätten till exemplarframställning för privat bruk.²¹³ Således införs i en ny 42 b § URL en avtalslicensbestämmelse som ger bland annat företag, organisationer och myndigheter rätt att, om avtalslicens gäller, för användning inom sin verksamhet framställa exemplar av vissa typer av verk genom reprografiskt förfarande, d.v.s. främst fotokopiering.²¹⁴

5.4.1.2 Diskussion

Den bakomliggande frågan för lagstiftaren vad gäller exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk är huruvida det tillåtna området för kopiering i 12 § URL (enskilt bruk) är mer omfattande än det tillåtna området enligt INFOSOC-direktivet (privat bruk där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt). Justitiedepartementet konstaterar härvidlag att det förefaller tveksamt om direktivet tillåter en reglering som medger exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk i den omfattning som är möjlig enligt gällande upphovsrättslag.

²¹³ Se Ds 2003:35, s. 281-288.

²¹⁴ Det skall tilläggas att det redan i dag finns en möjlighet för företag, myndigheter och organisationer att teckna frivilliga kopieringslicenser med Bonus Presskopia, en organisation som består av femton bransch- och intresseorganisationer. För vidare information, se Bonus Presskopias webbplats, <<http://www.b-pk.se>>.

Departementet skiljer mellan å ena sidan situationen då en anställd framställer exemplar uteslutande för eget bruk i tjänsten och å andra sidan situationen då en anställd framställer exemplar åt kollegor på arbetsplatsen. Enligt lagförslaget skall den förstnämnda situationen även fortsättningsvis vara tillåten. Med hänvisning till att det även på arbetsplatsen kan sägas finnas en privat sfär framstår det enligt departementet som rimligt att tolka INFOSOC-direktivet så att det inom ramen för rekvisitet privat bruk alltjämt skall vara möjligt att framställa en kopia åt sig själv i tjänsten.

Som stöd för denna tolkning görs gällande att frågan diskuterades under förhandlingarna om direktivet och att kommissionen då framhöll att artikel 5.2 b inte uteslöt kopiering åt sig själv på arbetsplatsen.²¹⁵ En viss osäkerhet i departementets uppfattning kan emellertid skönjas då det i samband med diskussionerna om införandet av avtalslicensen i 42 b § URL konstateras att ”det är möjligt att 12 § URL alltjämt kommer att tillåta sådan kopiering som en enskild arbetstagare eller företagare gör för sin egen räkning, men några garantier för det går inte att ge”.²¹⁶

Vad gäller situationen att en anställd framställer kopior åt en kollega på arbetsplatsen konstaterar departementet att INFOSOC-direktivet ej tillåter denna form av exemplarframställning. Härvidlag hänvisas till ordalydelsen i artikel 5.2 b, vilken anger att kopiering varken får ske för direkt eller indirekt kommersiellt syfte. Exemplarframställning får således ske enbart för renodlat privat syfte. Resonemanget utvecklas inte närmare än så.

I det danska lagförarbetet gjordes också antagandet att den kopiering för arbetskollegors bruk i förvärvslivet som vid den aktuella tidpunkten var tillåten enligt § 12 ophavsretsloven efter införlivandet av INFOSOC-direktivet skulle komma att betraktas som kopiering för direkt eller indirekt kommersiellt syfte.²¹⁷ Den danska regeringen fann det därför nödvändigt att begränsa bestämmelsens räckvidd. Möjligheterna till exemplarframställning för enskilt bruk kom följaktligen att inskränkas till bruk som inte sker i förvärvssyfte.

Ophavsretslovens § 12 stk. 1 har numera följande lydelse:

Af et offentliggjort værk må enhver fremstille eller lade fremstille enkelte eksemplarer til sin private brug, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed. Sådanne eksemplarer må ikke udnyttes på anden måde.

I lagförarbetet preciserades relativt utförligt vad den nya lydelsen har till innebörd. Det fastslogs att begreppet förvärvssyfte (erhvervsøjemed) skall förstås brett och att det omfattar aktiviteter som sker såväl som ett led i privat förvärvsverksamhet som i verksamhet som kan likställas härmed.

²¹⁵ Ds 2003:35, s. 144.

²¹⁶ Ds 2003:35, s. 285.

²¹⁷ Hela resonemanget avseende det danska lagförarbetet i detta avsnitt bygger på Lovforslag nr. L 19, s. 18.

Intressant att notera är att den nya bestämmelsen även fortsättningsvis ger möjlighet för en anställd i förvärvsverksamhet att kopiera för eget bruk och till andra kollegor till vilka vederbörande har ett personligt band. Vissa remissinstanser, särskilt Dansk industri, menade att kopiering till enskilda kollegor även fortsättningsvis borde vara tillåten.²¹⁸ Det hävdades från Dansk industris sida att direktivets ordalydelse inte kunde anses förhindra kollegial kopiering utan att den låg i linje med den ophavsretslov som var gällande vid tiden för remissyttrandet. Som utveckling av detta resonemang framfördes att artikel 5.2 b visserligen fastställer det tillåtna bruket (privat bruk där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt), men att den inte säger någonting om vem som får kopiera.

Dansk industri påpekade även att den danska lösningen innebär en hög grad av villkorlighet, vilket ansågs olyckligt. Lösningen innebär att det är tillåtet att kopiera för kollegor som man är vän med, men inte för mer allmänna kollegor. Att exakt samma handling i samma verksamhet kan få två olika rättsliga konsekvenser menade Dansk industri är otillfredsställande.

Frågan om exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk berördes inte överhuvudtaget i det finska lagförslaget.²¹⁹ Det torde bero på att sådan exemplarframställning, åtminstone vad gäller exemplarframställning åt kollegor på arbetsplatsen, redan tidigare varit förbjuden i Finland.²²⁰ Enskilt bruk enligt 12 § FURL innebär alltid icke-kommersiellt bruk. Artikel 5.2 b föranleder således ingen ändring av den finska upphovsrättslagen härvidlag.

Personligen menar jag att varken kopiering till sig själv eller till en kollega på arbetsplatsen kan sägas falla in under en strikt tolkning av ordalydelsen i artikel 5.2 b.²²¹ Som departementet också påpekar förefaller kravet på att exemplarframställningen varken direkt eller indirekt får ha ett kommersiellt syfte innebära att den skall ske för renodlat privat syfte. Den ståndpunkt som kommissionen enligt Justitiedepartementet tagit i frågan tycks därför enligt min mening något motsägelsefull jämfört med ordalydelsen i artikeln. Det är emellertid svårt att ta ställning till vilken betydelse denna ståndpunkt har. Man kan fråga sig vad som är att betrakta som indirekt kommersiellt syfte enligt artikel 5.2 b om inte denna form av exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk är det. Dessvärre ger de dokument som publicerats under direktivets framväxt ingen ledning i denna fråga.

En tankegång som kan anas i kommissionens ståndpunkt är den att det när en anställd kopierar till sig själv inte är fråga om direkt eller indirekt kommersiellt syfte utan snarare om ett rent praktiskt syfte. Ett sådant resonemang är dock enligt min mening inte hållbart då kommersiellt syfte

²¹⁸ Avsnittet bygger i den del det behandlar Dansk industri på dess remissvar, *Vedrørende høring af departementalt udkast til ændring af ophavsretsloven*, Dansk industri, 2002.

²¹⁹ Se RP 28/2004, s. 28 f.

²²⁰ Se Haarmann: *Tekijänoikeus & lähioikeudet*, s. 128. Här framgår att det kan vara fråga om enskilt bruk då en anställd framställer exemplar åt sig själv, men här nämns inget om exemplarframställning åt kollegor på arbetsplatsen.

²²¹ Jfr motsatt uppfattning i Ringnes, NIR 2001, s. 649.

och praktiskt syfte inte är varandras motsatser utan kan föreligga parallellt.²²² Att syftet är praktiskt utesluter med andra ord inte att syftet också är kommersiellt.

Vidare kan den åtskillnad som departementet gör mellan en anställds kopiering till sig själv, vilken inte tycks ha ett kommersiellt syfte, och en anställds kopiering till en kollega, där syftet anses vara kommersiellt, enligt min uppfattning kritiseras. Det är i båda fallen fråga om exemplarframställning som sker inom en kommersiell näringsverksamhet. Som tidigare antytts menar jag därför att syftet i båda fallen är att betrakta som kommersiellt.

Skulle man inta motsatt ståndpunkt, d.v.s. att de båda formerna av kopiering inte kan hänföras till ett kommersiellt syfte, vilket departementet och kommissionen enligt uppgiften i lagförslaget har gjort, borde den således gälla båda fallen av kopiering. I sådant fall måste man gå över till att analysera rekvisitet privat bruk. Härvidlag konstaterar departementet att artikel 5.2 b medger sådan kopiering som sker för eget, personligt bruk samt kopiering åt den närmaste familje- och vänkretsen. Om man i likhet med departementet talar om en privat sfär på arbetsplatsen menar jag följaktligen att det är denna bedömning som måste göras, exemplarframställning för privat bruk skulle således vara tillåten om den sker för eget, personligt bruk eller åt den närmaste vänkretsen på arbetsplatsen.

Sett ur detta perspektiv förefaller den danska lösningen i detta avseende mer tilltalande än den svenska. Den danska ophavsretsloven ger som framgått möjlighet för en anställd att kopiera såväl för eget bruk som för andra kollegor till vilka vederbörande har ett personligt band. Jag vill påstå att denna lösning är mer konsekvent än den svenska vad gäller att applicera rekvisitet privat bruk på arbetsplatsen. I det svenska lagförslaget konstaterar man å ena sidan att det är rimligt att resonera så att det även på arbetsplatsen kan sägas finnas en privat sfär. Å andra sidan tar man inte steget fullt ut då man menar att denna privata sfär är betydligt mindre än den utanför arbetsplatsen. Den närmaste familje- och vänkretsen i vardagslivet torde i arbetslivet motsvaras av den närmaste kretsen av kollegor, åtminstone de till vilka vederbörande kan anses ha ett personligt band.

En annan aspekt på exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk är att det rent praktiskt är svårt att skilja på en anställds egen kopiering och kopiering åt en kollega. Hur skall det exempelvis bedömas om den anställda tipsar sin kollega om en intressant tidskriftsartikel och kollegan därefter själv kopierar den för eget bruk?²²³ Vidare kan man tänka sig situationen där en anställd finner ett avsnitt ur en bok vara intressant för hela den

²²² Jfr motsatt uppfattning i *Remissyttrande över departementspromemorian Upphovsrätten i informationssamhället genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Ds 2003:35)*, Telefonaktiebolaget LM Ericsson, 2003, s. 3.

²²³ En annan sak är om tipset kommer från en chef eller motsvarande. I sådana situationer torde det enligt min mening inte kunna vara fråga om privat bruk.

avdelning där vederbörande är verksam. Han eller hon frågar då kollegorna på denna avdelning om de önskar erhålla kopior av detta utdrag varpå vederbörande framställer kopior åt de som så önskat. Kan den anställde då inte vara att betrakta som en utomstående medhjälpare?²²⁴ Dessa praktiska svårigheter menar jag utgör ytterligare skäl för att inte skilja mellan en anställds kopiering åt sig själv och åt sina kollegor på arbetsplatsen.

Slutligen kan konstateras att det i fallet med exemplarframställning för personligt yrkesmässigt bruk, liksom i fallet med lovlig förlaga, kan vara ett problem vad gäller efterlevnaden av bestämmelsen. Det är av naturliga skäl svårt att kontrollera att denna typ av reglering efterföljs. Härvidlag framhäver departementet att det är viktigt att information om det förändrade rättsläget och om möjligheterna till avtalslicens når ut till allmänheten, särskilt genom information från rättighetshavarna själva eller från deras organisationer.

Sammanfattningsvis kan sägas att varken en anställds kopiering till sig själv eller en anställds kopiering till en kollega enligt min uppfattning kan sägas falla in under en strikt tolkning av ordalydelsen i artikel 5.2 b. Införs den föreslagna bestämmelsen i upphovsrättslagen innebär det att det är tillåtet för en arbetstagare att framställa exemplar för privat bruk åt sig själv, men ej till en kollega. Även inom Justitiedepartementet förefaller det råda en viss osäkerhet avseende vad artikel 5.2 b verkligen medger härvidlag. Det återstår att se hur bestämmelsen kommer att tolkas i den framtida rättstillämpningen.

5.4.2 Utomstående medhjälp

Exemplar för enskilt bruk får enligt svensk rätt framställas inte bara av den person som önskar erhålla en kopia utan även, på uppdrag av denne, av en så kallad utomstående medhjälpare.²²⁵ Enligt kommissionens slutliga yttrande avseende parlamentets ändringsförslag medger även INFOSOC-direktivet att mångfaldigande för privat bruk sker med hjälp av utomstående medhjälp.²²⁶

Copyswede och Klys framförde i sin skrivelse till Justitiedepartementet en motsatt uppfattning. De menade att artikel 5.2 b i direktivet hindrar ”fri uppdragskopiering”, t.ex. hos så kallade copyshops²²⁷, eftersom artikeln

²²⁴ Se avsnitt 2.7.3.

²²⁵ Se avsnitt 2.7.3.

²²⁶ KOM(2001) 170 slutlig (Celex 52001PC0170). Motiveringen återfinns på s. 3. Se även avsnitt 3.4.1.

²²⁷ Med copyshops avses yrkesmässiga verksamheter som, vanligtvis på eller i nära anslutning till universitet eller högskolor, erbjuder företrädesvis studenter möjlighet att själv kopiera eller att beställa kopieringstjänster, utan hänsyn till huruvida det material som kopieras är upphovsrättsligt skyddat eller inte.

endast tar sikte på nyttjande för rent privat bruk, d.v.s. eget bruk eller bruk inom det egna hushållet.²²⁸ Frågan skall belysas i föreliggande avsnitt.

5.4.2.1 Det svenska lagförslaget²²⁹

I gällande rätt stadgar 12 § URL som sagt att var och en får framställa exemplar av verk för enskilt bruk. Artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet kräver å sin sida att mångfaldigandet skall ha utförts av en fysik person för privat bruk. Denna språkliga diskrepens föranleder departementet att utreda frågan huruvida direktivet medger att utomstående medhjälp anlitas för kopieringen.

I enlighet med kommissionens slutliga yttrande avseende parlamentets ändringsförslag konstaterar departementet att allt talar för att artikel 5.2 b skall tolkas så att det alltjämt är möjligt att tillåta att utomstående anlitas för kopiering för privat bruk.

Vidare fastslås att direktivets skrivning om att syftet med kopieringen varken direkt eller indirekt får vara kommersiellt endast tar sikte på syftet hos den för vars räkning kopieringen sker, d.v.s. beställaren, och inte på karaktären på eventuella medhjälparens verksamhet. Svensk rättspraxis, vilken tillåter enskilda att anlita medhjälpare i form av exempelvis copyshops eller bibliotek, är således förenlig med INFOSOC-direktivet. Några ytterligare begränsningar i möjligheten att anlita utomstående medhjälp till att utföra kopiering för privat bruk är således enligt departementet inte påkallade.

5.4.2.2 Diskussion

Även vad gäller utomstående medhjälp är utgångspunkten huruvida det tillåtna området för kopiering i 12 § URL (enskilt bruk) är mer omfattande än det tillåtna området enligt INFOSOC-direktivet (privat bruk där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt). Frågan är i detta avseende om utomstående medhjälp kan anses vara tillåtet vid mångfaldigande för privat bruk enligt artikel 5.2 b i direktivet.

Kommissionen har som framgått tydligt gjort klart att utformningen av artikel 5.2 b skall medge att mångfaldigande för privat bruk sker med hjälp av utomstående medhjälp. INFOSOC-direktivet förefaller således inte föranleda några förändringar i svensk rätt härvidlag, vilket också konstateras i det föreliggande lagförslaget.

²²⁸ *Gemensamma synpunkter på införlivandet av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*, Copyswede och Klys, 2001, s. 15.

²²⁹ Om ej annat anges är de hänvisningar som i detta avsnitt görs till det svenska lagförslaget att hänföra till Ds 2003:35, s. 149 f.

I såväl det danska lagförarbetet²³⁰ som det finska lagförslaget²³¹ konstateras också följaktligen att gällande reglering av utnyttjande av utomstående medhjälp vid exemplarframställning för enskilt bruk inte behöver bli föremål för ändring med anledning av införlivandet av INFOSOC-direktivet. Den danska regeringen ändrade emellertid senare uppfattning. I en senare lagändring infördes ett förbud mot att anlita utomstående medhjälp när det är fråga om exemplarframställning för enskilt bruk av litterära verk och den utomstående medhjälparen medverkar i förvärvs-verksamhet.²³² Förhållandet till INFOSOC-direktivet nämns underligt nog inte i förarbetet till lagändringen.

Trots det till synes klara rättsläget har det från flera håll hävdats att INFOSOC-direktivet inte alls kan sägas tillåta denna form av utomstående medhjälp vid kopiering.²³³ Den remissinstans som hårdast kritiserade Justitiedepartementets tolkning av INFOSOC-direktivet i denna del var Bildleverantörernas förening, som menade att det svenska lagförslaget inte skulle klara en prövning i EG-domstolen. Det hävdades att det faktum att artikel 5.2 b i direktivet anger att mångfaldigandet skall ske ”av en fysisk person” för privat bruk måste innebära att kommersiella copyshops inte får anlitas såsom utomstående medhjälp.²³⁴

Det skall i detta sammanhang hållas i minnet att EG-domstolen, till skillnad från svenska nationella domstolar, inte har att ta hänsyn till lagstiftningens förarbeten. Kommissionens uttalanden i samband med utomstående medhjälp bör därför enligt min mening bedömas med en viss mån av försiktighet. Med detta betraktelsesätt är det inte självklart att EG-domstolen gör samma tolkning av artikel 5.2 b som kommissionen tidigare gjort.

Sammanfattningsvis förefaller det troligt att Sveriges implementering av INFOSOC-direktivet inte medför några förändringar i 12 § URL vad gäller möjligheterna att använda sig av utomstående medhjälp. Jag sätter dock ett frågetecken för Justitiedepartementets tolkning av direktivet härvidlag. Det finns en betydande risk att EG-domstolen vid en prövning skulle komma till slutsatsen att en reglering av detta slag inte är förenlig med direktivet.

²³⁰ Lovförslag nr. L 19, s. 19.

²³¹ RP 28/2004, s. 29.

²³² Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Lovforslag nr. L 17). Förslaget återfinns på Kulturministeriets webbplats, <<http://www.kum.dk/sw6659.asp>>. Lagförslaget antogs den 9 december 2003 genom Lov om ændring af ophavsretsloven (Lov nr 997 af 09/12/2003).

²³³ Den norska advokaten Astri M. Lund har i detta sammanhang presenterat ett intressant förslag vad gäller en eventuell ersättningsordning för de fall då utomstående medhjälp används vid exemplarframställning för enskilt bruk, se Lund, Astri M: *Kopiering til privat bruk*, NIR 2003, s. 532-538 (s. 537).

²³⁴ Avsnittet bygger i den del det behandlar Bildleverantörernas förening på dess remissyttrande, *Angående upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 201/29/EG m m (Ds:2003:35)*, Bildleverantörernas förening, 2003, s. 1 f.

5.5 Kassettersättning

Bestämmelsen om kassettersättning i 26 k § URL stadgar att upphovsmän till skyddade verk som sänts ut i ljudradio eller television eller som har getts ut på anordningar genom vilka de kan återges har rätt till ersättning då näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet tillverkar eller till landet inför anordningar på vilka ljud eller rörliga bilder kan tas upp, t.ex. oinspelade kassetter, inspelningsbara CD-romskivor etc.²³⁵

Artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet föreskriver att mångfaldigande för privat bruk endast får ske under förutsättning att rättsinnehavaren erhåller rimlig kompensation.²³⁶ Uttrycket rimlig kompensation figurerar inte i upphovsrättslagen. Svensk rätt innehåller inte några bestämmelser som innebär att all exemplarframställning med stöd av 12 § URL skall kompenseras. Viss sådan exemplarframställning kompenseras dock som sagt genom kassettersättningen.

I föreliggande avsnitt skall förhållandet mellan den i 26 k § URL stipulerade kassettersättningen och den rimliga kompensation som föreskrivs i artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet analyseras.

5.5.1 Rimlig kompensation

Kravet på rimlig kompensation i artikel 5.2 b förtydligas något i stycke 35 i ingressen till INFOSOC-direktivet. Här framgår att rättsinnehavare bör få ”rimlig kompensation för att ge dem skälig ersättning för användningen av deras skyddade verk eller andra alster”. Denna skrivning kan vid första påseende förefalla vara en tautologi. Något bättre ledning ges av den engelska direktivtexten, i vilken det föreskrivs att rättsinnehavare bör få ”fair compensation to compensate them adequately for the use made of their protected works or other subject-matter”.

Kravet på rimlig kompensation försvagas också till viss del i stycke 35 i ingressen. Det krävs exempelvis inte någon särskild eller separat betalning i situationer då förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt. Artikel 5.2 b kan således sägas tillåta mångfaldigande för privat bruk i två fall: dels då förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt och dels då rättsinnehavaren erhåller rimlig kompensation.

INFOSOC-direktivet företer inga regler för hur den rimliga kompensation som stadgas skall komma rättsinnehavarna till handa. Inte heller fastställs kompensationens storlek. Medlemsstaterna är således underkastade en

²³⁵ Se avsnitt 2.7.4.

²³⁶ Se avsnitt 3.4.3.

relativt stor frihet vad gäller utformningen av kompenationssystemen. Av stycke 38 i ingressen framgår att rimlig kompenation enligt artikel 5.2 b kan säkerställas genom ”införande eller förlängning av ersättningsystem som kompenation för förfånget för rättsinnehavarna”.

Den centrala frågeställningen vad gäller förhållandet mellan kassett-ersättningen i 26 k § URL och den rimliga kompenationen i artikel 5.2 b är om den föreslagna svenska regleringen uppfyller de krav som artikel 5.2 b uppställer i det aktuella avseendet. Denna fråga skall behandlas i det följande.

5.5.2 Det svenska lagförslaget

Justitiedepartementet konstaterar inledningsvis att INFOSOC-direktivet lämnar ett betydande tolkningsutrymme vad gäller regleringen av den rimliga kompenation som fastslås i artikel 5.2 b. Mot bakgrund av de förslag till begränsningar i 12 § URL som lagts fram återstår enligt departementet att överväga huruvida direktivet likväl kräver en utvidgning av dagens bestämmelse om kassettersättning eller om några andra skäl talar för en sådan utvidgning.

För det första diskuterar departementet vilka verk som bör omfattas av kassettersättningen.²³⁷ I gällande rätt omfattas endast verk som sänts ut i ljudradio eller television eller som har getts ut på anordningar genom vilka de kan återges, t.ex. CD- eller DVD-skivor. Tanken bakom att inte låta samtliga verk som gjorts tillgängliga för allmänheten omfattas av kassettersättningen är att det är först när verket sänts i television eller radio eller givits ut på t.ex. CD eller video som det kopieras till exempelvis blanka CD-skivor eller tomma videoband.²³⁸

Frågan är om detta resonemang är relevant i lika hög grad i dag, särskilt vad gäller kopiering för privat bruk från Internet. Ovan nämnda begränsning vad gäller vilka verk som omfattas av kassettersättningen innebär i realiteten att verket inte omfattas av kassettersättningen om det endast gjorts tillgängligt på Internet. Frågan är om kassettersättningen bör utvidgas till att omfatta även sådana verk, vilket skulle kunna ske genom att kassettersättningen görs tillämplig på alla verk som överförs till allmänheten.

Departementet konstaterar att företeelsen att ett verk enbart görs tillgängligt för allmänheten genom att läggas ut på Internet i dagsläget inte är så vanligt förekommande och att det därför alltjämt bör gälla att kassettersättningen endast skall omfatta verk som sänts ut i ljudradio eller television eller som

²³⁷ Diskussionerna kring vilka verk som bör omfattas av kassettersättningen är att hänföra till Ds 2003:35, s. 160-162. Vilka verk som omfattas av kassettersättningen har betydelse på så sätt att det endast är upphovsmän till dessa verk som har rätt att erhålla ersättning.

²³⁸ Prop. 1997/98:156, s. 24.

getts ut på anordningar genom vilka de kan återges. Det poängteras dock att det finns anledning att fortlöpande följa frågan, särskilt vad beträffar den fortsatta tekniska utvecklingen.

För det andra diskuteras till vilka anordningar ersättningen bör vara knuten.²³⁹ Kassettersättning utgår enligt gällande rätt endast på anordningar på vilka ljud eller rörliga bilder kan tas upp och som dessutom är särskilt ägnade för framställning av exemplar för enskilt bruk. Den mängd anordningar till vilken ersättningen är knuten är således relativt begränsad. Departementet finner därför skäl att överväga om det finns anledning att låta kassettersättningen vara knuten även till andra typer av anordningar.

Vad gäller kopiering som sker från Internet hävdar departementet att övervägande skäl talar för att kassettersättningen även fortsättningsvis endast skall omfatta anordningar som är särskilt ägnade för exemplarframställning för enskilt bruk. Datorers hårddiskar, på vilka skyddat material kan sparas i form av en kopia, eller blankt papper, på vilket skyddat material kan skrivas ut, föreslås således inte omfattas av kassettersättningen.

När det gäller annan kopiering än den som sker från Internet menar departementet att den nuvarande bestämmelsen i 26 k § URL täcker de flesta fall av kopiering, t.ex. av CD-skivor till blanka inspelningsbara CD-romskivor. Inte heller i dessa fall utgår någon kassettersättning för en dators hårddisk om inte hårddisken i sig är särskilt ägnad för kopiering för enskilt bruk, t.ex. en hårddisk i en MP3-spelare. Även i dessa fall finner emellertid departementet att en utvidgning av bestämmelsens tillämpningsområde inte bör äga rum.

Den kopiering för enskilt bruk som sker genom reprografiskt förfarande och som fortfarande är tillåten efter de föreslagna inskränkningarna i 12 § URL får enligt departementet anses medföra ett så obetydligt förfång för rättighetshavarna att det saknas anledning att utvidga bestämmelsens tillämpningsområde såvitt avser de anordningar till vilka kassettersättningen bör vara knuten.

Justitiedepartementet överväger också huruvida anordningar som endast används som hjälpmedel för inspelning eller för upptagning, t.ex. CD- och DVD-brännare, skall omfattas av kassettersättningen. Om ersättning skulle införas på dessa typer av hjälpmedel skulle det innebära att ersättning utgår såväl på blankmedia som på de anordningar i vilka denna blankmedia används. Departementet menar att det i ett sådant system i någon mån ingår ett moment av dubbelbetalning. Det gör att det kan vara svårt att få acceptans för ett sådant system om inte starka skäl motiverar det. En ändring av denna karaktär anses därför inte behöva införas för närvarande. Det framhålls dock att det inte är uteslutet att den framtida tekniska utvecklingen medför att frågan behöver övervägas på nytt.

²³⁹ Diskussionerna kring vilka anordningar ersättningen bör vara knuten till är att hänföra till Ds 2003:35, s. 162-165.

Mot bakgrund av de ändringar som föreslås i 12 § URL är slutsatsen att INFOSOC-direktivet inte anses motivera att kassettersättningen utvidgas till att avse även andra typer av anordningar än de som omfattas av dagens bestämmelse. Med hänvisning till de kvarstående oklarheter som råder avseende den tekniska utvecklingen kan det enligt departementet inte heller av andra skäl anses motiverat att i nuläget utvidga kassettersättningen till anordningar som i dag inte omfattas av bestämmelsen.

För det tredje diskuteras nivån på och beräkningsgrunden för kassettersättningen.²⁴⁰ Departementet konstaterar att den nuvarande bestämmelsen, vilken stadgar en viss ersättning per inspelningsbar minut, är relativt låg sett i ett internationellt perspektiv och att den inte är anpassad till de digitala medier för kopiering som blir allt vanligare. Övervägande skäl anses därför tala för att dels höja ersättningen och dels anpassa ersättningen till olika kategorier av anordningar. Dessa förslag kommer dock ej att presenteras här då de inte direkt grundar sig på artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet, utan på nyss nämnda konstateranden.

5.5.3 Diskussion

Uppfyller då den föreslagna svenska ordningen för kassettersättning kravet på rimlig kompensation i artikel 5.2 b? Den första frågan som bör ställas är enligt min mening huruvida kassettersättningen överhuvudtaget kan eller bör användas som ersättningsinstrument i enlighet med artikeln. Justitiedepartementet diskuterar inte denna frågeställning närmare. Man konstaterar endast inledningsvis i korta ordalag att viss kopiering enligt 12 § URL i dag kompenseras med kassettersättning varefter man tycks utgå från att detta är den enda och sålunda även den mest lämpade metoden för att uppfylla kravet på rimlig kompensation i artikel 5.2 b.

Vid första påseende kan en sådan slutledning i viss mån te sig lättvindig. Departementet borde visserligen enligt min mening förklarat sitt ställningstagande på något sätt, men samtidigt förefaller den valda lösningen naturlig. Kassettersättningen är ett väl utvecklat och väl fungerande system avseende kompensation för exemplarframställning för enskilt bruk. INFOSOC-direktivet stadgar dessutom i stycke 38 i ingressen att rimlig kompensation kan säkerställas genom förlängning av ett redan existerande ersättnings-system.

Den andra frågan som bör ställas är huruvida kassettersättningen behöver utvidgas för att uppfylla det krav på rimlig kompensation som fastslås i artikel 5.2 b. Som framgått av avsnitt 5.5.2 fastslår departementet härvidlag att INFOSOC-direktivet inte föranleder några ändringar i upphovsrättslagen

²⁴⁰ Diskussionerna kring nivån på och beräkningsgrunden för kassettersättningen är att hänföra till Ds 2003:35, s. 165. Hela diskussionen återfinns på s. 165-170.

vad gäller vilka verk som omfattas av kassettersättningen respektive till vilka anordningar ersättningen skall vara knuten.²⁴¹

Danmark, Finland och Sverige hade före tillkomsten av INFOSOC-direktivet i princip likvärdig lagstiftning på kassettersättningens område. Danmark valde att låta regleringen förbli oförändrad. I det danska lagförarbetet²⁴² konstaterades att kravet på rimlig kompensation i artikel 5.2 b är uppfyllt genom den ersättningsnorm (blankbåndsordning) som stadgas i §§ 39-46 i den danska ophavsretsloven.

Det konstaterades vidare i det danska lagförarbetet att förfånget för rättsinnehavare vid fotokopiering måste anses vara så obetydlig att ingen kompensation bör utgå med beaktande av stycke 35 i ingressen till direktivet. Åsikten att ophavsretslovens regler om kassettersättning uppfyller de här aktuella kraven i artikel 5.2 b delas för övrigt av Kyst.²⁴³

I det finska lagförslaget²⁴⁴ diskuteras frågan något mer ingående. Här konstateras att de nuvarande bestämmelserna om kassettersättning uppfyller direktivets krav på rimlig kompensation. Vissa klargörande ändringar som preciserar och inskränker bestämmelsens tillämpningsområde föreslås dock.

Bestämmelsen preciseras så att kassettersättningen skall omfatta alla slags verk, ej endast sådana som sänds i radio eller television eller föreligger såsom ljud- eller bildupptagning. Vidare inskränks paragrafen till att endast omfatta anordningar som i betydande utsträckning används för framställning av exemplar för enskilt bruk. I dagsläget krävs endast att anordningarna ägnar sig såsom underlag för framställning av exemplar för enskilt bruk. Uttalandena i det finska lagförslaget är i denna del tämligen motsägelsefulla. Å ena sidan hävdas att ”tillämpningsområdet för avgiften skall utsträcks till att omfatta sådana anordningar [...] som i betydande utsträckning används för framställning av exemplar för enskilt bruk”. Å andra sidan hävdas att ”till kretsen för den föreslagna bestämmelsen hör i väsentlig omfattning de samma upptagningsunderlag som för närvarande”.²⁴⁵ Dessa motstridiga uttalanden innebär att jämförelser mellan det svenska och det finska lagförslaget vad gäller vilka anordningar som skall omfattas av kassettersättningen svårligen låter sig göras.

²⁴¹ Nivån på och beräkningsgrunden för kassettersättningen har som sagt inte direkt att göra med artikel 5.2 b, se avsnitt 5.5.2.

²⁴² Hela resonemanget avseende det danska lagförarbetet i detta avsnitt bygger på Lovforslag nr. L 19, s. 19.

²⁴³ Kyst, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 310.

²⁴⁴ Hela resonemanget avseende det finska lagförslaget i detta avsnitt bygger på RP 28/2004, s. 50-52 och 111-115.

²⁴⁵ Såväl det första som andra uttalandet återfinns i RP 28/2004, s. 111.

Då fotokopiering för privat bruk endast anses vara av ringa betydelse undantas sådan, liksom i det danska lagförarbetet, från regleringen om rimlig kompensation.²⁴⁶

Som tidigare antytts framträder i INFOSOC-direktivet inga bindande regler för hur ordningen för rimlig kompensation till upphovsmän enligt artikel 5.2 b skall utformas. Medlemsstaterna har ett förhållandevis stort utrymme härvidlag. Klart är emellertid, såsom Rosén uttrycker det, att gravitationscentrum har placerats i en ersättningsnorm snarare än i bestämmingar med avseende på teknik, kopieringssyfte, antalet kopior etc.²⁴⁷ Det står också helt klart att artikel 5.2 b kräver att rimlig kompensation skall utges för allt mångfaldigande för privat bruk som ej är till obetydligt förfång för upphovsmannen.

Vad gäller vilka verk som bör omfattas av kassettersättningen är en central frågeställning i vilken grad några andra verk än de som sänts ut i ljudradio eller television eller som har getts ut på anordningar genom vilka de kan återges kopieras för enskilt bruk med stöd av 12 § URL. Kassettersättningen skulle i princip kunna omfatta samtliga verk som gjorts tillgängliga för allmänheten. En sådan ordning skulle emellertid enligt mitt förmenande vara orimligt långtgående.

Som Justitiedepartementet påpekar börjar dock en kategori av verk bli allt mer förekommande, nämligen sådana verk som endast har gjorts tillgängliga på Internet. Jag instämmer i departementets uppfattning att denna typ av verk inte är så vanligt förekommande att det finns anledning att utvidga lagstiftningen härvidlag. Visserligen görs många verk tillgängliga på Internet, men vanligtvis har dessa dessutom sänts ut i ljudradio eller television eller getts ut på anordningar genom vilka de kan återges.

Vissa remissinstanser önskade att kassettersättningen skulle utvidgas till att omfatta även andra typer av verk, t.ex. text och bilder.²⁴⁸ Enligt min uppfattning är exemplarframställning för enskilt bruk av sådana verk inte så omfattande att de bör omfattas av kassettersättningen. Förfånget för upphovsmännen torde med andra ord vara att anse som obetydligt.

Vad gäller vilka anordningar som bör omfattas av kassettersättningen angav flera remissinstanser att datorers hårddiskar borde inbegripas.²⁴⁹ Den ökade tillgången till hårddiskar med särdeles stort lagringsutrymme har medfört att många användare väljer att kopiera verk för enskilt bruk till hårddisken i stället för att kopiera verken till blankmedia, som exempelvis cd-romskivor. Dessutom önskar inte sällan de som förespråkar att kassettersättningen skall

²⁴⁶ RP 28/2004, s. 51. Den finska regeringen anger inte explicit vilka juridiska skäl detta undantag bygger på. Uttrycket "ringa betydelse" torde emellertid vara en hänvisning till "obetydligt förfång" i stycke 35 i ingressen till INFOSOC-direktivet.

²⁴⁷ Rosén, NIR 2001, s. 596.

²⁴⁸ Se t.ex. *Remissyttrande över Ds 2003:35 (Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.)*, Svenska Journalistförbundet, 2003, s. 7.

²⁴⁹ Se t.ex. *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, mm (Ds 2003:35)*, Bildkonst Upphovsrätt i Sverige, 2003, s. 4.

omfatta en vidare kategori av verk, t.ex. text och bilder, att hårddiskar ska omfattas eftersom dessa typer av verk ofta inte tar någon stor lagringskapacitet i anspråk och därför vanligtvis lagras på datorns hårddisk.

Det är enligt min mening visserligen en tilltalande tanke att hårddiskar bör omfattas av kassettersättningen, men jag anser likväl att en sådan reglering inte behöver införas i upphovsrättslagen med anledning av artikel 5.2 b. Ett inneboende problem med generella ersättningsordningar såsom kassettersättningen är att den oundvikligen träffar även anordningar som i praktiken används för andra ändamål än för exemplarframställning för enskilt bruk. Detta faktum är ofrånkomligt, men skulle datorers hårddiskar omfattas skulle regleringen enligt min mening bli alltför långtgående och möta liten förståelse hos allmänheten.

Vad gäller huruvida även hjälpmedel bör omfattas av kassettersättningen föreslog Copyswede i juni 2001 i ett till Justitiedepartementet inlämnat förslag till ändrad lagstiftning avseende den svenska kassettersättningen att ersättning skall inkasseras även på hjälpmedel som i sig inte innehåller någon lagringskapacitet, men med vilkas hjälp privatkopiering kan ske, t.ex. CD- och DVD-brännare.²⁵⁰ Copyswede hänvisade till förarbetena till 26 k § URL där det påpekas att det är den som typiskt sett drar ekonomisk nytta av inskränkningen för exemplarframställning för enskilt bruk som är skyldig att betala kassettersättning.²⁵¹ Importörer och tillverkare av i detta stycke nämnda anordningar drar utan tvekan sådan ekonomisk nytta. Därför ansågs det skäligt att också dessa knyts till ersättningen.

Vad beträffar Copyswedens förslag att ersättning skall inkasseras också på produkter utan egen lagringskapacitet kan konstateras att det är ett något kontroversiellt förslag. Något liknande diskuterades överhuvudtaget inte i det danska lagförarbetet eller i det finska lagförslaget. Dock finns liknande regleringar på andra håll i Europa, t.ex. i Italien, Spanien och Tyskland.²⁵²

Personligen menar jag att en reglering av detta slag vore olämplig. Min uppfattning får stöd av förarbetena till 26 k § URL.²⁵³ Här framhålls först och främst det faktum att det är svårt att beräkna en rimlig nivå på en sådan ersättning. Att sätta ersättningen i relation till priset på anordningen kan inte anses tillfredsställande då priset kan bero på omständigheter som är ovidkommande i sammanhanget, t.ex. lyxutförande.

Diskussionen hittills har huvudsakligen varit inriktad på den digitala miljön. Även vad gäller exemplarframställning för privat bruk genom reprografiskt förfarande är huvudregeln klar; rimlig kompensation skall utgå enligt artikel 5.2 b. Härvidlag kan tilläggas att också artikel 5.2 a, vilken behandlar

²⁵⁰ Copyswedens åsikter i detta stycke bygger på *Från kassettersättning till privatkopieringsersättning*, Copyswede, 2001, s. 7 f.

²⁵¹ Se prop. 1997/98:156, s. 30.

²⁵² Se Koskinen-Olsson, Tarja, NIR 2001, s. 637.

²⁵³ Alla hänvisningar som i detta avsnitt görs till förarbetena till 26 k § URL syftar på prop. 1997/98:156, s. 26.

mångfaldigande på papper utfört med fotografisk teknik, kräver att rimlig kompensation utgår.²⁵⁴ Såväl Danmark som Finland har dock, vilket tidigare framgått, avstått från en sådan reglering med hänvisning till stycke 35 i ingressen där det framgår att betalningsskyldighet inte uppkommer då förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt.

Därutöver stadgas i stycke 38 i ingressen att rimlig kompensation kan säkerställas genom införande eller förlängning av ersättningsystem i medlemsstaterna. Vidare framgår att eventuella skillnader mellan dessa nationella ersättningsystem visserligen påverkar den inre marknadens funktion, men att dessa skillnader vad gäller analog privatkopiering inte bör få någon betydande effekt på informationssamhällets utveckling.

Alla faktorer sammantaget menar jag innebär att en lagstiftning som inte säkerställer rimlig kompensation för analogt mångfaldigande för privat bruk trots allt är förenlig med INFOSOC-direktivet, inte minst med tanke på det föreslagna förbudet mot kopiering av hela litterära verk.²⁵⁵

En svårighet vad gäller att bedöma det svenska lagförslagets förenlighet med INFOSOC-direktivet är den grad av oklarhet som ligger i begreppet rimlig kompensation. Att exakt avgöra vilken ersättning som är att betrakta som rimlig enbart med hjälp av artikel 5.2 b och det tolkningsunderlag som erbjuds i ingressen tycks tämligen svårt för att inte säga omöjligt. Det ligger i sakens natur att bedömningen blir något skönmässig. Även begreppet obetydligt förfång, vilket figurerar i stycke 35 i ingressen, är vagt och tämligen svårtolkat. Dessa oklarheter utgör uppenbarligen ett stort problem då begreppen är av central betydelse för tolkningen av artikeln.

Slutligen skall poängteras att det av artikel 5.2 b framgår att medlemsstaterna vid bedömningen av rättsinnehavarnas rätt till rimlig kompensation skall ta hänsyn till huruvida de tekniska åtgärder som avses i artikel 6²⁵⁶ har applicerats på det berörda verket eller ej. Under INFOSOC-direktivets framväxt lades stor vikt vid att rättsinnehavarna i framtiden sannolikt med teknikens hjälp kommer att ha möjlighet att skydda sina verk på ett bättre sätt än vad som är fallet i dagsläget och på så vis uppnå ändamålsenligt skydd varefter kollektiva ersättningsformer, t.ex. kassettersättning, kan komma att utrangeras.²⁵⁷ En möjlighet att beakta en sådan utveckling ges genom att hänsyn tas till huruvida tekniska åtgärder applicerats på det aktuella verket vid bedömningen av rimlig kompensation i artikel 5.2 b.²⁵⁸

Sammanfattningsvis menar jag att Justitiedepartementet presenterat en väl avvägd och ändamålsenlig lösning vad gäller implementeringen av kravet på rimlig kompensation i artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet. Departementet

²⁵⁴ Artikel 5.2 a föreslås emellertid ej införas i svensk rätt, jfr Ds 2003:35, s. 287.

²⁵⁵ Se avsnitt 5.2.2.

²⁵⁶ Se avsnitt 3.5.

²⁵⁷ Kyst, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 310.

²⁵⁸ Se avsnitt 5.6.

har valt att inskränka 12 § URL till den grad att någon utvidgning av nu gällande kassettersättning inte anses nödvändig. Naturligtvis är det väldigt svårt att göra en bedömning av huruvida lagförslaget uppfyller villkoren i direktivet i denna del, men jag vill icke desto mindre påstå att det i vart fall inte uppvisar några uppenbara brister i förhållande till artikel 5.2 b.

5.6 Skydd för tekniska åtgärder

I detta avsnitt skall de delar av det skydd för tekniska åtgärder som stadgas i artikel 6 i INFOSOC-direktivet och som är relevanta vad gäller möjligheterna till mångfaldigande för privat bruk behandlas.²⁵⁹ Skyddet för tekniska åtgärder i denna artikel skall ej förväxlas med den roll som tekniska åtgärder spelar i artikel 5.2 b, i vilken de endast är en faktor vid beräkningen av den rimliga kompensation som där stadgas.

Denna generella reglering av tekniska åtgärder är en nyskapelse inom upphovsrätten.²⁶⁰ Bestämmelserna har sin grund i WIPO:s fördrag om upphovsrätt (WCT) och om framträdanden och fonogram (WPPT).²⁶¹ Även om begreppet tekniska åtgärder är relativt nytt i upphovsrättsliga sammanhang skall det hållas i minnet att det finns en förhållandevis lång tradition att använda olika tekniska lösningar för att förhindra intrång i upphovsrätten, t.ex. användningen av kryptering och dekodrar för att skydda tv-sändningar.²⁶²

Framställningen skall i föreliggande avsnitt i stället koncentreras till en aspekt av vad som kan beskrivas som den dominerande problematiken hos artikel 6, nämligen avvägningen mellan å ena sidan medlemsstaternas möjligheter att ge skydd för tekniska åtgärder (artikel 6.1) och å andra sidan individens rätt att disponera över skyddade verk i enlighet med i lag givna inskränkningar (artikel 6.4), i det här fallet mångfaldigande av verk för privat bruk.²⁶³ Även om detta samband inte regleras i artikel 5.2 b är det naturligtvis av största vikt för den enskildes möjlighet att utnyttja inskränkningen häri.

²⁵⁹ En generell översikt av artikel 6 har presenterats i avsnitt 3.5.

²⁶⁰ Kyst, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 312. Visst liknande skydd finns sedan tidigare för datorprogram, se 57 a § URL.

²⁶¹ Se avsnitt 3.1.

²⁶² Westman, Daniel: *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002, s. 226-250 (s. 232).

²⁶³ Jfr Rosén, NIR 2001, s. 599 f.

5.6.1 Undantaget för artikel 5.2 b

Huvudregeln enligt artikel 6.1 är att medlemsstaterna skall ge ett tillfredsställande rättsligt skydd mot kringgående av effektiva tekniska åtgärder om personen som utför kringgåendet känner till eller har skälig anledning att anta att han eller hon utför en sådan handling.

Skyddet mot kringgående av tekniska åtgärder i artikel 6.1 balanseras genom regleringen i artikel 6.4. Här fastställs att ett antal inskränkningar från rättsinnehavarens ensamrätt skall eller får tillämpas trots att rättsinnehavaren använt tekniska åtgärder för att skydda sitt verk. Artikel 6.4 gör åtskillnad mellan å ena sidan en rad uppräknade inskränkningar och å andra sidan en specifik reglering avseende inskränkningen för mångfaldigande för privat bruk i artikel 5.2 b.

Den sistnämnda kategorin behandlas i artikel 6.4 andra stycket och är den för denna framställning mest centrala. Här framträder den specifika regleringen av förhållandet mellan tekniska åtgärder och inskränkningen för mångfaldigande för privat bruk i artikel 5.2 b. Till skillnad från artikel 6.4 första stycket är denna reglering fakultativ, d.v.s. den är ej bindande för medlemsstaterna. Artikel 6.4 andra stycket måste således inte nödvändigtvis implementeras i nationell rätt.

Medlemsstaterna får enligt artikel 6.4 andra stycket vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att rättsinnehavarna gör det möjligt för en person som har rätt att utnyttja en inskränkning enligt artikel 5.2 b att utnyttja en sådan inskränkning om inte rättsinnehavarna redan möjliggjort mångfaldigande för privat bruk i den mån som behövs för att inskränkningen i fråga skall kunna utnyttjas och i enlighet med bestämmelserna i artikel 5.2 b och 5.5.

Den centrala frågeställningen i detta avseende är huruvida Sverige bör implementera artikel 6.4 andra stycket i upphovsrättslagstiftningen.

5.6.2 Det svenska lagförslaget²⁶⁴

I samband med diskussionerna kring 52 f § URL överväger departementet också frågan om huruvida det bör införas en möjlighet till vitesföreläggande till säkerställande av inskränkningen avseende kopiering för privat bruk i 12 § URL.²⁶⁵ Som framgått erbjuder artikel 6.4 andra stycket i INFOSOC-direktivet en sådan möjlighet.

Departementet fastslår härvidlag inledningsvis att det torde vara betydligt vanligare att en teknisk åtgärd hindrar kopiering för privat bruk än att den

²⁶⁴ Om ej annat anges är de hänvisningar som i detta avsnitt görs till det svenska lagförslaget att hänföra till Ds 2003:35, s. 357-360.

²⁶⁵ Jfr avsnitt 4.4.

hindrar utnyttjande av någon annan inskränkingsbestämmelse. Orsaken till detta är naturligtvis att det är relativt vanligt att människor vill framställa kopior för privat bruk, särskilt i den digitala miljön. Samtidigt blir det allt vanligare att digitala kopior av verk, framför allt musik- och filmverk, utan tillstånd läggs ut på globala nätverk som Internet. Att lägga ut verk på detta sätt är naturligtvis inte tillåtet enligt reglerna om kopiering för privat bruk.

Det finns inte heller några andra regler i upphovsrättslagen som tillåter denna typ av förfoganden. Att rättighetshavarna på olika sätt försöker hindra denna utveckling är således enligt departementet både förståeligt och berättigat. Ett sätt att hindra att verk läggs ut på Internet utan tillstånd är att lägga in kopieringsspärar på CD- och DVD-skivor så att digital kopiering förhindras. En effekt av detta är dock att det också många gånger fråntar enskilda möjligheten att kopiera digitalt för privat bruk.

Departementet framhåller att 12 § URL är dispositiv och således möjlig att helt eller delvis avtala bort i samband med exempelvis försäljning av ett exemplar av ett verk. Det konstateras emellertid att det vid t.ex. försäljning av CD-skivor med musik ofta inte träffas någon överenskommelse om att kopiering för privat bruk inte får ske trots att det sedan visar sig att det finns en kopieringsspär som hindrar sådan kopiering. Att underlåta tydlig märkning om detta måste enligt departementet betraktas som ett brott mot marknadsföringslagen²⁶⁶.

Fortsättningsvis gör departementet gällande att möjligheten till kopiering för enskilt bruk inte är lika skyddsvärd som de inskränkningar som omfattas av 52 f § URL, t.ex. inskränkningen till förmån för människor med funktionshinder. För personer med funktionshinder är det många gånger helt avgörande att de kan framställa en digital kopia av ett verk för att de överhuvudtaget skall kunna ta del av verket. Ett motsvarande behov föreligger inte beträffande kopiering för privat bruk.

Den digitala tekniken har vidare medfört att kopiering för privat bruk är betydligt mer ingripande för rättighetshavarna i dag än vad denna typ av kopiering var vid lagens tillkomst. Att införa en möjlighet till vitesföreläggande för var och en som köpt t.ex. en CD-skiva med kopieringsspär blir väldigt långtgående.

Mot bakgrund av vad som ovan anförts kommer departementet till slutsatsen att det inte bör ges någon möjlighet till vitesföreläggande i fall då tekniska åtgärder hindrar kopiering för privat bruk. Det påpekas dock att den fortsatta utvecklingen på området bör följas noggrant. Skulle det visa sig att rimliga avtalslösningar inte kommer till stånd och att situationen för konsumenterna därmed blir orimlig får frågan övervägas på nytt.

²⁶⁶ Marknadsföringslag (1995:450).

5.6.3 Diskussion

Hur bör då Sverige förhålla sig till artikel 6.4 andra stycket? Det står klart att digitalteknikens snabba expansion i högre grad än tidigare möjliggör för såväl professionella som enskilda individer att på ett enkelt sätt och till en låg kostnad mångfaldiga eller på annat sätt utnyttja upphovsrättsligt skyddat material. I takt med denna utveckling har rättsinnehavarna med hjälp av olika tekniska anordningar försökt hindra eller begränsa olovligt utnyttjande av sina verk. Det förefaller troligt att användningen av tekniska åtgärder i detta sammanhang kommer att få väsentligt ökad betydelse i framtiden.

Möjligheten för medlemsstaterna att implementera artikel 6.4 andra stycket är som sagt fakultativ. Den avgörande frågan bakom en medlemsstats beslut att införa bestämmelsen eller ej torde enligt min uppfattning vara vilken faktor som anses mest skyddsvärd: upphovsmännens ensamrätt till sina skyddade verk eller enskildas rätt att kopiera för enskilt bruk. Justitiedepartementet kommer till slutsatsen att enskildas rätt att kopiera för enskilt bruk inte är skyddsvärd till den grad att det bör införas en reglering som möjliggör för den enskilde att kringgå tekniska åtgärder i syfte att utnyttja sin rätt enligt artikel 5.2 b.²⁶⁷

I Danmark implementerades artikel 6.4 i INFOSOC-direktivet genom § 75 d i ophavsretsloven. Den tvingande bestämmelsen i artikel 6.4 första stycket implementerades på så sätt att en oberoende sakkunnig nämnd, Ophavsretslicensnævnet, gavs befogenhet att på begäran ålägga en rättsinnehavare som applicerat tekniska åtgärder på ett verk att ställa nödvändiga medel till förfogande för att en person skulle kunna utnyttja inskränkningarna i § 75 d.

Den danska regeringen övervägde noggrant huruvida man skulle låta implementera också artikelns andra stycke. Man valde dock att inte införliva detta stadgande i nationell rätt. Bestämmelsen i § 75 d omfattar således inte inskränkningen i § 12 ophavsretsloven om kopiering för privat bruk.

Ställningstagandet motiverades i förarbetena till lagen.²⁶⁸ Här framgår att det förväntas att rättsinnehavare i framtiden i stor utsträckning kommer att använda tekniska åtgärder för att skydda sina verk mot otillåten kopiering. Syftet med artikel 6 i INFOSOC-direktivet är att försöka förmå rättsinnehavare att använda tekniska lösningar som kan råda bot på kopieringen av digitala verk. Detta syfte skulle enligt regeringens uppfattning inte uppfyllas om rättsinnehavarna kunde åläggas att avlägsna kopieringsspårar från sina verk.

²⁶⁷ Intressant att notera är att det endast i ett remissyttrande framfördes en uttrycklig önskan om att artikel 6.4 andra stycket skulle införas i upphovsrättslagen, se *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Ds:2003:35)*, Sveriges reklamförbund, 2003, s. 6.

²⁶⁸ Hela resonemanget avseende det danska lagförarbetet i detta avsnitt bygger på Lovforslag nr. L 19, s. 37 f.

Möjligheten att ålägga rättsinnehavare att ställa exemplar av verk i digital form till förfogande till varje privatperson som önskar framställa en digital kopia till sig själv skulle underminera marknaden samt förhindra kontrollen av den olovliga digitala kopieringen. En tvångsmässig lösning skulle enligt regeringen samtidigt verka som ett hinder för den framtida utvecklingen av tekniska åtgärder. Den danska regeringen fann således att avgörande hänsyn talade mot att låta § 75 d omfatta även § 12 ophavsretsloven.

I det finska lagförslaget²⁶⁹ avseende implementeringen av INFOSOC-direktivet nämns underligt nog ingenting om artikel 6.4 andra stycket.²⁷⁰ Det kan dock konstateras att Finland i likhet med Danmark valt att inte låta implementera denna bestämmelse.²⁷¹ Det framhölls också redan 2001 i en promemoria från det ansvariga departementet, Undervisningsministeriet, att artikel 6.4 andra stycket inte skulle komma att kräva några förändringar i gällande rätt.²⁷²

Såväl Sverige, Danmark som Finland väljer således att inte implementera 6.4 andra stycket i den nationella lagstiftningen. Personligen ser jag en fara i att rätten att framställa exemplar av verk för enskilt bruk på detta sätt urvattnas. Detta vore olyckligt då denna möjlighet är en särdeles viktig inskränkning i upphovsmännens ensamrätt.

Jag delar trots detta departementets bedömning att artikel 6.4 andra stycket ej bör införas i upphovsrättslagen. Digitalteknikens explosionsartade utveckling har som sagt gjort att det i dag är lätt för enskilda att snabbt och på ett enkelt sätt framställa i det närmaste identiska kopior av upphovsrättsligt skyddade verk. Detta har i sin tur lett till att exemplarframställning med stöd av 12 § URL ökat markant.

Mot bakgrund härav framstår INFOSOC-direktivets skydd för tekniska åtgärder som ett naturligt led i den upphovsrättsliga utvecklingen. Det är enligt min mening rimligt att upphovsmän skall ha möjlighet att skydda sina verk med hjälp av tekniska åtgärder utan att behöva riskera att dessa tekniska åtgärder på ett eller annat sätt kringgås.

Det krävs dock, som departementet också påpekar, att utvecklingen följs noggrant. Skulle det visa sig att enskildas möjligheter att framställa exemplar av verk för enskilt bruk kraftigt reduceras framgent måste frågan övervägas på nytt. Den nya tekniken erbjuder stora möjligheter att lösa frågan, man kan t.ex. tänka sig olika prisnivåer på verk som kan kopieras respektive verk som inte kan kopieras. Hur frågan löses i praktiken återstår att se.

²⁶⁹ Se RP 28/2004 s. 133-136.

²⁷⁰ Däremot förtydligas det i 50 a § FURL att det är förbjudet att framställa exemplar av verk om den tekniska åtgärd som skyddar verket har kringgåts för att lyssna eller se på verket, se RP 28/2004 s. 130 f.

²⁷¹ Se 50 c § FURL.

²⁷² *Nationellt genomförande av direktiv 2001/29/EG om upphovsrätt i informations-samhället*, Undervisningsministeriet, 2001.

Sammanfattningsvis kan sägas att jag i nuläget delar Justitiedepartementets uppfattning att artikel 6.4 andra stycket inte bör införas i upphovsrättslagen. Det förefaller också sannolikt att nämnda bestämmelse inte införlivas i svensk rätt, särskilt med beaktande av att endast en remissinstans motsatte sig lagförslaget i denna del.²⁷³

²⁷³ Den remissinstans som motsatte sig förslaget var Sveriges reklamförbund, se *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Ds:2003:35)*, Sveriges reklamförbund, 2003, s. 6.

6 Sammanfattning och avslutande synpunkter

”Den lätthanterliga, för envar överkomliga apparatur, som nu gör det möjligt att framställa med originalverken närmast identiska exemplar av de flesta typer av verk, har medfört att de problem som sammanhänger med stadgandet om enskilt bruk i dag hör till de mest brännande, då det gäller bevarandet av upphovsmännens rättigheter i den nya teknologins tidevarv.”²⁷⁴

Detta citat skulle kunna vara hämtat ur en artikel som behandlar den nutida regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk. Det är emellertid hämtat ur en artikel i Nordiskt Immateriellt Rättsskydd anno 1980. Artikel-författaren varnar framförallt för de ekonomiska konsekvenserna av den då ökande omfattningen av inspelning av musikaliska verk på kassettband. Med detta exempel vill jag uppmärksamma att den situation i vilken upphovsrätten i dag befinner sig på intet sätt är unik för vår tid.

Den snabba tekniska utvecklingen på senare år har emellertid förändrat människors vardag i ännu högre grad än vad som tidigare varit fallet. Detta har inneburit att upphovsrätten allt oftare ställts inför svåra utmaningar. Digitaltekniken tänjer utan tvekan på upphovsrättens gränser. Som en följd härav försöker olika intressenter kontinuerligt att stärka sina positioner. Denna polarisering har inte minst märkts under framväxten av INFOSOC-direktivet.²⁷⁵

Ett relevant fråga i denna fas av arbetet är huruvida jag fått svar på de frågeställningar som inledningsvis presenterades. Den grundläggande frågeställningen i denna framställning är hur den svenska regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk kan komma att påverkas genom implementeringen av INFOSOC-direktivet. Det kan konstateras att det inte finns några klara och entydiga svar på detta spørsmål. Den svenska, och för den del även den europeiska, upphovsrättslagstiftningen är i dagsläget inne i en mycket turbulent fas. Även om man utgår från att det föreliggande lagförslaget så småningom till stor del antas av riksdagen är det likväl osäkert hur lagstiftningen i framtiden kan komma att tolkas, inte minst med tanke på att lagförslaget bygger på ett EG-direktiv och att lagstiftningen i slutändan kan komma att bli föremål för prövning i EG-domstolen. Här skall emellertid mina slutsatser kort sammanfattas:

- a) Vad gäller omfattningen av det material som får framställas med stöd av 12 § URL föreslås i det svenska lagförslaget för det första att antalet exemplar som får framställas reduceras genom att uttrycket enstaka byts

²⁷⁴ Meinander, Ragnar: *Enskilt bruk de lege ferenda*, NIR 1980, s. 115-122 (s. 115).

²⁷⁵ Jfr Kyst, Ugeskrift for retsvesen 2001/3, s. 308 f.

ut mot begreppet ett fåtal. Jag har i arbetet argumenterat för att detta är en i förhållande till INFOSOC-direktivet lämplig lösning. För det andra föreslås en ytterligare begränsning vad gäller det fåtal exemplar som får framställas. Det skall ej längre vara tillåtet att framställa hela litterära verk i skriftlig form. Jag har funnit att detta är en otillåten inskränkning i artikel 5.2 b.²⁷⁶

- b) Vad gäller kraven på de verk som kopieras skall 12 § URL enligt det svenska lagförslaget även fortsättningsvis endast omfatta offentliggjorda verk. Jag har i framställningen ifrågasatt denna reglerings överensstämmelse med INFOSOC-direktivet. Vidare föreslås ett krav på lovlig förlaga för exemplarframställningen. Det exemplar som kopieras måste sålunda ha framställts eller gjorts tillgängligt lovligen. Jag menar att en reglering av detta slag står i överensstämmelse med direktivet och är lämplig för svenskt vidkommande.²⁷⁷
- c) Vad gäller det privata bruk som stadgas i artikel 5.2 b föreslås i det svenska lagförslaget att rekvisitet privat bruk ersätter rekvisitet enskilt bruk. Förslaget förväntas innebära det fortfarande skall vara tillåtet att framställa kopior av upphovsrättsligt skyddade verk åt sig själv, men inte åt kollegor på arbetsplatser. Jag har ifrågasatt Justitiedepartementets tolkning av INFOSOC-direktivet i detta avseende. Vidare har jag konstaterat att utomstående medhjälp, liksom i gällande rätt, kommer att vara tillåten enligt det svenska lagförslaget. Även härvidlag finns det enligt min mening anledning att ifrågasätta departementets tolkning av direktivet.²⁷⁸
- d) Kassettersättningen i 26 k § URL föreslås vara kvar oförändrad, vilket jag uppfattar som en lämplig lösning på problemet med att säkerställa upphovsmännen rimlig kompensation i enlighet med artikel 5.2 b i INFOSOC-direktivet. Generellt kan sägas att Justitiedepartementet väljer att skärpa tillämpningen av 12 § URL i stället för att utvidga kassettersättningen.²⁷⁹
- e) Skydd för tekniska åtgärder införs i upphovsrättslagen. Detta är ett nytt institut i svensk rätt. INFOSOC-direktivet ger en möjlighet för lagstiftaren att säkerställa att enskilda kan mångfaldiga exemplar för privat bruk trots skyddet för tekniska åtgärder. Justitiedepartementet väljer emellertid att inte införa denna regel i upphovsrättslagen, en lösning jag i dagsläget sympatiserar med.²⁸⁰

Avslutningsvis kan det vara på sin plats att framhålla några fundamentala svårigheter som jag anser genomsyrar den nutida upphovsrätten och som jag

²⁷⁶ De slutsatser som redovisas i punkt a redogörs för i avsnitt 5.2.

²⁷⁷ De slutsatser som redovisas i punkt b redogörs för i avsnitt 5.3.

²⁷⁸ De slutsatser som redovisas i punkt c redogörs för i avsnitt 5.4.

²⁷⁹ De slutsatser som redovisas i punkt d redogörs för i avsnitt 5.5.

²⁸⁰ De slutsatser som redovisas i punkt e redogörs för i avsnitt 5.6.

menar har framträtt under det föreliggande arbetets gång. Det handlar om svårigheter som med stor sannolikhet kommer att sätta sin prägel på utformningen och tillämpningen av 12 § URL i framtiden.

För det första är det ett bekymmer att många människor inte upplever överträdelser av 12 § URL som brottsliga handlingar. En anledning härtill kan vara att enskilda individer i allmänhet har en vidare definition av begreppet enskilt bruk än vad lagstiftaren har avsett och vad lagen medger. Många anser sig troligen framställa exemplar av verk för enskilt bruk medan det i själva verket är fråga om ett otillåtet mångfaldigande enligt 12 § URL.

Det ligger i sakens natur att olika lagregler har olika moralisk dignitet. En stöld av ett fysiskt föremål anses ofta mer graverande än ett intrång i upphovsrätten. Det är enligt min uppfattning viktigt att höja upphovsrättslagens moraliska dignitet för att minska denna skillnad.

En anledning till att det inte uppfattas som så allvarligt att bryta mot bestämmelsen om exemplarframställning för enskilt bruk kan vara det faktum att överträdelserna ofta präglas av en hög grad av anonymitet. Detta gäller inte minst i den digitala miljön, t.ex. på Internet. Anonymiteten innebär också att eventuella överträdelser är svåra att kontrollera och upptäcka.

Ett viktigt syfte bakom 12 § URL är det inte anses rimligt att kontrollera vad som sker i enskilda individers hem.²⁸¹ Den snabba tekniska utvecklingen har emellertid lett till att en allt större del av den exemplarframställning som äger rum för enskilt bruk sker i hemmen. Det kan med anledning härav ifrågasättas om skyddet för den personliga integriteten i detta sammanhang är lika skyddsvärt i dag som tidigare.

För det andra kan det sägas vara ett problem att det finns en inneboende konflikt mellan å ena sidan upphovsmän och å andra sidan brukare av upphovsrättsligt skyddade verk. Upphovsmännen, vilka ofta har ett stort ekonomiskt intresse i sina verk, försöker framhäva vikten av en stark ensamrätt medan användarna, vilka vill kunna tillgodogöra sig de verk de har rätt till enligt lag, önskar en mer begränsad upphovsrätt. Därutöver föreligger en rad samhällseliga intressen i form av ett rikt kulturutbud och ökad tillgång till information. Det är viktigt med en bra balans mellan dessa olika intressen.

Det tycks vara en vedertagen uppfattning att tendensen i INFOSOC-direktivet är att allt mer makt överskjuts till upphovsmännen. Som exempel på detta påstående kan införandet av ett skydd för tekniska åtgärder tjäna. Justitiedepartementet väljer att införa ett förbud mot kringgående av tekniska åtgärder samtidigt som man inte utnyttjar möjligheten att göra undantag för de fall då en individ har rätt att framställa exemplar för privat bruk. Denna lösning möjliggör i praktiken för upphovsmän att helt eliminera

²⁸¹ Se Koktvedgaard och Levin: *Lärobok i immaterialrätt*, s. 166; jfr NJA II 1961, s. 114.

möjligheten för brukare att för privat bruk framställa exemplar av verk som skyddas av tekniska åtgärder.

De två redovisade problemen karakteriserar i hög grad den situation i vilken upphovsrätten befinner sig i dagsläget. En positiv konsekvens som följt i kölvattnet av INFOSOC-direktivet är emellertid att upphovsrätten åter hamnat i rampljuset. Många av de frågor som behandlats i denna framställning är frågor som i hög grad påverkar människors vardag och som på senare tid vid upprepade tillfällen varit föremål för diskussion i massmedia.

Engagemanget för denna typ av frågeställningar har också avspeglat sig genom det stora antal remissyttranden som inkom till Justitiedepartementet med bakgrund av det svenska lagförslaget. I början av år 2005 kommer regeringen att presentera en proposition som inom en snar framtid syftar till att omsider införliva INFOSOC-direktivet i den svenska upphovsrättslagen.²⁸²

Författarens förhoppning är att den föreliggande framställningen gett viss vägledning avseende hur implementeringen av direktivet kan komma att påverka regleringen av exemplarframställning för enskilt bruk i 12 § URL. Hur bestämmelsen slutligen kommer att ta sig uttryck får framtiden utvisa.

²⁸² Som framgått dömdes Sverige den 18 november 2004 av EG-domstolen för fördragsbrott på grund av den försenade implementeringen av direktivet, se avsnitt 4.1.

Käll- och litteraturförteckning

A Offentligt tryck

Sverige

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

NJA II 1961, s. 1-417, Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Rätt till fotografisk bild.

Prop. 1960:17, Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.

Prop. 1992/93:214, Ändringar i upphovsrättslagen.

Prop. 1996/97:111, Rättsligt skydd för databaser, m.m.

Prop. 1997/98:156, Kassettersättning.

Prop. 1999/2000:86, Ett informationssamhälle för alla.

SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärlig verk.

Svar på fråga 2000/01:364 (Riksdagens protokoll).

Danmark

Lovforslag nr. L 17, Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven.

Lovforslag nr. L 19, Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven.

Finland

RP 177/2002, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. strafflagen.

RP 28/2004, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 49 kap. strafflagen.

B Litteratur

Ficsor, Mihály: *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford 2002.

Haarmann, Pirkko-Liisa: *Tekijänoikeus & lähioikeudet*, Helsingfors 1999.

Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne: *Lärobok i immaterialrätt*, 7 uppl., Stockholm 2002.

Koskinen-Olsson, Tarja: *Begreppet "privatkopiering" i nordisk upphovsrätt i ljuset av den internationella och europeiska utvecklingen under de senaste åren*, NIR 2001, s. 633-644.

Kyst, Martin: *Direktivet om ophavsret i informationssamfundet*, Ugeskrift for retsvæsen 2001/3, s. 305-315.

Lindberg, Agne och Westman, Daniel: *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl., Stockholm 2001.

Lund, Astri M: *Kopiering til privat bruk*, NIR 2003, s. 532-538.

Meinander, Ragnar: *Enskilt bruk de lege ferenda*, NIR 1980, s. 115-122.

Nordell, Per Jonas: *Rätten till det visuella*, Stockholm 1997.

Olsson, Henry: *Copyright*, 6 uppl., Stockholm 1998.

Olsson, Henry: *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, Stockholm

- 1996.
- Rajala, Katariina: *Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö*, NIR 1999, s. 99-122.
- Ringnes, Arne: *Privat kopiering til ”personlig yrkesmessig bruk”*, NIR 2001, s. 645-649.
- Rosén, Jan: *Enskilt bruk i nätmiljöer*, JT 2000-01, s. 987-996.
- Rosén, Jan: *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informations-samhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG*, NIR 2001, s. 583-603.
- Schønning, Peter: *Ophavsretsloven med kommentarer*, 2 uppl., Köpenhamn 1998.
- Westman, Daniel: *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002, s. 226-250.
- Willdal, Mattias: *Begreppet ”privatkopiering” i nordisk upphovsrätt i ljuset av den internationella och europeiska utvecklingen under de senaste åren – särskilt om studenters egen kopiering*, NIR 2001, s. 650-653.

C Övrigt

- Angående upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 201/29/EG m m (Ds:2003:35)*, Bildleverantörernas förening, 2003.
- Copyswedes och Klys skrivelse till justitieministern angående implementeringen av EU:s upphovsrättsdirektiv*, Copyswede, 2001.
- Från kassettersättning till privatkopieringsersättning*, Copyswede, 2001.
- Gemensamma synpunkter på införlivandet av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*, Copyswede och Klys, 2001.
- Medieutveckling 2004*, Radio- och TV-verket, 2004.
- Nationellt genomförande av direktiv 2001/29/EG om upphovsrätt i informationssamhället*, Undervisningsministeriet, 2001.
- Remissyttrande av MPA över Ds 2003:35 Upphovsrätten i informations-samhället*, Motion Picture Association, 2003.
- Remissyttrande från Klys och Copyswede över Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället*, Klys och Copyswede, 2003.
- Remissyttrande över departementspromemorian ”Upphovsrätten i informationssamhället genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Ds 2003:35)*, Telefonaktiebolaget LM Ericsson, 2003.
- Remissyttrande över Ds 2003:35 (Upphovsrätten i informationssamhället genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.)*, Svenska Journalistförbundet, 2003.
- Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Ds:2003:35)*, Sveriges reklamförbund, 2003.
- Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, mm (Ds 2003:35)*, Bildkonst Upphovsrätt i Sverige, 2003.
- Vedrørende høring af departementalt udkast til ændring af ophavsretsloven*, Dansk industri, 2002.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1939 s. 592

NJA 1984 s. 304

Hovrätten

RH 1996:32

EG-domstolen

C-91/04. Europeiska gemenskapens kommission mot Konungariket Sverige.