



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Petter Nelin

Upphovsrätt och yttrandefrihet

En studie av svensk och amerikansk rätt

Examensarbete
20 poäng

Per Jonas Nordell

Immaterialrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	8
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
2 UPPHOVSRÄTTEN I SVENSK OCH AMERIKANSK RÄTT	11
2.1 Upphovsrättens innebörd och struktur	11
2.2 Upphovsrättens syften och historia	12
2.3 Internationella konventioner och upphovsrätten av i dag	15
2.4 Upphovsrätten i svensk rätt	15
2.4.1 Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk	16
2.5 Upphovsrätten i amerikansk rätt	19
2.5.1 The Copyright Act of 1976	19
3 YTTRANDEFRIHETEN I SVENSK OCH AMERIKANSK RÄTT	22
3.1 Yttrandefrihetens innebörd och syfte	22
3.2 Yttrandefriheten i svensk rätt	23
3.2.1 Yttrandefrihetsskyddet i TF, YGL, RF och Europakonventionen	23
3.3 Yttrandefriheten i amerikansk rätt	25
4 EN POTENTIELL KONSTITUTIONELL NORMKONFLIKT	27
4.1 Svensk rätt	27
4.1.1 Bestämmelserna i TF 1:8 och YGL 1:12	27
4.1.2 Rättspraxis	30
4.2 Amerikansk rätt	37

4.3	Jämförelse	41
5	YTTRANDEFRIHETS RÄTTSLIGT MOTIVERADE INSKRÄNKNINGAR I UPPHOVSRÄTTEN	44
5.1	Allmänt om inskränkningar i upphovsrätten	44
5.2	Citaträtten	45
5.2.1	Svensk rätt	46
5.2.2	Amerikansk rätt	49
5.2.3	Jämförelse	53
5.3	Återgivningsrätten	54
5.3.1	Svensk rätt	55
5.3.2	Amerikansk rätt	60
5.3.3	Jämförelse	64
5.4	Reportagerätten och möjligheten att återge konstverk i film, TV och på bild	66
5.4.1	Svensk rätt	66
5.4.2	Amerikansk rätt	68
5.4.3	Jämförelse	69
6	AVSLUTANDE DISKUSSION	71
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	79
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	85

Sammanfattning

Syftet med uppsatsen är att undersöka förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet i svensk rätt, för att därefter jämföra med hur rättsläget inom detta område ser ut i USA. Upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten är inte en fråga som rönt särskilt stor uppmärksamhet i svensk juridisk debatt. Likväl är det en intressant fråga som förtjänar en djupare analys. Både upphovsrätten och yttrandefriheten är grundlagsreglerade rättigheter och en konflikt mellan dem kan potentiellt sett leda till en konstitutionell normkonflikt. Detta gör en undersökning av förhållandet dem emellan rättsligt intressant. Vidare kan frågan vara värd att belysa därför att den i framtiden kan komma att få ökad betydelse. Samtidigt som upphovsrätten har växt i omfång, har samhällsdebatten tagit nya uttrycksformer och innefattar idag ett stort antal aktörer som i olika situationer kan tänkas vilja göra gällande sin grundlagsskyddade yttrandefrihet. På sikt kan dessa parallella utvecklingslinjer leda till att upphovsrätten i större utsträckning än tidigare ställs mot den grundlagsskyddade yttrandefriheten. Framförallt kan sådana situationer uppstå när yttrandefrihetsskäl åberopas som försvar i mål som rör upphovsrättsintrång.

Vid en undersökning av hur upphovsrätten förhåller sig till yttrandefriheten i svensk rätt, är det av intresse att jämföra med hur rättsläget på området ser ut i USA. I USA har frågan, till skillnad från i Sverige, varit föremål för en omfattande juridisk diskussion och ett flertal domstolsavgöranden. En jämförelse med USA är också intressant eftersom Sverige och USA tillhör olika rättskulturer. Det kan därför vara värt att undersöka om detta har lett till några skillnader i hur frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten har reglerats i respektive land.

Undersökningen av hur upphovsrätten förhåller sig till yttrandefriheten har i uppsatsen delats upp i två delar. Den första delen utgörs av en undersökning av hur det konstitutionella förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet ser ut i Sverige och USA och vilka möjligheter som i respektive land finns, att i mål som rör upphovsrättsintrång åberopa den grundlagsskyddade yttrandefriheten. Den andra delen består i en undersökning av de inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt genom vilka förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet delvis kan sägas ha internaliserats inom ramen för respektive lands upphovsrättslagstiftning. De inskränkningar i upphovsrättsinnehavarens ensamrätt i URL som jag har valt att undersöka i svensk rätt är citaträtten i 22 § URL, återgivningsrätten i 23 § URL, dagshändelseundataget i 25 § URL och rätten i 20 a URL § att i vissa fall återge verk i TV, film eller bild. Dessa har jämförts mot den amerikanska bestämmelsen om *fair use*.

Vid en jämförelse av hur frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten har reglerats i Sverige och USA, kan konstateras att länderna uppvisar formella olikheter men att rättsläget i praktiken är

jämförbart. I svensk rätt har upphovsrätten betraktats som en inskränkning av yttrandefriheten och förhållandet mellan de båda rättsstrukturerna har reglerats genom att upphovsrättsliga frågor uttryckligen har uteslutits från TF:s och YGL:s tillämpningsområde. Från den amerikanska lagstiftarens sida har någon konflikt mellan upphovsrätten och yttrandefriheten inte konstaterats och förhållandet dem emellan har heller inte reglerats i lag. Trots denna skillnad har frågan när den behandlats i praxis fått ett liknande utfall i Sverige och USA. Varken Högsta domstolen eller *Supreme Court* har i något avgörande ansett att upphovsrätten bör stå tillbaka för yttrandefriheten och rättsläget i svensk och amerikansk rätt får på denna punkt sägas vara relativt samstämmigt. Skillnader i de båda domstolarnas argumentationslinjer finns dock.

Vad gäller de inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt som jag valt att undersöka, 20 a, 22, 23 och 25 §§ URL i svensk rätt och bestämmelsen om *fair use* i amerikansk rätt, föreligger vad gäller bestämmelsernas omfattning inte någon större skillnad. De grundläggande principerna bakom regleringarna är också likartade. Emellertid är bestämmelsen om *fair use* en mer flexibel reglering som är lättare att anpassa till nya situationer. Detta gäller framförallt vid en jämförelse med återgivningsrätten i 23 § URL. Samtidigt gör *fair use*-bestämmelsens allmänt hållna utformning den mindre förutsebar än de svenska bestämmelserna på området. Att *fair use* skulle ge dramatiskt större möjligheter att göra en lämplig avvägning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet, än vad som gäller för de svenska regleringarna, kan inte sägas vara fallet. Däremot har *fair use* i större utsträckning än bestämmelserna i 2 kap. URL i enskilda fall av rättstillämparen använts för att undvika en konflikt mellan upphovsrätt och yttrandefrihet skall uppstå.

Förord

För ett handledningsarbete som har varit både engagerat och tålmodigt, och som stundtals sträckt sig över ett världshav, är jag skyldig min handledare Per Jonas Nordell ett stort tack.

Stockholm i augusti 2007

Förkortningar

AK	Auktorrättskommittén
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FotoL	Lagen (1960:730) om rätt till fotografiska bild
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GP	Göteborgsposten
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HD	Högsta domstolen
JK	Justitiekanslern
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KU	Konstitutionsutskottet
LU	Lagutskottet
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok

SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UCLA Law Review	University of California, Los Angeles Law Review
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
U.S.C.	United States Code
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Upphovsrätten och yttrandefriheten är två väletablerade normer i svensk rätt som normalt sett lever sida vid sida, utan några konflikter dem emellan. Eftersom upphovsrätten inte ger någon ensamrätt till idéer, utan endast till sättet på vilka dessa framförs, utgör den vanligtvis inte heller någon begränsning av yttrandefriheten. Upphovsrätten och yttrandefriheten har också hävdats utgöra två samverkande garantier för den öppna samhällsdebatten. Medan yttrandefriheten tillförsäkrar den enskilde friheten att uttrycka sin åsikt och att ta del av samhällsviktig information, ger upphovsrätten incitament till att sprida idéer och säkerställer upphovsmannens rätt till sitt verk.¹

Det har emellertid hävdats att upphovsrätten stundtals kan vara just den faktor som begränsar yttrandefriheten och att denna konflikt inte i tillräcklig utsträckning har förutsetts av lagstiftaren.² Situationer där upphovsrätten skulle kunna komma att hamna i konflikt med yttrandefriheten är exempelvis om en upphovsrättshavare av ekonomiska eller affärsmässiga skäl inte skulle tillåta användningen av ett verk med stort yttrandefrihetsintresse. En mer direkt konflikt mellan upphovsrätt och yttrandefrihet kan sägas vara för handen om en upphovsrättshavare i politiskt syfte, använder sin upphovsrätt för att aktivt stoppa spridningen eller användningen av ett verk.

Hur upphovsrätten förhåller sig till yttrandefriheten har varit föremål för domstolsavgöranden i flera länder.³ I svensk rätt har frågan behandlats bl.a. i samband med de så kallade Manifest- och Mein Kampf-målen.⁴ I övrigt

¹ För exempel på uppfattningen att upphovsrätten och yttrandefriheten till stor del är samverkande rättsstrukturer, se Offentlighetskommitténs yttrande i SOU 1967:28, s. 19: ”Mellan de två lagkomplexen föreligger väl djupare sett icke någon konflikt. De fullföljer snarare ett gemensamt syfte att skapa förutsättningar för ett fritt samhällsskick och en ”andlig odling”. För en liknande syn på inom amerikansk rätt, se *United States Supreme Courts* resonemang i *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 (2003) ”Indeed, copyright’s purpose is to promote the creation and publication of free expression”.

² Se exempelvis Bernitz, L, *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision, om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*, SvJT 2000, s. 340.

³ Frågan har bland annat behandlats av brittiska domstolar i *Hyde Park Residence v Yelland* (2001) 1 Ch.143, som gällde rätten att publicera bilder på prinsessan Diana och Dodi Al-Fayed, tagna av en övervakningskamera, samt i *Ashdown v Telegraph Group Ltd* (2001) 4 All E.R. 666, som rörde publiceringen av icke-offentliggjorda anteckningar av den brittiske politikern Jeremy (“Paddy”) Ashdown. Se också Israeliska Högsta Domstolens dom i *Eisenman v. Qimron*, som gällde möjligheten att återge upphovsrättsskyddade översättningar ur delar av Döda havsrullarna. C.A. 2790/93, 2811/93, *Eisenman v. Qimron*, 54(3) P.D. 817.

⁴ NJA 1985 s. 893 respektive NJA 1998 s. 838.

har frågan inte rönt någon större uppmärksamhet i den svenska juridiska debatten.⁵ HD har efter domen i Mein Kampf-målet inte heller berört ämnet.⁶ Likväl är frågan om hur upphovsrätten förhåller sig till yttrandefriheten rättsligt intressant. I svensk rätt rör det sig om två grundlagsreglerade normer som båda ansetts väsentliga för det rådande samhällssystemet. Vidare kan frågan ställas om det harmoniska förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet i svensk rätt, kommer att stå sig i framtiden. Den alltmer utbredda förekomsten av s.k. *private journalism* och uppkomsten av tjänster som Wikipedia och Youtube, kan i framtiden leda till att fler aktörer än tidigare vill göra gällande vad de uppfattar som sin rätt till yttrandefrihet. Samtidigt har upphovsrätten expanderat⁷ och upphovsrättshavare har blivit allt mer medvetna om vikten av att bevaka sina rättigheter. Så småningom kan dessa parallella utvecklingslinjer komma att i högre grad aktualisera frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten. Det kan därför vara av intresse att utreda hur detta förhållande har regleras i svensk rätt och hur den potentiella konflikten mellan de båda rättsstrukturerna hittills har hanterats.

I samband med en sådan undersökning är det av flera skäl intressant att jämföra hur frågan har reglerats i USA. Liksom i Sverige är upphovsrätten och yttrandefriheten i USA grundlagsreglerade normer, en internationellt sett ovanlig konstruktion.⁸ Eftersom länderna tillhör olika rättskulturer, kan det också vara intressant att undersöka om detta lett till några skillnader i hur frågan hanterats. USA är vidare ett intressant jämförelseobjekt, eftersom upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten där kanske mer än i något annat land varit föremål för behandling såväl i doktrin som i praxis.⁹

En undersökning av förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet kan sägas ha två aspekter. Den första aspekten utgörs av hur frågan har reglerats på ett konstitutionellt plan. Detta innefattar den faktiska konstitutionella regleringen såväl som vilka möjligheter som finns att i mål som rör upphovsrättsintrång åberopa den grundlagsskyddade yttrandefriheten. Den

⁵ Se dock Bernitz, L, *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision, om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*, SvJT 2000, s. 340 och Rosén, J, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*, NIR häfte 1/2007 s. 1.

⁶ I det s.k. Alfons Åberg-målet, NJA 2005 s. 905, kan HD sägas ha berört frågan ytterligare. Målet gällde emellertid främst rätten att inom ramen för parodi och satir använda upphovsrättsskyddat material. De avgränsningar som jag har valt, gör att denna fråga faller utanför ramen för uppsatsen. Se 1.3 nedan.

⁷ Upphovsrätten har bl.a. kommit att omfatta nya områden såsom databaser och förbud mot kringgående av tekniska skyddsåtgärder, samtidigt som skyddstiderna för upphovsrättsligt skyddade verk har ökat. Se Olsson, H, *Copyright*, Stockholm, 2006 s. 25 f. och Davies, G, *Copyright and the public interest*, 2002, London, s. 266 ff.

⁸ Rosén, J, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*, NIR, häfte 1/2007 s. 5.

⁹ Se exempelvis Nimmer, M, *Does Copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and the press?*, 17 UCLA Law Review 1180 (1970) och Netanel, N, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, Stanford Law Review, Vol. 54, 2001. För exempel på amerikanska rättsfall där frågan berörts, se *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, (2003) och *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.* 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

andra aspekten utgörs av de inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt som helt eller delvis tar sin grund i yttrandefrihetsskäl och genom vilken den potentiella konflikten mellan de båda normerna har lösts inom ramen för upphovsrättslagstiftningen. En sådan inskränkning är exempelvis citaträtten. Förutom att dessa undantag ofta rent faktiskt utgör en avvägning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet, kan undantagens omfattning också inverka på hur frågan hanteras på ett konstitutionellt plan. Amerikanska domstolar har således i samband med att de avstått från att pröva upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten, bl.a. hänvisat till att de inskränkningar som finns i upphovsrättslagstiftningen ger den enskilde tillräckligt stor möjlighet att använda upphovsrättsskyddat material.¹⁰ Det är härvid av intresse att jämföra omfattningen av dessa undantag i respektive land samt hur de har tillämpats. Det är även av intresse att undersöka vilken roll yttrandefrihetsskäl fått spela vid reglernas tillkomst och tillämpning.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att beskriva hur förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet har reglerats i svensk och amerikansk rätt, för att på så vis kunna visa på vilka skillnader och likheter som i detta avseende finns mellan länderna. Uppsatsen syftar även inom ramen för detta till att undersöka vilken inverkan ländernas tillhörighet till olika rättskulturer har fått på frågans behandling.

1.3 Avgränsningar

Undersökningen kommer att bestå dels i en jämförelse av det konstitutionella förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet i svensk och amerikansk rätt och dels i en jämförelse av hur vissa yttrandefrihetsrelaterade inskränkningar i svensk upphovsrättslagstiftning förhåller sig till amerikansk rätt. De inskränkningar i den svenska upphovsrättslagen som kommer att undersökas och jämföras med amerikansk rätt är citaträtten i 22 § URL, återgivningsrätten i 23 § URL, dagshändelseundtaget i 25 § URL och rätten i 20 a URL § att i vissa fall återge verk i TV, film eller bild. 22, 23 och 25 §§ URL, har valts mot bakgrund av att de är undantag där lagstiftaren inom ramen för URL har tvingats göra en avvägning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet. Detta gäller inte i samma utsträckning för 20 a § URL. Denna inskränkning ligger emellertid så pass nära bestämmelsen i 25 § URL att det för att få en helhetsbild över möjligheterna att återge verk i bakgrunden till TV, film och foto finns skäl att ta med även den i undersökningen.

¹⁰ Se *Eldred v. Ashcroft*, samt *New Era Publication Intern. v. Henry Holt Co.* 873 F.2d 576, 583(2.d Cir.1989).

Begreppet yttrandefrihet kommer att användas i vid mening och avse yttrande- och tryckfrihet såväl som informationsfrihet. Upphovsrättens förhållande till offentlighetsprincipen kommer däremot inte att beröras. Offentlighetsprincipen och tryck- och yttrandefriheten är visserligen ämnen som är nära förbundna och återfinns i svensk lagstiftning också delvis i samma lag, tryckfrihetsförordningen. Av utrymmesskäl måste dock denna aspekt att utelämnas.¹¹ Ett annat ämne som ligger nära frågeställningens kärna, men som inte heller kommer att behandlas, är möjligheterna att i samband med parodier och travestier använda upphovsrättsskyddat material. Frågan har reglerats på såpass olika sätt i svensk och amerikansk rätt att en direkt jämförelse skulle ha blivit alltför komplicerad och utrymmeskrävande. Verk av parodi och travesti har i svensk rätt i allmänhet ansetts utgöra nya självständiga verk och URL innehåller inget undantag för denna typ av utnyttjanden.¹² I amerikansk rätt kan däremot parodier falla in under bestämmelsen om *fair use* i 17 U.S.C § 17 vilket utgör en inskränkning i upphovsrättshavarens ensamrätt. Av utrymmesskäl kommer inte heller så kallade inläsningseffekter av tekniska skyddsåtgärder, vilka ibland hävdats kunna begränsa tillgången till material, att behandlas.¹³

1.4 Metod och material

Uppsatsen är en komparativ analys mellan svensk och amerikansk rätt vad gäller upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten. Utgångspunkten är rådande rättsläge i svensk rätt, som kommer att jämföras med rättsläget i USA.

Två metoder, rättsdogmatisk metod och komparativ metod, kommer att användas. Den rättsdogmatiska metoden, där lag, förarbeten, praxis och doktrin studeras, kommer att användas för att fastställa gällande rätt i Sverige och USA. För att på ett riktigt sätt kunna analysera den plats som normer och regler intar i respektive lands system, kommer den rättsdogmatiska metoden att kompletteras med komparativ metod. Att Sverige och USA tillhör olika rättsfamiljer visar sig inom rättskälleläran, vilket är viktigt att ta i beaktande vid jämförelsen.¹⁴ Medan lagtext och förarbeten i Sverige traditionellt sett tillmätts stor betydelse, så har i USA domstolsavgöranden och judiciell tolkning av begrepp och bestämmelser

¹¹ Förhållandet mellan upphovsrätten och offentlighetsprincipen i svensk rätt har också behandlats utförligt i ett tidigare examensarbete. Se Agardh, *A Upphovsrätten och offentlighetsprincipen, en studie i svensk rätt*. Examensarbete vid juridiska fakulteten vid Lunds universitet år 2003.

¹² Frågan behandlades av HD i det så kallade Alfons Åberg-målet, NJA 2005 s. 905. Se även Rosén, J, *Alfons Åbergs integritet eller författarens? Kan parodi, travesti eller satir innefatta intrång i ideell rätt?* JT nr 3 2005/06. Rosén argumenterar för att någon inskränkning i URL till förmån för parodier inte heller är nödvändig.

¹³ Olsson, H, *Copyright*, 2006, s. 43.

¹⁴ Bogdan, M, *Komparativ rättskunskap*, Stockholm, 2003 s. 44.

intagit en framskjuten position. När den rättsdogmatiska metoden appliceras på svensk rätt måste också hänsyn tas till EG-rätten och eventuella avgöranden från EG-domstolen.

Förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet är i grund och botten en fråga om förhållandet mellan två normer. Under 1900-talet har yttrandefriheten kommit att bli erkänd som en av det demokratiska samhällets hörnstenar. En effekt av att detta är att yttrandefriheten har ansetts som så pass självklar, att diskussionen kring dess syften delvis hamnat i skymundan. Vid en jämförelse av hur förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet har reglerats i Sverige och USA, är det emellertid nödvändigt att undersöka vilka syften som traditionellt sett bär upp de båda rättsstrukturerna och om och på vilket sätt dessa skiljer sig åt i de svenska och amerikanska rättssystemen. Jag har valt att använda Eric Barendts systematisering av de vanligaste yttrandefrihetsargumenten.¹⁵ Enligt Barendt kan yttrandefrihetsargument delas in i fyra grupper 1) Argument där *yttrandefrihetens betydelse för sökandet efter fakta* framhålls (även känt som ”Mills sanningsargument”). 2) *Självförverkligandeargument* 3) *Demokratiargument* och 4) *Argument som rör begränsning av regeringsmakten*. Av pedagogiska skäl belyses de fyra argumenten närmare i samband med redogörelsen för yttrandefrihetens historia och struktur under 3.1 nedan.

Upphovsrätten har likaledes motiverats utifrån flera olika argumentationslinjer. Jag har valt att dela in argumenten i två huvudgrupper.¹⁶ Den första gruppen riktar främst in sig på upphovsrättens samhällsnyttiga betydelse. Nyttan kan vara av olika slag. Upphovsrätten kan, genom att författare och konstnärer ges incitament till skapande, anses stimulera till mångfald och produktion inom kulturområdet. Ett mer ekonomiskt inriktat nyttoperspektiv fokuserar snarare på att upphovsrättssystem bidrar till investeringar på det immaterialrättsliga området, vilket numera utgör en inte obetydlig del av samhällsekonomin, och därmed bidrar till tillväxten. Den andra huvudgruppen av argument behandlar upphovsrättshavarens rättigheter som något i sig skyddsvärt. Även inom denna grupp kan olika underargument urskiljas. Upphovsmannen kan anses ha vissa rättigheter utifrån den moraliska utgångspunkten att var och en har rätt att njuta frukterna av sitt intellektuella arbete. Enligt ett annat synsätt tar upphovsrättigheter sin grund i att verket utgör en förlängning av upphovsmannens personlighet. Argumenten bakom upphovsrätten kommer att beskrivas närmare under 2.1 nedan.

¹⁵ Barendt, E, *Freedom of Speech*, 2005, Oxford, 2005, s. 6. ff. Jämför med den snarlika indelning som görs av Ulf Petäjä, Petäjä, U, *Varför yttrandefrihet? Om rättfärdigandet av yttrandefrihet från fem centrala argument i den demokratiska idétraditionen*, Doktorsavhandling vid Institutionen för samhällsvetenskap vid Växjö Universitet, 2006. s. 29 ff.

¹⁶ För en genomgång av argument med vilka upphovsrätten kan motiveras, se Sterk, S, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, Mich. L. Rev. Vol. 94, No. 5 (Mar, 1996).

2 Upphovsrätten i svensk och amerikansk rätt

2.1 Upphovsrättens innebörd och struktur

Upphovsrättens kärna utgörs av de vanligen tidsbegränsade rättigheter genom vilka upphovsmannen till ett verk ges monopol på verkets utnyttjande. Rättigheterna kan vara av ekonomisk eller ideell art. Ekonomiska ensamrätter innefattar rätten att mångfaldiga ett verk och att göra det tillgängligt för allmänheten.¹⁷ Dessa kan vanligen överlåtas av upphovsmannen till ett annat rättssubjekt. Ideella rättigheter, på franska *droit moral*, som inte erkänns i alla rättsordningar, innefattar bl.a. rätten att bli angiven som upphovsman i samband med att ett verk visas eller används (*droit à la paternité*) och rätten att motsätta sig kränkande behandling av verket (*droit au respect*). Till skillnad från ekonomiska rättigheter kan ideella rättigheter vanligen inte överlåtas.¹⁸

Olika uppfattningar finns om huruvida de ekonomiska och ideella rättigheterna skall ses som ett utflöde av en enda sammanhållen rätt eller ej. Enligt den så kallade dualistiska läran ges upphovsmannen två olika sorters rättigheter, ekonomiska och ideella, vilka kan särskiljas och behandlas var för sig.¹⁹ Denna skolbildning tar framförallt sin grund i fransk rättstradition. Den monistiska läran framhåller å sin sida upphovsrättens ställning som en enhetlig rättskonstruktion. Den monistiska läran har i tysk rätt kommit att bli den dominerande.²⁰

Upphovsrättens innebörd innefattar vidare så kallade närstående rättigheter (på engelska ofta kallade *related rights* eller *neighbouring rights* efter franskans *droit voisins*). Hit räknas bl.a. sådana rättigheter som ges till utövande konstnärer, producenter och radioföretag, dvs. till aktörer som inte är upphovsmän till ett verk, men vars rättigheter har ansetts behöva ett

¹⁷ Tillgängliggörande för allmänheten kan i svensk rätt ske på fyra sätt; genom att verket sprids, genom att det visas offentligt, genom att det framförs offentligt eller genom att det överförs till allmänheten.

¹⁸ Således stadgas i Bernkonventionens (BK) artikel 6bis: "Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation" (min kursivering).

¹⁹ Rosén, J, *Förlagsrätt — rättsfrågor vid förlagsavtal*, Stockholm, 1989. Rosén menar också att den praktiska skillnaden mellan de båda synsätten inte bör överdrivas. Se även Strömholm, S, *Upphovsrätten som nationell disciplin — Exemplet droit moral*. NIR häfte 5/2005 s. 650, samt Eberstein, G, *Den svenska författarrätten*, Stockholm, 1925.

²⁰ Rosén, J, 1989 s. 108 f.

liknande skydd. Upphovsrätten omfattar vanligen också regleringar rörande inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätter eller i de närstående rättigheterna.

2.2 Upphovsrättens syften och historia

Om yttrandefriheten alltmer kommit att bli en norm som tas för given, så är upphovsrättssystemet en rättskonstruktion vars utformning stundtals varit utsatt för hård kritik och som i högre utsträckning än yttrandefriheten har tvingats motivera sin existens.²¹

Upphovsrättens historia är till stor del också tryckpressens. Uppfinnandet av tryckpressen i mitten av 1400-talet gav upphov till olika av staten kontrollerade privilegiesystem, vilka syftade till att ge utgivare ekonomiska möjligheter att publicera verk. Genom privilegiesystemen gavs staten också ett effektivt censurinstrument²² och privilegiesystemet var under 1500- och 1600-talen det i Europa rådande systemet. Den första skrivna upphovsrättslagen i egentlig mening, vanligen kallad *The Statute of Anne*, tillkom i England år 1709. Kontinentaleuropeisk upphovsrättslagstiftning uppstod senare än den brittiska och Frankrike fick sin första kodifierade upphovsrättslagstiftning först efter Franska revolutionen år 1789.²³

Inom upphovsrättsteori brukar man traditionellt tala om två rättspolitiska huvudinriktningar.²⁴ De grunder på vilka ett lands upphovsrätt vilar, har ibland ansetts avhängiga av vilken rättspolitisk inriktning landet tillhör.²⁵ Det kan därför vara på sin plats med en kort genomgång av dessa.

Copyrightskolan eller *den angloamerikanska skolan* tar sin grund i den brittiska upphovsrättsutvecklingen som följde efter *The Statute of Anne*. *Droit d'auteur-* eller *den kontinentaleuropeiska skolan* uppstod å andra sidan genom fransk rättsutveckling under 1800-talet, främst genom praxis.²⁶ *Droit d'auteur-skolan* kom senare även att influeras av tysk upphovsrättsutveckling. *Copyrightskolan* har beskrivits som ett system där upphovsrättshavaren tilldelas framförallt ekonomiska ensamrätter främst i syfte att främja konkurrensen och produktionen av verk.²⁷ Upphovsrätten

²¹ Olsson, H, *Copyright*, 2006, s. 29 ff.

²² För en redogörelse av den politiska vikten av att ha makten över exemplarframställningsrätten i 1600-talets England, se Feather, J, *Publishing, piracy and politics – An historical study of Copyright in Britain*, London, 1994 s. 37 f.

²³ Danmark hade dock en upphovsrättslag redan år 1741.

²⁴ Olsson, H, *Copyright* s. 33 f. och Goldstein, P, *Copyright's highway – From Gutenberg to the celestial jukebox* Stanford, 2003, s. 135 ff.

²⁵ Goldstein, 2003, s. 136.

²⁶ Strömholm, S, *Upphovsrätten som nationell disciplin – Exemplet droit moral*, NIR häfte 5/2005, s. 650, och Goldstein, 2003, s. 135 ff. För en genomgång av tidig amerikansk respektive fransk upphovsrättsutveckling se Ginsburg, J, *A tale of two copyrights: Literary property in revolutionary France and America*, Tul. L. Rev., Vol. 64, 1990, pp. 991-1031.

²⁷ Olsson, H, *Copyright*, 2006 s. 32 och Dreier, T, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?* i Dreyfuss/Zimmerman/First

fyller här ett praktiskt samhällsnyttigt syfte och verket i fråga ses till stor del som ett från upphovsmannen fristående objekt. *Droit d'auteur*-skolan har snarare ansetts ha upphovsmannens väl för ögonen och har tagit sin utgångspunkt i upphovsmannens rätt att bestämma över sitt verk. Verket anses här, till skillnad från i copyrightskolan, ha en nära samhörighet med upphovsmannens person. Den främsta praktiska skillnaden skolorna emellan står också att finna i synen på ideella rättigheter. På grund av kopplingen mellan upphovsman och verk har dessa i allmänhet en framskjuten position i länder tillhöriga *Droit d'auteur*-skolan, medan de intagit en klart undanskymd roll i angloamerikansk rätt.²⁸ En skillnad kan också skönjas i synen på arbetstagares upphovsrätt till sitt verk. Medan den starka personliga kopplingen mellan verk och skapare i kontinentaleuropeisk rättstradition, har lett till ståndpunkten att upphovsrätten i allmänhet bör tillfalla arbetstagaren, så övergår upphovsrätten enligt den mer ekonomiskt inriktade copyrightskolan i högre utsträckning till arbetsgivaren.²⁹ Att skillnaderna mellan de båda inriktningarna skulle vara särskilt stora har dock ifrågasatts.³⁰ Det har vidare hävdats att det är svårt att hitta "rena" copyright-, eller "rena" *Droit d'auteur*-system. Genom kulturella influenser och internationella avtal har skolorna kommit att korsbefrukta varandra och det går i många länders upphovsrättslagstiftning att finna spår av bägge inriktningarna. Även skillnaderna skulle ha lett till några större olikheter i den praktiska tillämpningen, har också ifrågasatts.³¹

Som nämnts under 1.4 ovan har jag valt att dela in motiven med vilka upphovsrätten brukar motiveras i två huvudgrupper:

Den första huvudgruppen utgörs av argument där upphovsrätten huvudsakligen anses fylla ett *samhällsnyttigt syfte*. Dessa argument kan ta sig olika form:

1) Upphovsrätten kan anses fylla ett viktigt samhällsnyttigt syfte eftersom den utgör incitament till *skapandet av verk* såsom romaner, filmer, målningar och poesi. Genom att verk skapas och sprids, främjas kulturliv och den allmänna debatten. I syfte att stimulera sådant skapande ges upphovsrättshavaren därför under en tid en ensamrätt till sitt verk.³²

Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford, 2001, s. 298.

²⁸ Författarens ideella rätt kan dock skyddas på annat sätt än genom upphovsrättslagstiftning, exempelvis genom förtalslagstiftning, eller genom att garantier ges för privatlivets helgd.

²⁹ Koktevedgaard, M, och Levin, M, *Lärobok i Immaterialrätt*, Norstedts Juridik, 2004, s. 115.

³⁰ Ginsburg pekar bland annat på att tidig amerikansk och fransk upphovsrätt till stor del utgick från samma mål och att skillnaderna mellan dem inte skall överdrivas, Se Ginsburg J, *A tale of two copyrights: Literary property in revolutionary France and America*, Tul. L. Rev, vol. 64, 1990 s. 994 och 996.

³¹ Dreier, T i Dreyfuss/Zimmerman/First, 2001, s. 301 f. Se även, Olsson, H, *Copyright*, 2006, s. 33.

³² Sålunda ges den amerikanska kongressen genom konstitutionens, artikel 1 sektion 8, klausul 1, rätten att " [P]romote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and

2) Upphovsrätten är viktig eftersom den *skyddar och stimulerar investeringar, vilket gynnar samhällsekonomin*. Upphovsrättssystem ger incitament till den som investerar arbete och pengar i upphovsrättsliga verk, och bidrar därmed till samhällsekonomin. I takt med att immateriella rättigheter kommit att bli en allt mer betydande industri som omsätter stora summor pengar, har detta argument blivit mer vanligt förekommande.³³ Att ett land eller en region har ett starkt upphovsrättssystem kan enligt denna argumentationslinje även utgöra en viktig konkurrensfördel.³⁴

Den andra huvudgruppen av argument försvarar upphovsrätten inte primärt utifrån ståndpunkten att upphovsrättssystem är samhällsnyttiga. Utgångspunkten är istället att upphovsrättshavarens rättigheter *har ett skyddsvärde i sig*.³⁵ Att upphovsmannen har förtjänat rätten till sitt arbete kan likaledes motiveras på flera sätt:³⁶

3) Upphovsmannen kan anses ha en rätt *att njuta frukterna av det arbete som denne lagt ner i samband med ett verks tillkomst*.³⁷ Detta synsätt, som i amerikansk rätt ibland kallas för "the sweat of the brow-doctrine" förknippas ofta med John Lockes teorier kring äganderätt och rätten till resultatet av sitt arbete.

4) Enligt ett annat synsätt, som främst kopplas samman med den kontinentaleuropeisk rättstradition, *är ett litterärt eller konstnärligt verk förbundet med upphovsmannens personlighet*.³⁸ Upphovsmannen äger därför rätten till verket och i dessa rättigheter ingår även ideella rättigheter. Dessa anses, återigen p.g.a. av det nära sambandet mellan upphovsman och verk, i allmänhet inte vara överlåtbara.

Discoveries" (min kursivering). För en motsvarande motivering i svensk rätt, se departementschefens yttrande i propositionen till URL: "Lagstiftningen till skydd för det litterära och konstnärliga skapandet är av utomordentligt stor betydelse för den andliga odlingen", Prop. 1960:17 s. 39. Se även Olsson, H, *Copyright*, 2006 s. 38 f.

³³ Olsson, H, *Copyright*, 2006 s. 42.

³⁴ Ett belysande exempel finns i ingressen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG (Infosocdirektivet) punkt 4: "Harmoniserade rättsliga ramar för upphovsrätt [...] kommer [...] genom att en hög skyddsnivå skapas inom området för immaterialrätt att uppmuntra till betydande investeringar i kreativ och innovativ verksamhet [...] vilket i sin tur leder till tillväxt och ökad konkurrenskraft för europeisk industri".

³⁵ För en redogörelse av detta syfte se Auktoritetskommitténs, vars betänkande låg till grund för URL, redogörelse för upphovsrättens bakgrund, SOU 1956:25 s. 45.

³⁶ Indelningen av underargumenten motsvarar den indelning som gjorts av Michael Birnhack, se Birnhack, M, *Copyrighting speech: A Trans-Atlantic view*. i Torremans P (ed.), *Copyright and human rights*, London, 2004, s. 49 f.

³⁷ Sterk, S, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, Mich. L. Rev. Vol. 94, No. 5 (Mar, 1996). s. 1235.

³⁸ Denna typ av argument tar främst sitt ursprung i tysk och fransk rätt. I Frankrike var utgångspunkten länge en naturrättsligt färgad äganderättsteori, medan den tyska teoribildningen till stor del brukar tillskrivas Hegels idéer. Jfr Strömholm som tar fäste på Kants och dennes "personlighetsteoris" betydelse för den tyska utvecklingen. Strömholm, S, *Upphovsrätten som nationell disciplin – Exemplet droit moral*. NIR häfte 5/2005 s. 653. Se också Eberstein, G, 1925, s. 148 f.

2.3 Internationella konventioner och upphovsrätten av i dag

Under slutet av 1800-talet uppmärksammades behovet av ett fördjupat internationellt samarbete på det upphovsrättsliga området och år 1886 tillkom Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk. Konventionen syftade till att åstadkomma ett ömsesidigt erkännande av medlemsländernas respektive upphovsrättslagar och innehåller även ett antal så kallade minimirättigheter, vilka medlemsländerna förbinder sig att respektera. Artikel 9 (2) BK innehåller vidare en bestämmelse, ofta kallad *trestegsregeln*, som reglerar vilka inskränkningar medlemsländerna får göra i upphovsrättshavarens ensamrätt. I enlighet med trestegsregeln får konventionsländernas upphovsrättslagstiftningar innehålla inskränkningar som tillåter exemplarframställning om dessa regler är utformade på ett sådant sätt att de: 1) tillåter exemplarframställning i vissa särskilda fall, 2) inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och 3) inte oskäligt inkräktar på rättighetshavarens legitima intressen.

Upphovsrätten erkänns idag av flertalet rättsordningar, och är upptagen i artikel 27 i FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna. FN har vidare genom underorganet WIPO tagit fram *The WIPO Copyright Treaty* till vilket 60 länder anslutit sig. Även det till GATT-samarbetet knutna TRIPS-avtalet³⁹ innehåller bestämmelser om upphovsrätt. BK:s bestämmelser har tagits in som minimikrav i TRIPS och trestegsregeln infördes i avtalets artikel 13. Den sistnämnda är tillämplig på alla upphovsrättsliga förfoganden. BK:s bestämmelser om ideella rättigheter har emellertid utelämnats ur TRIPS-avtalet. Upphovsrätten är också intagen i EG:s rättighetsstadga (art 17) och EU har även antagit ett antal direktiv som berör det upphovsrättsliga området. Samtliga medlemsstater har vidare förpliktigt sig till att ansluta sig till BK. Upphovsrätten är inte explicit garanterad i Europakonventionen⁴⁰, men uppfattningen har framförts att såväl artikel 8 (som garanterar privatlivets helgd) som artikel 1 i Tilläggsprotokoll 1 (som garanterar äganderätten) skulle kunna användas som försvar för upphovsrätten.⁴¹

2.4 Upphovsrätten i svensk rätt

Den första svenska upphovsrättsregleringen fanns i 1810 års tryckfrihetsförordning. Här slogs fast att ”Varje skrift vare författarens eller dess laglige rättighetsinnehavares egendom”. Bestämmelserna om upphovsrätt bröts så småningom ut ur tryckfrihetsförordningen och Sverige

³⁹ WTO:s *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

⁴⁰ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁴¹ Hugenholtz, B, *Copyright and freedom of expression in Europe* i Dreyfuss/Zimmerman/First, 2001 s. 346.

fick genom *lagen av den 10 augusti 1877 om äganderätt till skrift* sin första fristående upphovsrättslag. År 1897 lades också en lag om skydd för fotografier till det upphovsrättsliga regelverket.⁴² Under början av 1900-talet gjordes en totalöversyn av upphovsrätten och år 1919 infördes tre nya lagar vilka ersatte samtliga tidigare gällande upphovsrättsliga regleringar.⁴³ Innan denna översyn gjordes hade Sverige år 1908 tillträtt BK och de nya lagarna anpassades för att uppfylla Sveriges förpliktelser enligt konventionen. Den i dag gällande upphovsrättslagstiftningen tillkom år 1960, varvid upphovsrätt till litterära, musikaliska och konstnärliga verk kom att regleras i en och samma lag. Fotorätten hölls alltjämt utanför upphovsrättslagen, men reformerades bl.a. genom att skyddstiden utsträcktes till 25 år. År 1994 överfördes fotorätten till URL.⁴⁴

Författares, konstnärers och fotografers rätt att råda över sina verk finns reglerad i regeringsformen. Enligt RF 2:19 skall närmare bestämmelser på området meddelas i lag. Med detta åsyftas inte bara att regleringar rörande upphovsrätt skall göras genom lag, utan också att en sådan lagstiftning skall finnas.⁴⁵ Att upphovsrätten måste grundlagsskyddas, motiverades av Fri- och rättighetsutredningen främst utifrån dess betydelse för opinionsbildningen och den ”*andliga odlingen*”.⁴⁶

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

Upphovsrätten regleras närmare genom lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Lagens skyddsobjekt anges i 1 § URL vara litterära och konstnärliga verk och URL:s portalparagraf innehåller även en icke-uttömmande lista över vad som innefattas i dessa benämningar.⁴⁷ Ett verk måste för att vara skyddsvärt också uppnå verkshöjd. Skyddsobjektet i URL utgörs av upphovsmannen till ett verk, och, i vissa fall, innehavare av närstående rättigheter.⁴⁸ Genom en lagändring år 1995 utsträcktes den upphovsrättsliga skyddstiden till 70 år efter upphovsmannens död. Lagändringen var ett resultat av EG:s s.k. skyddstidsdirektiv.⁴⁹ Inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt finns reglerat i 2 kap. URL.

⁴² Nordell, P J, *Rätten till det visuella*, Stockholm, 1997, s. 8.

⁴³ *Lag den 30 maj 1919 (nr 381) om rätt till litterära och musikaliska verk, lag den 30 maj 1919 (nr 382) om rätt till verk av bildande konst, samt lag den 30 maj 1919 (nr 383) om rätt till fotografisk bild.*

⁴⁴ En ny lag om rätten till fotografisk bild antogs samtidigt som 1960 års upphovsrättslag, Lag 1960:730 om rätt till fotografisk bild.

⁴⁵ SOU 1975:75 s. 165.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Termerna ”litterär” och ”konstnärlig” skall förstås i vidsträckt bemärkelse. SOU 1956:25 s. 65.

⁴⁸ De närstående rättigheterna finns i URL:s femte kapitel och innefattar rättigheter för bl.a. skådespelare, musiker, fonogramproducenter, filmproducenter samt radio- och tv-företag.

⁴⁹ Rådets Direktiv 93/98/EG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter.

De rättigheter som tilldelas upphovsrättshavaren är av såväl ekonomisk som ideell art. Upphovsrättshavaren utgörs normalt till en början av verkets skapare. De ekonomiska upphovsrätterna kan därefter, till skillnad från de ideella, överlåtas till en tredje part som då blir upphovsrättshavare till verket. Även juridiska personer kan vara upphovsrättshavare. De ekonomiska rättigheterna, som finns i 2 § URL, består av upphovsmannens rätt att framställa exemplar av verket samt att göra det tillgängligt för allmänheten. Tillgängliggörande för allmänheten kan ske genom att verket överförs till allmänheten, framförs offentligt, visas offentligt eller sprids till allmänheten.⁵⁰ De ideella rättigheterna omfattar rätten att bli angiven som upphovsman samt ett förbud mot att ändra ett verk eller göra det tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt att det kränker upphovsmannen. Dessa finns i 3 § URL. URL innehåller även andra ideellrättsligt influerade regler, av vilka kan nämnas 11 § 2 st. i vilken slås fast att inskränkningarna i 2 kap. inte påverkar upphovsmannens rättigheter enligt 3 § URL. En ytterligare bestämmelse, som kommer att beröras under 4.1 nedan, är 51 § URL. Enligt detta stadgande får domstol vid vite utfärda förbud mot att återge verk offentligt på ett sätt som kränker den andliga odlingen.

Vad gäller syftena bakom den svenska upphovsrätten så avstod AK uttryckligen från att utveckla någon teoretisk grund på vilken den nya upphovsrättslagen skulle vila.⁵¹ Istället angavs syftet med URL vara att slå fast vilka rättigheter som borde tillkomma upphovsmannen, med beaktande av dennes och samhällets berättigade intressen. AK utgick i sitt arbete ifrån upphovsmannens individuella intressen, men någon klar hierarki mellan de individuella och allmännyttiga syftena bakom URL går inte att identifiera. AK framhöll de ekonomiska rättigheternas betydelse både som ett rättmätigt skydd för upphovsmannen och som ”god politik när den ses från allmänhetens sida”.⁵² Det sistnämnda underströks i förarbetena till URL av departementschefen som uttalade att en upphovsrättslag hade ”utomordentligt stor betydelse för den andliga odlingen”.⁵³ Vad gäller de ideella rättigheterna har dessa emellertid utan tvivel skyddet av upphovsmannen som mål.

Inte heller i samband med översyner av URL har det varit vanligt med några mer omfattande diskussioner kring den rättsteoretiska bakgrunden till den svenska upphovsrättslagstiftningen. Undantag finns emellertid. I samband med att skyddstiden för upphovsrättsligt skyddade verk år 1995 utsträcktes till 70 år efter upphovsmannens död, framhölls upphovsrättens samhällsnyttiga aspekter: ”En förlängning av skyddstiden kommer att ge

⁵⁰ Vad som skall ses som tillgängliggörande för allmänheten har delvis ändrats efter det att Sverige implementerade Infosocdirektivet. Sålunda omfattar överföring till allmänheten numera alla fall där allmänheten bereds möjlighet att ta del av ett verk på en plats och vid en tid man själv väljer, samt fall då verket görs tillgängligt för allmänheten på en annan plats än där det går att ta del av verket. Dessa situationer skulle tidigare ha betecknats som offentligt framförande eller offentlig visning.

⁵¹ SOU 1956:25 s. 84.

⁵² SOU 1956:25 s. 86 (AK citerade här Knoph, *Åndsretten*).

⁵³ Prop. 1960:17 s. 39.

bättre förutsättningar för litterärt och konstnärligt skapande här i landet. Att författare, kompositörer och konstnärer har möjlighet till ett fullgott upphovsrättsligt skydd ligger i hela samhällets intresse”.⁵⁴ Möjligtvis kan även förarbetsuttalandena till RF 2:19 angående upphovsrättens betydelse för opinionsbildningen och den ”*andliga odlingen*”, tolkas så att de samhällsnyttiga aspekterna av upphovsrätten skall ges särskild uppmärksamhet.⁵⁵

Olsson har beskrivit den svenska upphovsrätten som varken naturrättsligt grundad såsom i Frankrike eller som tillhörig den angloamerikanska skolan. Olsson menar att den svenska upphovsrätten snarare grundar sig i en rationell samhällssyn där intressen vägs mot varandra, vilken kombinerats med en önskan om att ge upphovsmannen det skydd denne förtjänar.⁵⁶ Ett sådant praktiskt synsätt, skulle kanske förklara bristen på mera teoretiskt inriktade diskussioner i förarbetsuttalanden kring upphovsrättens syfte. Törngren har, liksom Nordell, också pekat på den inverkan som nordisk rättsrealism hade på upphovsrättslig teori i Norden under 1940- och 1950-talen. Genom denna inverkan kom den upphovsrättsliga utvecklingen att röra sig bort från den idealistiska skolans mer naturrättsligt färgade idéer.⁵⁷

Av de individuella intressena menade Eberstein att det var de ekonomiska rättigheterna och strävan efter att ge författaren lön för sitt arbete som historiskt sett hade haft störst betydelse och att det var skyddet av dessa som också borde ses som upphovsrättens ursprungliga syfte.⁵⁸ Dagens svenska upphovsrätt får emellertid anses ge ett likvärdigt skydd för ideella och ekonomiska rättigheter. Rosén framhåller att den svenska upphovsrätten av i dag närmast är monistisk till sin utformning; de ideella och ekonomiska rättigheterna utgör olika aspekter av en för upphovsmannen sammanhållen rätt.⁵⁹ Enligt Nordell intar emellertid de nordiska länderna snarare en mellanposition mellan de monistiska och dualistiska synsätten.⁶⁰ Den praktiska skillnaden mellan de båda sistnämnda ståndpunkterna torde inte

⁵⁴ Prop. 1994/95:151 s. 23. Förlängningen var ett resultat av EG-direktiv 93/98/EEG, i allmänhet kallat skyddstidsdirektivet. Direktivet reglerade inte ideella rättigheter. Från regeringens sida framhölls dock vikten av att den utsträckta skyddstiden även skulle omfatta upphovsmannens ideella rättigheter, bland annat framhölls att ideella rättigheter i framtiden troligen skulle få större betydelse, a.a s. 24. Se även Upphovsrättsutredningens delbetänkande som i en bilaga redogör relativt omfattande för upphovsrättens ekonomiska betydelse. SOU 1983:65 s. 215 (Rapport från statistiska centralbyrån).

⁵⁵ SOU 1975:75 s. 165.

⁵⁶ Olsson, H, *Copyright*, 2006, s.26 Jfr Rosén som anser att upphovsrätten främst syftar till att ge upphovsmannen ekonomisk kontroll över sitt verk var till fogas ideellrättsligt grundade syften. Rosén menar vidare att det rättspolitiska syftet sett ur ett större perspektiv har varit att främja skapande och därmed bidra till ekonomisk och vetenskaplig utveckling. Även Rosén ger uttryck för en praktisk syn på upphovsrätten och pekar på att upphovsmannens befogenheter är grundade i praktiska behov som kan skifta över tiden. Rosén, J, 1989 s. 100 ff.

⁵⁷ Törngren, P, *Den nordiska verksdebatten, en sammanfattning och kommentar*. TfR 1986 s. 365, särskilt 366 ff. samt Nordell, P J, 1997, s. 9.

⁵⁸ Eberstein, G, 1925. s. 121 ff.

⁵⁹ Rosén, 1989 s. 108 f. För skillnaden mellan monism och dualism se 2.1 ovan.

⁶⁰ Nordell, P J, *Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning. Kommentarer till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)*. NIR häfte 3/2007 s. 217.

vara särskilt stor. Från AK:s sida uttalades att någon klar åtskillnad mellan de ideella och ekonomiska rättigheterna inte kan göras.⁶¹ Vad gäller de ekonomiska rättigheterna uttalade AK att dessa delvis skulle ses som en variant av satsen att ”arbetaren är sin lön värd”, vilket speglar argument 3 under 2.2 ovan. Samtidigt klargjorde AK att upphovsrätten inte skulle ses som en äganderätt.⁶²

2.5 Upphovsrätten i amerikansk rätt

Genom *the Copyright Clause*, konstitutionens artikel 1, sektion 8, klausul 1, ges den amerikanska kongressen rätt att tilldela uppfinnare och författare en i tiden avgränsad ensamrätt till sina verk i syfte att ”*promote the Progress of Science and useful Arts*”. Första gången kongressen utnyttjade denna möjlighet var 14 år efter självständighetsförklaringen och ett år efter det att konstitutionen trätt i kraft, då *the Copyright Act of 1790* antogs.⁶³ Från antagandet av denna lag till och med början av 1900-talet kom den amerikanska upphovsrätten att utvecklas främst genom tillägg till lagen och genom praxis. Parallella federala och delstatliga upphovsrättslagar existerade sida vid sida, där det federala rättssystemet använde sig av *the Copyright Act of 1790*, och delstatsdomstolarna av ett Common Law-inspirerat system. År 1909 antogs en ny *Copyright Act* i vilken skyddstiden utsträcktes till 28 år efter det att verket hade registrerats. Lagen gällde för publicerade verk som försetts med copyrightskydd. Opublicerade verk hamnade även fortsättningsvis under delstatsdomstolarnas common law-tolkning. Det kom sedan att dröja ända till år 1976 innan en ny *Copyright Act* stadfästes. Denna är den i dag gällande upphovsrättslagstiftningen.

2.5.1 The Copyright Act of 1976

The Copyright Act of 1976 ledde till en lång rad förändringar i amerikansk upphovsrätt. För första gången infördes ett enhetligt system där all upphovsrätt regleras av federal lagstiftning och alla upphovsrättsfall handläggs av det federala domstolssystemet. Genom den nya lagen försvann också kravet på att ett verk för att få skydd måste vara publicerat.⁶⁴ Skyddstiden utsträcktes vidare till 50 år efter upphovsmannens död. Genom *the Copyright Extension Act* år 1998 förlängdes skyddstiden ytterligare till 70 år efter upphovsrättshavarens död.⁶⁵

Genom *Copyright Act* ges upphovsrättshavaren en ensamrätt att framställa kopior av ett verk, att framställa bearbetade verk, sprida kopior av ett verk

⁶¹ SOU 1956:25 s. 86.

⁶² A.a s. 84 f. Fri- och rättighetsutredningen pekade på att upphovsrättens ”omedelbara” ändamål var att skydda främst upphovsmannens rättigheter, medan det ”överordnade” syftet var att främja litterär och konstnärlig produktion. SOU 1975:75 s. 290.

⁶³ Davies, G 2003, s. 77.

⁶⁴ Detta krav gäller alltså för verk som publicerades innan det att lagen trädde i kraft.

⁶⁵ I det fortsatta *CTEA*. Lagen kallas också *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*.

till allmänheten, att framföra ett verk offentligt, att visa ett verk offentligt samt att framställa digitala kopior, av dessa.⁶⁶ *Copyright Act* innehåller även ett antal inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt och genom lagen kodifierades den s.k. *fair use*-doktrinen, som sedan år 1841 löpande hade utvecklats i domstolspraxis.⁶⁷ Bestämmelsen om *fair use* återfinns i 17 U.S.C. § 107 och är en brett hållen bestämmelse som tillåter viss användning av upphovsrättsskyddat material.⁶⁸

Upphovsrättens syfte i amerikansk rätt anges i *Copyright Clause* vara att främja "the Progress of Science and useful Arts". Den amerikanska upphovsrätten baseras m.a.o. på ett allmännyttigt syfte. För att realisera detta syfte får kongressen skapa lagar som ger upphovsmän tidsbegränsade rättigheter till sina verk. Upphovsmännens rättigheter har traditionellt inte ansetts ha något syfte i sig, utan har betraktats som instrument för att förverkliga upphovsrättens allmännyttiga syfte. I rättsfallet *Wheaton v. Peters*, uttalade *Supreme Court* också att upphovsrätten är en av kongressen skapad rättighet, och att någon ur naturen sprungen upphovsrätt inte existerar.⁶⁹ Följaktligen har amerikansk upphovsrätt traditionellt inte erkänt några mer omfattande ideella rättigheter. Vissa menar sig ha kunnat iakttä en viss skiftning i den amerikanska upphovsrättslagens rättsfilosofiska grund efter införandet av 1976 års *Copyright Act*. Det ursprungliga syftet har, enligt somliga, blandats ut med en ökad vilja att skydda författaren, vars rättigheter stärkts på bekostnad av publicisten.⁷⁰ Att en viss skiftning också har skett erkändes delvis av *Supreme Court* i *New York Times Co. Inc. v. Tasini*, i vilket *Supreme Court* slog fast att de frilansjournalister som utgjorde kärndeparten i målet, hade rätt till texter som de hade skrivit och som fanns sparade i elektroniska arkiv.⁷¹ En mer författarrättsinriktad grund har även lästs in i *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.* I detta avgörande avfärdade *Supreme Court* den så kallade "sweat of the brow"-doktrinen och uttalade att ett verk för att skyddas måste ha en viss originalitet; skyddet kan inte uppstå endast på grund av att produkten krävt ett avsevärt arbete.⁷² Oavsett hur denna förändring skall betraktas så framstår det samhällsnyttiga syftet fortfarande som det allt överskuggande i

⁶⁶ 17 U.S.C. § 106. Min översättning. Observera att ensamrätten till framförande och visning endast gäller vissa sorters verk.

⁶⁷ Den första gången som *fair use*-doktrinen artikulerades i praxis brukar anses vara *Folsom v. Marsh* 9 F.Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841).

⁶⁸ I det fortsatta endast § 107.

⁶⁹ *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834).

⁷⁰ Davies, G, 2003, s. 123. Se även domare Stevens avvikande åsikt i *New York Times Co., Inc. v. Tasini*: "The majority's decision today unnecessarily subverts this fundamental goal of copyright law in favor of a narrow focus on 'authorial rights'." *New York Times Co., Inc. v. Tasini* 533 U.S. 483, U.S. (2001).

⁷¹ "The intent to enhance the author's position vis-à-vis the patron is also evident in the 1976 Act's work-for-hire provisions." *New York Times Co., Inc. v. Tasini*.

⁷² *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). Detta innebär i realiteten ett avfärdande av den på Locke baserade teorin som återfinns under punkten 3 i 2.2 ovan.

amerikansk upphovsrätt, vilket också framhövdes av *Supreme Court* i ett avgörande två år efter *New York Times Co., Inc. v. Tasini*.⁷³

⁷³ "Indeed, copyright's purpose is to *promote* the creation and publication of free expression." *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 (2003).

3 Yttrandefriheten i svensk och amerikansk rätt

3.1 Yttrandefrihetens innebörd och syfte

I såväl Sverige som USA har yttrandefriheten kommit att ses som en självklar del av det demokratiska samhället. Till följd av detta har debatten kring yttrandefriheten i mångt och mycket kommit att handla om i vilken mån och på vilka grunder den kan begränsas. Yttrandefriheten har blivit normen och de intressen som har önskat kringskära den har i allmänhet stått med bevisbördan för att så är nödvändigt. En effekt av detta har blivit att yttrandefriheten ansetts som så pass självklar är att syftena bakom den delvis hamnat i skymundan.⁷⁴

Jag kommer att använda Eric Barendt systematisering av argument med vilka yttrandefriheten brukar motiveras.⁷⁵ Barendt listar fyra typer av argument:

1) Argument där *yttrandefrihetens betydelse för sökandet efter fakta* framhålls (även känt som "Mills sanningsargument"). Argument kopplade till detta syfte är samhällsnyttiga till sin natur och framhåller yttrandefrihetens roll som instrument för att hitta riktiga lösningar och därmed hjälpa samhällsutvecklingen. 2) *Självförverkligandeargument*. Individerna måste, för att kunna vara en fri och självständig del av samhället, ha rätt att uttrycka idéer och ta del av argument. Detta syfte är rättighetsbaserat snarare än samhällsnyttigt. 3) *Demokratiargument*. Denna argumentationslinje, som kanske också är den vanligaste, är mångfacetterad, men går i huvudsak ut på att det fria utbytet av idéer är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Yttrandefriheten kan då vara rättighetsgrundad: det är en demokratisk rättighet att få ta del av och uttrycka åsikter och idéer, eller mer samhällsnyttigt grundad: yttrandefriheten är ett viktigt instrument för att demokratin skall fungera.⁷⁶ 4) *Begränsning av regeringsmakten*. Detta argument skiljer sig från de ovan nämnda så till vida att yttrandefriheten inte ses som något i sig positivt, utan som ett hinder för något negativt, nämligen maktmissbruk.

⁷⁴ I amerikansk doktrin har saken uttryckts såsom att "The ideal of free speech, if not in reality, has been so much part of our national ethos, that, like motherhood and love, few stop to question just why it is desirable" Nimmer, M, och Nimmer, D, 2003, § 1.10[B][1].

⁷⁵ Barendt, E, *Freedom of Speech* 2005 s. 6 ff. Jfr Petäjä, U, *Varför yttrandefrihet? Om rättfärdigandet av yttrandefrihet från fem centrala argument i den demokratiska idétraditionen* 2006. s. 29 ff.

⁷⁶ Se bl.a. Meiklejohn, A, *Free Speech*, New York, 1948.

3.2 Yttrandefriheten i svensk rätt

Liksom i övriga Europa var de första bestämmelserna i svensk rätt angående rätten att trycka böcker snarare inriktade på censur än yttrande- och tryckfrihet. Under frihetstiden luckrades bestämmelserna upp och Sverige fick år 1766 sin, och världens, första tryckfrihetsförordning.⁷⁷ Under senare delen av 1700-talet kom censuren att återinföras men en ny liberal tryckfrihetsförordning infördes i samband med tillkomsten av 1809 års regeringsform.⁷⁸ Denna ersattes tre år senare av en ny tryckfrihetsförordning som kom att gälla fram till år 1949, då den i dag gällande tryckfrihetsförordningen (SFS 1949:105) såg dagens ljus. I syfte att utsträcka TF:s bestämmelser även till elektroniskt baserade medier, tillkom år 1991 yttrandefrihetsgrundlagen (SFS 1991:1469). Vid införandet av 1973 års regeringsform valde man vidare att inkludera en bestämmelse som innebar att medborgarna yttrandefrihet och censurförbud.⁷⁹ Som ett resultat av Fri- och rättighetsutredningens förslag infördes senare en mer omfattande fri- och rättighetskatalog i 2 kap. RF. Denna innefattade bl.a. RF 2:12 och 2:13, vilka accentuerade yttrandefrihetens ställning i regeringsformen.⁸⁰

3.2.1 Yttrandefrihetsskyddet i TF, YGL, RF och Europakonventionen

Den svenska yttrandefrihetslagstiftningen kan sägas vila på tre pelare: RF:s allmänna stadganden angående yttrandefrihet, de mer specifika regleringarna i TF och YGL, samt de bestämmelser om yttrandefrihet som återfinns i Europakonventionen.

Enligt RF 2:1 är varje medborgare gentemot det allmänna tillförsäkrad bl.a. yttrandefrihet och informationsfrihet.⁸¹ Bestämmelsen kan delvis ses som ett naturligt utflöde av regeringsformens portalparagraf som stadgar att det svenska folkstyret bygger på fri åsiktsbildning. Inskränkningar i yttrande- och informationsfriheten får göras endast i enlighet med vad som föreskrivs i RF 2:12 och 2:13. Enligt RF 2:12 får inskränkningar i RF 2:1 göras endast genom lag och bara för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. En inskränkning måste vidare vara proportionerlig och får inte utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Enligt RF 2:13 får

⁷⁷ Nisser, C, *Tryckfrihet och annan yttrandefrihet*, Stockholm, 1983 s. 14. Det hade i flera länder tidigare funnits censurförbud men ingen lagstiftning som på detta sätt garanterade den positiva rätten att ge ut böcker.

⁷⁸ Se Strömberg, H och Axberger, H G, *Yttrandefrihetsrätt*, Lund, 2004 s. 14.

⁷⁹ För specialmotivering här till se Prop. 1973:90 s 237 ff.

⁸⁰ För bakgrunden, se SOU 1975:75 s. 123 ff.

⁸¹ RF 2:1 lyder: "Varje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad 1. yttrandefrihet: frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor, 2. informationsfrihet: frihet att inhämta och mottaga upplysningar samt att i övrigt taga del av andras yttranden" I 2:1 RF regleras också de övriga så kallade opinionsfriheterna, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet.

inskränkningar i yttrande- och informationsfriheten vidare göras endast med hänsyn till "rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskilds anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott". I övrigt får begränsningar av yttrandefriheten göras bara om särskilt viktiga skäl föreligger. Vid en sådan bedömning skall vikten av vidast möjliga yttrande- och informationsfrihet alltid beaktas.

Det grundläggande yttrandefrihetsskydd som garanteras i RF kompletteras av bestämmelserna i TF och YGL. Dessa är mediebundna regleringar och ger inget generellt skydd för yttranden i sig, utan reglerar yttrandefriheten inom vissa specifika områden.

Tryckfrihetsförordningen är tillämplig på skrifter som framställts genom tryckpress eller som mångfaldigats genom stencilering, fotokopiering eller liknande tekniskt förfarande.⁸² För att TF skall bli tillämplig, måste skriften vidare enligt TF 1:6 vara utgiven. Den rätt som TF ger den enskilde är framförallt en utgivningsrätt och ett censurskydd. Enligt TF 1:1 2 st. har varje medborgare också en rätt att i tryckt skrift eller bild uttrycka tankar och åsikter och meddela uppgifter "i vad ämne som helst". Vidare är TF exklusiv strafflag för tryckfrihetsbrott, i enlighet med stadgandet i TF 1:3. Brott mot tryckfriheten får beivras bara i den utsträckning en handling finns reglerad i brottskatalogen i 7 kap. TF, eller om det i TF hänvisas till annan lag.⁸³ Brottskatalogen i 7 kap. TF bygger på principen om dubbel kriminalisering.

Yttranden som görs i radio, TV, över Internet eller genom vissa andra typer av överföringar, regleras inte i TF, utan faller istället in under reglerna i *yttrandefrihetsgrundlagen*. YGL är även tillämplig på tekniska upptagningar som filmer, videogram, ljudupptagningar samt på databaser. Den grundläggande tanken bakom YGL har varit att utsträcka skyddet i TF även till andra medieformer.⁸⁴ Flera av reglerna, såväl som de bärande principerna i YGL, utgör också spegelbilder av eller är snarlika reglerna i TF.

Även *Europakonventionen*, vilken implementerades i svensk rätt år 1995 genom lag 1994:1219, innehåller bestämmelser om yttrande- och informationsfrihet. I artikel 10 ges var och en rätt till yttrandefrihet, innefattandes rätten att utan offentlig inblandning sprida och ta emot uppgifter och tankar. Yttrandefriheten får enligt artikel 10 2 st. endast inskränkas genom lag och i enlighet med vad som är nödvändiga i ett

⁸² För skrifter som har framställts genom stencilering, fotokopiering eller liknande tekniskt förfarande gäller dessutom enligt TF 1:5 att skriften skall vara försedd med utgivningsbevis eller med beteckning som anger att den är mångfaldigad samt även uppgifter om var och av vem mångfaldigandet skett.

⁸³ TF 1:3 är beroende av TF 1:1 och det syfte med tryckfriheten som stadgas häri. Brott som inte ses som missbruk av tryckfriheten, utan snarare som mer ordinär brottlighet, exempelvis bedrägeri med hjälp av tryckt skrift, har traditionellt ansetts falla utanför regleringen i TF 1:3. Se bl.a. Strömberg, H och Axberger, H G, *Yttrandefrihetsrätt*, 2004, s. 52.

⁸⁴ Prop. 1990/91:64 s 32.

demokratiskt samhälle. Hänsyn kan här tas till bl.a. territoriell integritet, nationell och allmän säkerhet, samt hälsa och moral.⁸⁵

De syften som bär upp den svenska yttrandefriheten är delvis uttryckta i själva lagtexten i såväl YGL som TF. YGL 1:1 stadgar således att lagen syftar till att ”säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande”. 1944 års tryckfrihetssakkunniga betonade framförallt yttrandefrihetens vikt för det demokratiska samhället och dess betydelse som kontrollorgan av det offentliga.⁸⁶ I senare förarbeten är det svårt att hitta djupare diskussioner kring varför yttrandefriheten skall anses viktig. Detta kan givetvis bero på att yttrandefriheten i dagens svenska samhälle är så självklar att den inte anses behöva motiveras. Ett exempel på detta synsätt återfinns också i Yttrandefrihetsutredningens utlåtande.⁸⁷ Här framhålls att det inte är yttrandefriheten som skall motiveras utan snarare ingrepp i denna.⁸⁸ Likaså framhöll utredningen att yttrandefriheten visserligen har ett enormt värde för demokratin, men att det inte är som ett verktyg för demokratin, utan snarare som ett värde i sig som yttrandefriheten skall värnas. I andra förarbetsuttalanden framhålls just yttrandefrihetens betydelse för demokratin.⁸⁹

3.3 Yttrandefriheten i amerikansk rätt

Den amerikanska konstitutionens första tillägg stadgar att: ”Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”. Huvudbudskapet är med andra ord att man från regeringshåll inte skall stifta någon lag som begränsar yttrandefriheten.

Yttrandefrihetens syften i amerikansk rätt sammanfattades av domaren i *Supreme Court* Louis Brandeis i ett berömt avgörande år 1927. Brandeis konstaterade inledningsvis att konstitutionens anfäder ”valued liberty both as an end and as a means”. Han framhöll vidare att yttrandefriheten var betydelsefull ur tre perspektiv. Dels var den ”indispensable to the discovery

⁸⁵ Inskränkningar får göras som är ”nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten, den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa”.

⁸⁶ ”Då det gäller att i lag garantera tryckfriheten, träder dess politiska funktion i förgrunden”, SOU 1947:60 s. 45. ”Av särskild vikt är att tryckfriheten möjliggör kontroll över de allmänna organen”, a.a. s. 46.

⁸⁷ SOU 1983:70 s. 77 f.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Se exempelvis 1944 års tryckfrihetssakkunnigas yttrande: ”Det demokratiska samhället kan i en mening sägas fungera genom det fria ordet”. SOU 1947:60 s. 46. I Prop. 2001/02:74, *Yttrandefrihetsgrundlagen och Internet*, framhölls både demokratiargument och självförverkligandeargument: ”Yttrandefrihet utgör en förutsättning för ett demokratiskt styrelseskick samtidigt som den är av grundläggande betydelse för var och en”. Prop. 2001/02:74 s. 36.

and spread of political truth”, dvs. avgörande för demokratin. Yttrandefriheten hade också menade han, ett värde för den enskildes personliga utveckling. Slutligen spelade yttrandefriheten en viktig roll som garant gentemot alltför godtycklig maktutövning.⁹⁰

Uttrycket ”no law” i första tillägget har stundtals, framförallt av den inriktning inom amerikansk konstitutionell rättstolkning som kallas den absolutistiska, tolkats bokstavligt, dvs. som att kongressen inte får stifta någon typ av lag som begränsar yttrandefriheten. Som främsta företrädare för denna skolbildning brukar den f.d. domaren i *Supreme Court* Hugo Black framhållas. Denna syn har emellertid inte vunnit någon större popularitet.⁹¹ I samband med att första tillägget återopas i amerikansk domstol används numera istället en så kallade ”categorical approach”, enligt vilken bedöms om, och i vilken utsträckning, den lag som i det aktuella fallet påstås innebära en inskränkning i yttrandefriheten, skall genomgå en granskning av första tillägget. Metoden tillämpas så att yttrandet ifråga, såväl som den lag som i det aktuella fallet påstås begränsa yttrandefriheten, placeras i olika kategorier.⁹² Först bedöms om det aktuella yttrandet överhuvudtaget täcks av första tilläggets syfte eller inte. Exempelvis täcks inte bedrägeri eller mened. Lagar som begränsar dessa handlingar kommer därför överhuvudtaget inte att granskas enligt första tillägget. Om yttrandet däremot täcks av första tillägget, kategoriseras det mot bakgrund av första tilläggets syfte. Vissa kategorier av yttranden, såsom politiska uttalanden, har ansetts förtjäna ett starkt skydd, medan exempelvis reklam generellt sett fått ett svagare skydd.⁹³ Även den lag som i det aktuella fallet hävdas inskränka yttrandefriheten bedöms. Allmänt hållna lagar som endast tillfälligtvis eller av en slump påverkar yttrandefriheten, har inte ansetts behöva utsättas för någon granskning av första tillägget alls. Om lagen ifråga skall granskas enligt första tillägget, placeras även denna in i en kategori. Lagar som specifikt tar sikte på innehållet i olika yttranden, så kallade *content based restrictions*, har ansetts behöva genomgå en mer strikt granskning än vad som är fallet med bestämmelser som endast begränsar yttrandeformen, så kallade *content neutral restrictions*. Således skulle en bestämmelse som förbjöd rätten att offentliggöra en viss politisk ståndpunkt granskas hårdare än en bestämmelse som förbjöd rätten att använda megafon i tätbebyggda områden.

⁹⁰ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). Brandeis hänvisade således till tre av de argumentationslinjer som det redogjorts för under 3.1 ovan.

⁹¹ Birnhack, M, *Copyrighting speech: A Trans-Atlantic view*. i Torremans P, (ed.), *Copyright and human rights*. London, 2004, s. 41. Se också domare Blacks avvikande åsikt i *Beauharnais v. Illinois*: ”I think the First amendment with the Fourteenth ‘absolutely’ forbids such law without any ‘ifs’ or ‘buts’ or ‘whereases’”, *Beauharnais v. Illinois* 343 U.S 250, 275 (1952). Jfr .Meiklejohn som menar att Black till stor del blivit missförstådd av sina meningsmotståndare. Meiklejohn, A, *The first amendment is an absolute*. 1961 Sup. Ct. Rev. 245.

⁹² Birnhack, M, *Copyrighting speech: A Trans-Atlantic view*. i Torremans P, (ed.), *Copyright and human rights*. London, 2004, s. 41 ff.

⁹³ Netanel, N, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, Stanford Law Review, Vol. 54, 2001, s. 32 ff.

4 En potentiell konstitutionell normkonflikt

Upphovsrätten och yttrandefriheten är såväl i Sverige som i USA grundlagsreglerade rättigheter. Båda har också beskrivits som viktiga element i den öppna samhällsdebatten.⁹⁴ Den rättsliga ställning de båda reglerna intar gör emellertid också att en konflikt mellan dem potentiellt sett kan komma att utspelas på konstitutionell nivå. Vid en undersökning av hur förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet hanterats i svensk och amerikansk rätt, blir den första frågan därför hur man i respektive land har hanterat denna potentiella normkonflikt.

4.1 Svensk rätt

4.1.1 Bestämmelserna i TF 1:8 och YGL 1:12

Som har redogjorts för under 3.2 ovan, regleras yttrandefriheten i svensk rätt genom RF, TF och YGL, samt även genom Europakonventionens artikel 10. Upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten gäller därför ytterst upphovsrättens förhållande till fyra olika lagverk.

Vad gäller upphovsrättens förhållande till TF så får, som nämnts ovan, ingen dömas till ansvar för missbruk av tryckfriheten, annat än i enlighet med vad som stadgas i TF. Upphovsrättsliga frågor är dock uttryckligt undantagna från TF:s tillämpningsområde. I TF 1:8 stadgas att angående upphovsrätt, närstående rättigheter och förbud mot att återge verk på sätt som kränker den andliga odlingen, gäller vad som i lag är stadgat.⁹⁵ Ett upphovsrättsintrång som gjorts genom tryckt skrift, skall med andra ord bedömas helt utifrån reglerna i URL och utan beaktande av TF.

Anledningen till att upphovsrätten specifikt undantogs från TF:s tillämpningsområde var enligt 1947 års tryckfrihetssakkunniga att upphovsrätten kan ses som en inskränkning i yttrandefriheten.⁹⁶ Till en början stadgade TF 1:8 endast att i fråga om rätten att mångfaldiga

⁹⁴ Se not 1 ovan.

⁹⁵ TF 1:8 lyder ”Om den rätt, som tillkommer upphovsman till litterärt eller konstnärligt verk eller framställare av fotografisk bild, om upphovsrätten närstående rättigheter och om förbud mot att återgiva litterärt eller konstnärligt verk på ett sätt, som kränker den andliga odlingens intressen gäller vad i lag är stadgat”.

⁹⁶ SOU 1947:60 s. 218. SOU 1975:75 s. 204.

upphovsrättsskyddade verk gällde vad som i lag var stadgat. AK framhöll emellertid att förslaget till ny upphovsrättslag, som skulle innefatta även ideella rättigheter, krävde en ändring av TF 1:8. Således utökades det delegerade området i TF 1:8 till att gälla ”den rätt som tillkommer upphovsman”. Vidare lades en ny mening till i vilken stadgades att även för ”förbud mot att återgiva litterärt eller konstnärligt verk på ett sätt, som kränker den andliga odlingens intressen” gällde vad som i lag är stadgat. Den sistnämnda ändringen tog främst sikte på den ovan nämnda 51 § URL.

Fri- och rättighetsutredningen uttalade i sitt förslag till nytt rättighetskapitel i RF, att upphovsrätten var ett sådant särskilt skäl med vilken yttrandefriheten kunde inskränkas.⁹⁷ Rättighetsskyddsutredningen anslöt sig för sin del i sitt betänkande till 1944 års tryckfrihetssakkunnigas ståndpunkt om att upphovsrätten kunde ses som en inskränkning av yttrandefriheten, men angav till skillnad från Fri- och rättighetsutredningen att detta endast gällde upphovsrättshavarens ideella rättigheter.⁹⁸

Även YGL innehåller ett liknande delegationsstadgande som det i TF. Om ett upphovsrättsintrång sker med hjälp av ett medium som regleras i YGL, blir YGL 1:12 tillämplig. Häri refereras bestämmelserna i TF 1:8 och upphovsrättsintrånget ifråga skall helt och hållet behandlas enligt bestämmelserna i URL. Precis som i fallet med TF saknas efter detta möjlighet att vid själva intrångsbedömningen ta hänsyn till YGL.⁹⁹

Upphovsrättens ställning gentemot yttrandefriheten har i svensk rätt således till stor del reglerats redan på lagstiftningsstadiet. Upphovsrättsintrång faller inte in under TF:s eller YGL:s tillämpningsområde och någon möjlighet att i samband med en upphovsrättslig intrångsbedömning tolka URL utifrån TF:s eller YGL:s syften framgår inte heller av lagtexten.¹⁰⁰ När det gäller verk som faller utanför TF/YGL:s tillämpningsområde är förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet oreglerat. Rimligen bör huvudregeln emellertid här vara den samma, dvs. att RF 2:1 generellt sett inte är tillämplig i mål rörande upphovsrättsintrång.¹⁰¹

⁹⁷ SOU 1975:75 s. 204.

⁹⁸ SOU 1978:34 s. 181. Se även SOU 1983:70 s. 188 f.

⁹⁹ Att notera är att Yttrandefrihetsutredningen i sitt delbetänkande anslöt sig till Rättighetsskyddsutredningens åsikt och endast behandlade de ideella rättigheterna som en inskränkning av yttrandefriheten. Utredningen anförde vidare betänkligheter mot att handlingar som ansågs kränka den andliga odlingen, i praktiken 51 § URL, skulle kunna inskränkas genom vanlig lag. SOU 1983:30 s. 189 och SOU 1979:49 s. 122. I sitt slutbetänkande vidhöll utredningen sin ståndpunkt och konstaterade att även förfoganderätten kunde vålla komplikationer främst ur informationsfrihetssynpunkt. Eftersom frågan vid tillfället var föremål för behandling i domstol, i det mål som senare skulle bli NJA 1985 s. 893, avstod utredningen från att avge några yttrande i frågan.
¹⁰⁰ ”[T]ill säkerställande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning.” ”[T]ill ändamål att säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande.”

¹⁰¹ Noteras kan här att Fri- och rättighetsutredningen i specialmotiveringen till nuvarande RF 2:13 beskrev upphovsrätten som en generell begränsning av yttrandefriheten, och inte specifikt av TF.

Olika uppfattningar har gjorts gällande i fråga om hur delegationsstadgandet i TF 1:8 bör vara strukturerat och på vilken grund upphovsrätten kan undantas från TF:s tillämpningsområde. Det faktum att upphovsrätten var av privaträttslig natur var enligt Offentlighetskommittén tillräckligt för att den skulle hållas utanför TF. TF var inte menad att reglera det privaträttsliga området och någon speciell delegationsbestämmelse härom var därför inte nödvändig, förutom vad gällde möjligheten att trycka allmän handling. TF 1:8 borde därför enligt kommittén ändras.¹⁰² En motsatt syn stod Utredningsgruppen i upphovsrättsfrågor för. Utredningsgruppen pekade i sitt betänkande tre år senare på att någon syftestolkning motsvarande den som Offentlighetskommittén gjort, inte lät sig göras. TF 1:1 skulle istället läsas ordagrant och varje undantag från bestämmelserna i TF måste uttryckligen anges.¹⁰³ Delegationsstadgandet i TF 1:8 borde därför oförändrat stå kvar. I Prop. 1973:15 anslöt sig departementschefen till Utredningsgruppens slutsatser och bestämmelsen i TF 1:8 lämnades oförändrad.¹⁰⁴

Även om det konstitutionella förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet genom TF 1:8 och YGL 1:12 till stor del har lagreglerats, kan frågan ställas om det ändå går att göra undantag från upphovsrätten till fördel för yttrandefriheten. Finns det något utrymme att i specifika fall tolka URL utifrån RF 2:1 eller utifrån TF:s och YGL:s syften trots att specifikt lagstöd för detta saknas? Generellt sett är det svårt att hitta något stöd i förarbeten eller doktrin för att detta skulle vara möjligt. Frågan kom emellertid delvis att beröras i samband med diskussionen under 1990-talet om att i URL införa ökade skyddsåtgärder och större möjligheter till civilprocessuella tvångsåtgärder. Efter påpekanden från JK om att detta kunde hamna i konflikt med censurförbudet i TF, uttalade regeringen att en reglering om intrångsundersökning inte fick stå i strid med TF:s eller YGL:s förbud mot censur.¹⁰⁵ Detta alltså trots stadgandet i TF 1:8. Utanför detta område finns emellertid inga uttalanden från lagstiftarens sida om att URL skulle kunna tolkas utifrån TF:s, YGL:s eller RF 2:1:s syften. I anslutning till detta kan frågan ställas om implementeringen av Europakonventionen i svensk rätt på något sätt har påverkat förhållandet mellan yttrandefrihet och upphovsrätt. Eftersom varken denna fråga eller den nyss berörda frågan om möjligheterna att tolka URL utifrån TF, YGL:s eller RF 2:1:s syften har reglerats uttryckligen i lagtext, kan det vara på sin plats att se på hur den

¹⁰² SOU 1967:28 s. 31 f.

¹⁰³ Ju 1969:28 s. 28 f.

¹⁰⁴ Prop. 1973:15 s. 154 f. Se vidare Persson, G, *Exklusivitetsfrågan om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt*, Stockholm, 2002.

¹⁰⁵ Prop. 1998/99:11 s. 66. Såvitt jag kan finna finns inga svenska rättsfall där ett beslut om intrångsundersökning i upphovsrättsmål har bemöts med yttrandefrihetsargument. Frågan är dock onekligen intressant och har behandlats i ett tidigare examensarbete, se Nilsson, F, *Interimistiska förbud mot upphovsrättsintrång, om hänsyn till yttrandefrihetsintressen vid proportionalitetsprövningen*. Examensarbete vid juridiska fakulteten vid Lunds universitet år 2000.

potentiella normkonflikten mellan upphovsrätt och yttrandefrihet hanterats i praxis.

4.1.2 Rättspraxis

NJA 1975 s. 679 (Sveriges Flagga)

Upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten kom i svensk rätt att beröras första gången i samband med NJA 1975 s. 679. Fallet gällde en version av Hugo Alfvéns och Karl Gustav Ossiannilssons hymn "Sveriges Flagga" vilken getts en ny text som kritiserade USA:s engagemang i Vietnam. Åtal väcktes mot författaren till den nya texten för att enligt 3 § 2 st. URL ha kränkt upphovsmännens anseende. HD avvisade den tilltalades invändning om att det nya verket var att betrakta som parodi eller travesti. Vad gällde svarandens framställan om att bedömningen av parodi och travesti måste göras särskilt liberal i fall som rör politiska kommentarer, uttalade HD att "[d]et upphovsrättsliga skyddet värnar emellertid om enskildas intressen, och ett sådant syfte som L anger kan i varje fall inte medföra att skyddet för upphovsmän som står utanför de politiska meningsskiljaktigheter varom fråga är skall inskränkas".

NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet)

Möjligheten att åberopa yttrandefrihetsskäl i samband med upphovsrättsintrång kom att behandlas på ett mer genomgripande sätt av HD tio år senare. Fallet gällde en skrift, kallad manifestet, som författats av en anställd vid Göteborgsteatern. Skriften rörde teaterns konstnärliga inriktning och hade spridits till ett antal personer. Eftersom rykten florerade kring manifestet beslutade Göteborgs-Posten att publicera skriften. För att undvika en citatdiskussion valde man att publicera den i sin helhet. Allmänt åtal gällande upphovsrättsintrång, väcktes mot tidningens kulturredaktör och chefredaktör, som till sitt försvar anförde att publiceringen borde anses tillåten, bl.a. med hänsyn till informationsfriheten. Medan tingsrätten friade GP med hänvisning till det allmänintresse som fanns i att manifestet publicerades,¹⁰⁶ dömde en oenig hovrätt de båda redaktörerna för upphovsrättsintrång. Hovrätten uttalade att upphovsrätten skall ses som en inskränkning av tryckfriheten och att TF inte utgjorde hinder för en prövning enligt URL.¹⁰⁷ Två av hovrättens ledamöter var skiljaktiga och framhöll, på något olika grunder, att bestämmelsen i TF 1:8 inte skulle tolkas strikt, utan istället mot bakgrund av TF:s syfte.¹⁰⁸

¹⁰⁶ I domen framhölls att upphovsmannen snarare borde ha en fördel av att hans idéer kring teaterns verksamhet spreds. Att notera är att tingsrätten inte angav något lagstöd för denna slutsats. Tingsrätten var oenig i sitt beslut.

¹⁰⁷ Hovrätten framhöll också att det inte krävdes att upphovsrättsinnehavaren drabbats av någon faktisk skada för att intrång skulle föreligga.

¹⁰⁸ En av ledamöterna, hovrättsrådet Elfving, yrkade på att åtalet borde ogillas, eftersom bestämmelsen i TF 1:8 i det aktuella fallet skulle tolkas i enlighet med TF:s syfte.

Domen överklagades till HD som framhöll att TF till följd av bestämmelserna i TF 1:8 inte utgjorde hinder för en prövning enligt URL och att de objektiva förutsättningarna för upphovsrättsintrång var uppfyllda. HD gick även vidare och gjorde en mer allmän normavvägning mellan yttrandefrihetsintresset och upphovsrättsintresset i det aktuella fallet. Eftersom upphovsmannen saknade ekonomiska intressen i verket och eftersom skriften redan innan GP:s publicering varit känd i en relativt stor krets, fann HD att upphovsrättsintresset i det aktuella fallet var lågt. Informationsfrihetsintresset var å andra sidan enligt HD stort, bl.a. eftersom verksamheten vid teatern var offentligt finansierad. HD framhöll vidare med hänvisning till RF 2:13, att skäl kunde anföras för att upphovsrätten i fall som detta borde stå tillbaka för yttrandefriheten. Den reella frågan kom därför att bli vilken möjlighet som fanns att, trots frånvaron av någon sådan bestämmelse i URL, göra undantag från upphovsrätten till förmån för yttrandefriheten. HD konstaterade att ett ogiltighetsförklarande av URL:s bestämmelser i enlighet med RF 11:14 inte lät sig göras.¹⁰⁹ Den möjlighet som då låg närmast till hands var att, med hänvisning till de nödbestämmelser som finns i brottsbalkens kap. 24, förklara handlandet straffritt. Ett sådant förfarande borde enligt HD göras med stor försiktighet och endast vid speciella situationer. Eftersom lagstiftaren i 2 kap. URL redan hade inkluderat inskränkningar till förmån för yttrande- och informationsfriheten, borde, enligt HD, uppgiften att tillföra ytterligare inskränkningar av detta slag även fortsättningsvis ligga hos lagstiftaren.¹¹⁰ Det kunde emellertid enligt HD ändå uppstå fall då det kunde bli nödvändigt för en domstol att göra undantag från upphovsrätten till förmån för yttrandefrihetsintresset. Det aktuella fallet var enligt HD emellertid inte ett sådant fall, bl.a. med tanke på att innehållet i manifestet kunde ha återgivits på något annat sätt, exempelvis genom referat.

Domen är intressant på flera sätt. För det första konstaterade HD att det kunde finnas en potentiell normkonflikt mellan yttrandefriheten och upphovsrätten. För det andra klargjordes förhållandet mellan TF och URL; TF utgör normalt sett inte något hinder för en prövning enligt URL. HD:s tämligen generella resonemang kring yttrandefrihets- och informationsfrihetsintresset bör, tillsammans med hänvisningen till RF 2:13, vidare göra slutsatserna i målet tillämpliga även om tidningens publicering inte skulle ha fallit in under definitionen i TF 1:5. HD:s diskussion kring intressekonflikten i det aktuella fallet är också intressant. Yttrandefrihetsintresset bedömdes som starkt framförallt eftersom

Adjungerade ledamoten Nyberg framhöll för sin del att det i enlighet med TF:s syften rörde sig om ett tryckfrihetsmål och att målet därför inte var föremål för allmänt åtal.

¹⁰⁹ I RF 11:14 stadgas att domstol får åsidosätta föreskrift som står i strid med grundlag. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, "[s]kall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart". För ett exempel på en annan normavvägning mellan straffstadgande och yttrandefriheten, se NJA 2005 s. 805.

¹¹⁰ Att notera är att Yttrandefrihetskommittén i sitt betänkande valde att inte avge något förslag i frågan om den upphovsrättsliga förfoganderättens förhållande till yttrandefriheten, detta med hänvisning till att frågan vid tillfället behandlades i domstol. Det åsyftade fallet var NJA 1985 s. 893. SOU 1983:70 s. 188 f.

manifestet var viktigt för den allmänna debatten. Denna syn på yttrandefrihetens syften stämmer väl överens med exempelvis stadgandet i YGL 1:1.¹¹¹ Skälet till att upphovsrättsintresset sågs som svagt var att upphovsmannen saknade ekonomiska intressen i verket och att verket spridits till ett relativt stort antal människor. En mer dogmatisk författarrättsbetonad syn hade här möjligen fokuserat mer på författarens rätt att i alla lägen bestämma över sitt opublicerade verk och därför bedömt det upphovsrättsliga syftet som relativt starkt.

Slutligen kan något sägas angående HD:s skäl bakom slutsatsen att konflikten mellan upphovsrätt och yttrandefrihet i det aktuella fallet inte var akut och i allmänhet borde lösas av lagstiftaren. HD framhöll att upphovsrätten genom RF 2:19 också har ett grundlagsskydd och att informationsintresset kunde ha tillgodosetts genom referat istället för att verket återgavs på det sätt som nu gjordes. Som främsta skäl angav HD emellertid att den potentiella normkonflikten av lagstiftaren genom inskränkningar i upphovsrätten hade internaliserats i URL. HD gjorde inte någon värdering av dessa undantags tillräcklighet utan konstaterade att införandet av ytterligare undantag borde förbehållas lagstiftaren. Detta delvis av respekt gentemot lagstiftaren, men också utifrån ståndpunkten att rätt skapad genom praxis är mer svåröverskådlig och därför mindre förutsebar.

NJA 1998 s. 838. (Mein Kampf-målet)

Domen i Manifestmålet gav upphov till två motioner till riksdagen, vilka krävde en översyn av förhållandet mellan tryckfrihet och upphovsrätt, respektive att tryckfrihetsgarantier skulle föras in i URL.¹¹² Konstitutionsutskottet påpekade i samband med detta att upphovsrätten var erkänd såväl i TF som i RF och att möjligheten att referera ur upphovsrättsskyddade verk var en betydande fördel ur ett yttrande- och informationsfrihetsperspektiv.¹¹³ Någon översyn av bestämmelserna krävdes därför inte. Lagutskottet var av en liknande uppfattning, och motionerna kom senare att avslås.¹¹⁴

Frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten kom återigen att tas upp av HD i fallet NJA 1998 s. 838. En svensk förläggare hade gett ut en nyutgåva av Adolf Hitlers Mein Kampf. Allmänt åtal för upphovsrättsintrång väcktes mot förläggaren. Åtalet biträdades av Fristaten Bayern som menade sig ha upphovsrätten till Mein Kampf i enlighet med ett tyskt konfiskationsbeslut. Förläggaren åberopade till sitt försvar bl.a. att det fanns ett stort tryckfrihetsintresse i att Mein Kampf gavs ut. Boken var svår att få tag på och var ett viktigt instrument i upplysningen kring nazism och

¹¹¹ ”Yttrandefriheten enligt denna grundlag har till ändamål att säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande”.

¹¹² Motion 1985/86:L245 Karin Ahrland (fp) och Birgit Friggebo (fp), samt Motion 1985/86:L254 av Nic Grönvall (m).

¹¹³ Konstitutionsutskottets yttrande 1986/87:1 i LU 1986/87:11.

¹¹⁴ LU1986/87:11, Riksdagsprotokoll 1986/87:74 s. 36.

främlingsfientlighet. HD konstaterade inledningsvis att URL inte godkänner konfiskation av upphovsrättsligt skyddade verk och att Fristaten Bayern därför inte kunde ses som upphovsrättshavare till verket. Vem som istället skulle anses som upphovsrättshavare kunde inte klarläggas, men obestridligt var att boken hade tryckts utan tillstånd. Vad gällde möjligheten att i målet åberopa tryckfrihetsintresset uttalade HD, med hänvisning till det ovan nämnda NJA 1985 s. 893 och med hänvisning till att riksdagen avslagit de båda motioner som detta avgörande hade resulterat i, att det i det aktuella fallet inte fanns skäl för att upphovsrätten skulle stå tillbaka för yttrandefrihetsintresset. HD framhöll dock att inkorporeringen av Europakonventionen i svensk rätt i viss mån kunde ha ökat utrymmet för att låta yttrandefriheten få företräde framför upphovsrätten. Att ett verk av historiskt intresse var svårt att få tag i, utgjorde emellertid enligt HD inte tillräcklig grund för att upphovsrätten skulle åsidosättas till förmån för yttrandefriheten. Förläggaren fälldes därför för upphovsrättsintrång.

HD:s beslut är till stor del konsekvent. Eftersom man i Manifestmålet uttalat att det var upp till lagstiftaren att genomföra ytterligare inskränkningar i URL, och att lagstiftaren hade avslagit de två motioner som hade uppstått som resultat av Manifestmålet, framstår det som rimligt att domstolen inte heller i detta fall införde något sådant undantag. Intressant att notera är emellertid att HD inte gjorde någon normavvägning mellan yttrandefrihet och upphovsrätt, utan nöjde sig med att konstatera att yttrandefrihetsskäl i målet inte var av exceptionell art. Detta bör, menar jag, tolkas så att om exceptionellt starka yttrandefrihetsskäl inte läggs fram, så räcker det grundskydd som tillkommer även en okänd upphovsrättshavare för att utan närmare motivering avvisa eventuella åberopade yttrandefrihetsskäl. Först om yttrandefrihetsintresset är betydande, bör upphovsrättsintresset i det konkreta fallet överhuvudtaget undersökas. Som en följd av detta och med tanke på att HD hade konstaterat att inkorporeringen av Europakonventionen kunde ha ökat möjligheten att i samband med upphovsrättsintrång åberopa yttrandefrihetsskäl, framstår emellertid enligt mig redogörelsen för yttrandefrihetsaspekterna i målet som något kortfattad. HD:s uttalande angående Mein Kampf som ett verk av "historiskt intresse" skall möjligen tolkas så att verket inte, som var fallet med det tidigare nämnda manifestet, var viktigt för den omedelbara samhällsdebatten, utan snarare för historisk forskning. En slutsats av detta skulle kunna vara att en begränsning av upphovsrätten kan bli aktuell endast om det rör sig om en synnerligen viktig dagsaktuell fråga, eller om frågan rör grunderna för demokratin.

Det är intressant att spekulera i vad som skulle ha hänt om HD tvärtom skulle ha ansett att informationsfrihetsintresset av att allmänheten fick tillgång till Mein Kampf var så stort, att en avvägning mot det upphovsrättsliga intresset blev nödvändig. Eftersom någon upphovsrättshavare inte hade pekats ut skulle en normavvägning möjligen ha blivit svår att genomföra. Det skulle emellertid kunna hävdas att upphovsrättsintresset i det aktuella fallet var svagt. Ägaren till de ideella rättigheterna var sedan länge död och den innehavare som för närvarande

utnyttjade upphovsrätten, Fristaten Bayern, kunde inte sägas lida någon ekonomisk skada av nytryckningen. Upphovsrätten användes av denne snarast i syfte att motverka bokens spridning. Att upphovsrätten användes på detta sätt kan inte heller sägas gynna det som i förarbetena till RF framhållits som ett av upphovsrättens huvudsyften, nämligen att främja spridningen av verk till allmänheten.¹¹⁵ Även om Bayern i det aktuella fallet inte erkändes som upphovsrättshavare, pekar dess agerande på ytterligare en intressant fråga: Bör det faktum att upphovsrättshavaren, i detta fall dessutom ett offentlighetsligt subjekt, använder upphovsrätten för att förhindra spridningen av ett politiskt verk ha någon inverkan på möjligheten att åberopa yttrandefrihetsskäl? Frågan får, vad gäller svensk rätt, till stor del sägas vara obesvarad men kommer att beröras kort i samband med Svea hovrätts avgörande i det så kallade Scientologmålet nedan.¹¹⁶

Övrig praxis

Efter Mein Kampf-målet har HD inte berört frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten.¹¹⁷ Däremot har den behandlats i några underinstansavgöranden. I samband med det så kallade Scientologmålet, avgjort av Svea hovrätt år 2001, åberopades Europakonventionen för första gången i ett mål som rörde upphovsrättsintrång.¹¹⁸ I målet fälldes en person av Svea hovrätt för upphovsrättsintrång bl.a. för att utan tillstånd via Internet ha gjort skrifter tillhöriga Scientologkyrkan tillgängliga för allmänheten, samt för att utan tillstånd ha framställt exemplar av dessa. Tingsrätten pekade på att yttrande- och informationsfriheten i Europakonventionen inte är någon absolut rättighet, utan kan inskränkas i enlighet med artikel 10 2 st. och att URL väl uppfyllde kriterierna häri. Hovrätten tog inte upp invändningen överhuvudtaget.

Eftersom den tilltalades syfte med publiceringen var att väcka debatt i en aktuell samhällsfråga, kan en prövning av Europakonventionens tillämplighet möjligtvis sägas ha varit mer påkallad här än vad som var fallet i Mein Kampf-målet. Eftersom HD i Mein Kampf-målet uttalat att implementeringen av Europakonventionen kunde ha ökat möjligheten att åberopa yttrandefrihetsskäl i samband med upphovsrättsintrång, kunde det också ha varit av intresse om hovrätten närmare valt att kommentera frågan. Detta särskilt eftersom den tilltalade, till skillnad från vad som var fallet i Mein Kampf-målet, faktiskt hade åberopat Europakonventionen. Någon praxis från Europadomstolen angående förhållandet mellan upphovsrätt och

¹¹⁵ Se bl.a. SOU 1988:31 s. 33.

¹¹⁶ Svea hovrätts dom 2001-03-09, mål nr. 1096-98. Detta fall skall inte förväxlas med RÅ 1998 ref. 12 som stundtals också gått under namnet "Scientologmålet". Det sistnämnda avgörandet, som delvis involverade samma subjekt, gällde möjligheten att få tillgång till upphovsrättsskyddat material med åberopande av offentlighetsprincipen. I denna text menas med "Scientologmålet" det ovan nämnda hovrättsavgörandet. RÅ 1998 ref. 12 kommer inte att beröras närmare.

¹¹⁷ Se emellertid det ovan nämnda NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg-målet) som dock faller utanför ramen denna uppsats. Se 1.4 ovan.

¹¹⁸ Svea hovrätts dom 2001-03-09, mål nr. 1096-98. I det ovan nämnda Mein Kampf-målet, 1998 s. 838, togs frågan om Europakonventionens tillämplighet upp *ex officio* av HD.

ytrandefrihetsintressen finns inte.¹¹⁹ Det skulle i detta fall inte ha varit frågan om att pröva den svenska upphovsrättslagens förenlighet med ytrandefriheten, vilket tingsrätten mycket riktigt konstaterade. Emellertid kan man tänka sig att en *tillämpning* av URL i ett enskilt fall skulle kunna stå i strid med Europakonventionen. I brist på praxis från Europadomstolen är det emellertid svårt att se att en konventionskonform tolkning i det aktuella fallet skulle ha verkat till den tilltalades fördel. Scientologmålet aktualiserar också den ovan berörda frågan om vilken roll upphovsrättshavarens användning av upphovsrätten bör få. Det har nämligen hävdats att Scientologkyrkans aggressiva användning av sina ensamrätter snarast tar sin grund i en vilja att kväsa kritik. Med tanke på att lagstiftaren aktivt valt att inte ta in några bestämmelser om ytrandefrihetsbegränsande åtgärder från privata aktörer i lagstiftningen¹²⁰ skulle det kunna hävdas att upphovsrättshavarens agerande allmänt sett inte bör tillmätas någon betydelse, så länge denne utgörs av ett privaträttsligt subjekt.

Bland övrig underinstanspraxis kan nämnas en dom där Göta hovrätt med hänvisning till ovan nämnda Manifestmålet avvisade ytrandefrihetsargument som försvar vid upphovsrättsintrång.¹²¹ Tidningen M2 hade här okommenterat och i sin helhet återgivit en ledarartikel ur Dagens Nyheter, skriven av Hanne Kjöllner, som kritiserade M2.¹²² Frågan har även berörts i ett medialt uppmärksammat tingsrättsavgörande. Fallet tog sin grund i ett brev som författaren Ulf Lundell skickat till recensenten på Dagens Nyheter, Karolina Ramqvist.¹²³ Brevet var ett svar på en recension av en av Lundells skivor och det återgavs senare i sin helhet i antologin "Fittstim". Tingsrätten pekade i sin dom på att det kunde finnas utrymme för att inskränka upphovsrätten till förmån för ytrandefriheten, men att det var svårt att se var det allmänna intresset i att få ta del av brevet fanns. Med tanke på att brevet var opublicerat och ställt till Karolina Ramqvist som person och inte till Dagens Nyheter, framstår tingsrättens

¹¹⁹ Europakommissionen har dock behandlat frågan två gånger. I *De Geïllustreerde Pers N.V. v. The Netherlands* väckte en utgivare talan mot den statliga holländska radion och hävdade att den senares vägran att licensiera visst programmaterial stod i strid med Europakonventionens artikel 10. Kommissionen framhöll att upphovsrätten inte begränsade ytrandefriheten. I *France 2 v. France*, hade tv-kanalen France 2 i samband med ett reportage från öppningen av en teater visat flera konstverk och stämts av en upphovsrättsorganisation. Europakommissionen uttalade här att upphovsrätten visserligen var en begränsning av ytrandefriheten, men att konflikten dem emellan normalt sett inte var för domstolen att avgöra. För en redogörelse för målen, se Hugenholtz, B, *Copyright and freedom of expression in Europe* i Dreyfuss/Zimmerman/First 2001 s. 359 ff.

¹²⁰ 1944 års tryckfrihetssakkunniga inkluderade i sitt förslag till tryckfrihetsförordning ett förslag om att åtgärder även från enskilda skulle kunna ses som otillåten censur (SOU 1947:60 s. 49 f.). Departementschefen menade dock att en gränsdragning mellan att "å ena sidan förbjuda tvångsåtgärder och å andra sidan en tillåten moralisk påverkan" var allt för svår att dra. Prop. 1948:230 s. 87. Se också Ytrandefrihetsutredningens motiv för att utesluta ytrandefrihetsbegränsande åtgärder från enskilda från YGL:s tillämpningsområde. SOU 1983:70 s. 95 ff.

¹²¹ Göta hovrätts dom 2003-04-16, mål nr. T 60/02.

¹²² Ibid. För vidare diskussion kring denna dom, se 5.2.1.

¹²³ Stockholms tingsrätts dom 2000-11-28, mål nr. T 7884-99.

dom som okontroversiell, särskilt mot bakgrund av HD:s tidigare avgörande i Manifestmålet.

Det går således inte någonstans i svensk rättspraxis att finna fall där upphovsrätten har fått stå tillbaka för yttrandefrihetsintressen. Detta går att härleda ur främst tre faktorer. För det första har erkännandet av en potentiell normkonflikt, och synen på upphovsrätten som en inskränkning av yttrandefriheten, lett till att frågan i betydande utsträckning lösts redan i lagstiftningsledet. Genom att uttryckligen undanta upphovsrätten från TF:s och YGL:s tillämpningsområde, har den potentiella normkonflikten reglerats i grundlagen. För det andra har svenska domstolar varit skeptiska mot att införa några egna inskränkningar i upphovsrätten till förmån för yttrandefriheten. Som skäl har HD pekat på att referaträtten innebär en väsentlig fördel från yttrandefrihetssynpunkt. Vidare har HD hänvisat till att lagstiftaren i URL redan infört inskränkningar i upphovsrätten. Det har därför från domstolshåll ansetts förbehållet denne att införa ytterligare undantag. Noteras bör att detta inte beror på att omfattningen av de existerande undantagen nödvändigtvis ansetts tillräckliga ur yttrandefrihetssynpunkt. Orsaken står istället att finna i domstolarnas begränsade önskan att på eget bevåg införa nya undantag i en reglering som av lagstiftaren redan försetts med en omfattande undantagskatalog. Som en tredje faktor kan noteras att svenska domstolar hittills inte har sett någon öppning för att i mål som rör upphovsrättsintrång tillämpa Europakonventionen i den tilltalades favör.

Vad gäller den öppning som från HD:s sida har ansetts finnas att i vissa fall ändå göra undantag från upphovsrätten till förmån för yttrandefriheten, kan konstateras att det i dagsläget är svårt att sia om vari ett sådant fall skulle kunna bestå. I såväl Manifest- som Scientologmålet, kan publiceringen ha ansetts ha ett stort värde för den allmänna debatten, men inte stort nog. Av detta kan man sluta sig till att yttrande- eller informationsintresset måste vara av närmast akut art för att upphovsrätten skall åsidosättas. Det är emellertid oklart exakt vilken roll ett svagt upphovsrättsintresse skall spela. Grundprincipen måste, så som jag tolkar det, emellertid vara att upphovsrättshavaren inte skall ha någon bevis- eller motiveringsbörd. Frågan kan dock ställas om inte fall där upphovsrätten används i syfte att aktivt hindra spridandet av information som är av vikt för den allmänna debatten intar en särställning, särskilt eftersom ett sådant handlande motverkar yttrandefrihetens syfte, såsom det anges i TF och YGL, och även motverkar ett av syftena bakom upphovsrätten, såsom det beskrivs i förarbetena till RF:s rättighetskatalog.¹²⁴

Frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten har inte efter Mein Kampf- och Manifestmålen berörts närmare varken i förarbeten eller i praxis.¹²⁵ Offentlighets och sekretesskommittén uttalade visserligen betänkligheter kring utgången i fallen, men lade inte fram något förslag till

¹²⁴ SOU 1975:75 s. 164.

¹²⁵ Se dock not. 117.

reglering. Istället förordades en större översyn av frågan.¹²⁶ Även Liv Bernitz har i en artikel kritiserat utgången i Mein Kampf-målet och föreslagit att en *fair use*-liknande bestämmelse införs i svensk rätt.¹²⁷ I övrigt har emellertid inte frågan behandlats i någon större utsträckning och avgörandena har i allmänhet setts som relativt okontroversiella.¹²⁸

4.2 Amerikansk rätt

Förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet har varit föremål för en betydligt större och mer omfattande debatt i USA än i Sverige. Orsakerna till detta bör antagligen sökas på flera håll. Den konstitutionella debatten är traditionellt sett mer omfattande i USA än i Sverige. Grundlagsprövning är en fråga som handläggs rutinmässigt även i underinstans och att en tilltalad hänvisar till sina konstitutionella rättigheter är ingen ovanlighet. Detta gäller inte minst frågor som gäller första tillägget.¹²⁹ Till detta kan knytas att det i USA finns en större processbenägenhet än i Sverige, vilket även torde omfatta mål gällande upphovsrättsintrång.¹³⁰

Såväl upphovsrätten som yttrandefriheten är reglerade i den amerikanska konstitutionen och betraktas båda som centrala rättigheter. Icke desto mindre har frågan om upphovsrättsens förhållande till yttrandefriheten varit föremål för domstolsavgöranden vid ett flertal tillfällen.¹³¹ Dessa avgöranden har gällt dels möjligheten att i mål som rör upphovsrättsintrång åberopa första tillägget och dels huruvida en förlängning av den upphovsrättsliga skyddstiden kan ses som stridande mot första tillägget. Den potentiella normkonflikten mellan upphovsrätt och yttrandefrihet har i USA även varit föremål för en omfattande diskussion i doktrinen. Två artiklar skrivna år 1970 av Melville Nimmer respektive Paul Goldstein uppmärksammade tidigt frågan.¹³² Särskilt Nimmers teorier, som sedan presenterades i flera andra format, kom också att få inverkan på den följande utvecklingen i praxis.¹³³

¹²⁶ SOU 2001:3 s. 288 ff.

¹²⁷ Bernitz, L, *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision, om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*, SvJT 2000, s. 340.

¹²⁸ Se bl.a. Persson, G, 2002, s. 157.

¹²⁹ Se Bogdan, M, 2003, s. 133.

¹³⁰ A.a s. 141.

¹³¹ Se *Rosemont v. Random House*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966) samt *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) för ett tidigt och ett sent exempel.

¹³² Nimmer, M, *Does Copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and the press?* 17 UCLA Law review 1180 (1970) och Goldstein, P *Copyright and the first amendment* 70 Colum. L. Rev. 983 (1970) s. 1070. Båda författarna kom senare att ge ut varsitt standardverk om upphovsrätt. Märkas bör att Nimmers och Goldsteins artiklar skrevs innan 1976 års Copyright Act och därför behandlar både federal och delstatlig lagstiftning.

¹³³ Se exempelvis *Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171, (5th Cir.1980) och *Sid & Marty Krofft Television v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, (9th Cir. 1977).

Vad gäller möjligheten att i USA i samband med intrångsmål åberopa yttrandefrihetsskäl, måste frågan först ställas om upphovsrättslagstiftningen skall utsättas för särskild granskning enligt första tillägget eller inte. Denna fråga har i praxis i allmänhet besvarats nekande. Man har från domstolarnas sida tagit fasta på framförallt fyra skäl till detta.

För det första har det hävdats att eftersom konstitutionen, inklusive dess *Copyright Clause*, och första tillägget antogs så nära i tid och utan att förhållandet dem emellan reglerades på något sätt, så uppfattade ”*the founding fathers*” ingen uppenbar konflikt mellan upphovsrätten och yttrandefriheten.¹³⁴ För det andra, och i nära anknytning till det nyss nämnda, har man i praxis hänvisat till att första tillägget och upphovsrättslagstiftningen delar samma mål, men använder olika medel för att nå det. Medan yttrandefriheten utgör ett bålverk mot statlig censur så har upphovsrätten i ansetts motverka privat censur. Denna syn på upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten går ibland under benämningen *division of labour approach*.¹³⁵

De argument som använts flitigast av amerikanska domstolar när de avstått från att i mål som rör upphovsrättsintrång utsätta *Copyright Act* för någon prövning enligt första tillägget, har emellertid inte varit något av de ovan nämnda. Istället har man koncentrerat sig på att *Copyright Act* innehåller ”säkerhetsventiler” vilket gör att den inte utgör något hot mot yttrandefriheten. Särskilt har man pekat på att upphovsrättslagstiftningen skiljer mellan idé och uttrycksform, ofta kallad ”*the idea/expression dichotomy*”, och att bestämmelserna om *fair use* utgör en acceptabel avvägning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet.

Den förstnämnda av dessa säkerhetsventiler behandlades utförligt av Nimmer i hans ovan nämnda artikel från år 1970¹³⁶ och har sedan refererats i ett antal avgöranden. Enligt denna teori utgör inte upphovsrätten någon begränsning av yttrandefriheten, eftersom den inte hindrar återgivningen eller spridandet av idéer. Den ger endast en ensamrätt till det specifika sätt på vilket idén uttrycks. Upphovsrätten behöver därför inte heller utsättas för någon särskild granskning i enlighet med första tillägget. *Supreme Court* uttalade i fallet *Harper & Row v. Nation Enterprises*, ”[c]opyright’s idea/expression dichotomy strike[s] a definitional balance between the First Amendment and the Copyright Act by permitting free communication of

¹³⁴ Sålunda uttalade *Supreme Court* i *Eldred v. Ashcroft* att ”The Copyright Clause and First Amendment were adopted close in time. This proximity indicates that, in the Framers’ view, copyright’s limited monopolies are compatible with free speech principles”. *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 (2003).

¹³⁵ ”[T]he Copyright Clause and the First Amendment, while intuitively in conflict, were drafted to work together to prevent censorship; copyright laws were enacted in part to prevent private censorship and the First Amendment was enacted to prevent public censorship”. *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.* s. 1263.

¹³⁶ Nimmer, M, *Does Copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and the press?*, 17 UCLA Law review 1180 (1970).

facts while still protecting an author's expression".¹³⁷ Formuleringar liknande denna har därefter rutinmässigt använts när första tillägget åberopats i samband med upphovsrättsintrång.¹³⁸ Teorin har dock kritiserats på den grunden att situationer kan uppstå där själva idén och uttryckssättet är så tätt sammanbundna, att det i realiteten inte går att återge idén utan att också återge uttryckssättet.¹³⁹ Nimmer förutsåg i sin artikel själv problematiken och föreslog att en tvångslicens borde införas på nyhetsfotografier.¹⁴⁰ Som ett typexempel angav Nimmer att foton från My Lai-massakern år 1968¹⁴¹ inte lät sig återges utan att själva uttryckssättet också kopierades. Omständigheter liknande dessa kan sägas ha förlegat i fallet *Time Inc. v. Bernard Geis*.¹⁴² Målet, ett distriktsdomstolsfall, rörde en begäran om interimistiskt intrångsföreläggande mot att återge bilder ur den så kallade Zapruder-filmen som visade mordet på John F. Kennedy. Distriktsdomstolen avslag emellertid begäran om interimistiskt förbud. Detta gjordes dock inte med hänvisning till första tillägget, utan istället åberopade domstolen den nämnda bestämmelsen om *fair use* i § 107. Det finns inte heller i övrigt några fall där *Copyright Act* ansetts behöva granskas särskilt enligt första tillägget på grund av att "the idea/expression dichotomy" i det aktuella fallet inte fungerat.

Den andra i *Copyright Act* intagna "säkerhetsventilen", bestämmelsen om *fair use* i § 107, har ansetts ge ett brett spelrum för den som vill använda upphovsrättsskyddat material för kritik eller kommentar. Därför har det i praxis ofta uttalats att något utrymme att använda upphovsrättsskyddat material utanför ramen för vad som sägs i *Copyright Act* inte finns, och inte heller är nödvändig. *Second Circuit Court's* uttalande i *Roy Export v. CBS* kan ses som illustrativt: "No Circuit [.....] has ever held that the First Amendment provides a privilege in the copyright field distinct from the accommodation embodied in the "fair use" doctrine"¹⁴³(*Circuit Court* är namnet på appellationsdomstolarna i det federala domstolssystemet i USA).

¹³⁷ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539, 556 (1985).

Fallet gällde visserligen möjligheten att utvidga den nedan behandlade *fair use*-doktrinen, men får ändå anses belysande och har citerats i flera intrångsfall där första tillägget åberopats av svarandesidan. Se bl.a. *Los Angeles News Service v. Tullo*, där *Ninth Circuit Court* uttalade att "Copyright law incorporates First Amendment goals by ensuring that copyright protection extends only to the forms in which ideas and information are expressed and not to the ideas and information themselves" *Los Angeles News Service v. Tullo*, 973 F.2d 791, (9th Cir.1992).

¹³⁸ Se exempelvis *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc.*, 342 F.3d 191, (3d Cir.2003).

¹³⁹ Netanel, N *Locating Copyright Within the First Amendment Skein* Stanford Law Review, Vol. 54, 2001. s. 14 ff. Den berömde domaren Billings Learned Hand uttryckte år 1930 i fallet *Nichols v. Universal Pictures Corp.* problematiken på ett något mer direkt sätt: "Nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can". *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

¹⁴⁰ Nimmer, M *Does Copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and the press?*, 17 UCLA Law Review 1180 (1970) s. 1197 f.

¹⁴¹ I Sverige ofta benämnd efter provinsnamnet Song My.

¹⁴² *Time Inc. v. Bernard Geis Assocs.*, 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968).

¹⁴³ *Roy Export Co. v. CBS, Inc.*, 672 F.2d 1095, (2d Cir. 1982) s.1099.

Åsikten har också framförts att *fair use* stundtals använts av domstolar för att undvika att behöva ta ställning till den potentiella konflikten mellan *Copyright Act* och första tillägget. Utslaget i det ovan nämnda *Time Inc. v. Bernard Geis* har således av Melville Nimmer beskrivits som ett forcerat användande av *fair use*, och ett de facto försvar av användningen i enlighet med första tillägget.¹⁴⁴ Belysande är också *Fifth Circuit Court* beslut i *Triangle Publication v. Knight-Ridder*. Distriktsdomstolen i Florida hade nämligen här i ett upphovsrättsmål med hänvisning till första tillägget nekat en begäran om interimistiskt förbud, en av de få gånger detta gjorts. *Fifth Circuit Court* upprätthöll visserligen distriktsdomstolens utslag, men angav som grund att användandet var att se som *fair use* enligt bestämmelserna i § 107 varefter någon prövning enligt första tillägget inte var nödvändig.¹⁴⁵

Till dags dato går inte att finna något gällande amerikanskt domstolsutslag där upphovsrätten, med hänvisning till första tillägget, fått stå tillbaka för yttrandefrihetsintressen. De inneboende avvägningsmekanismer mellan upphovsrätt och yttrandefrihet som finns i *Copyright Act* har ansetts tillräckliga och någon ytterligare granskning av upphovsrätten har inte behövts. *Fair use*-doktrinen har ofta kunnat tillämpas på ett sådant sätt att någon konflikt inte uppstått. Ofta har argumentationen i dessa fall emellertid utgått inte bara från yttrandefrihetsaspekter, utan kanske i högre utsträckning från de ekonomiska aspekter som delvis kan sägas utgöra grunden för *fair use*-doktrinen.¹⁴⁶ Ett i sammanhanget speciellt fall utgörs av det relativt nyligen avgjorda *Suntrust v. Houghton Mifflin*, där *Eleventh Circuit Court* i samband med att man upphävde ett interimistiskt förbud gällande upphovsrättsintrång med hänvisning till *fair use*, uttalade att "the issuance of the injunction was at odds with the shared principles of the First Amendment and the copyright law, acting as a prior restraint on speech".¹⁴⁷ I detta fall gick, enligt vad jag förstår, *Eleventh Circuit Court* längre än vad som gjorts av tidigare appellationsdomstolar i det att man öppet lät andan första tillägget påverka bedömningen av om *fair use* förelåg eller inte.

År 2003 kom *Supreme Court* att pröva inte bara upphovsrättslagstiftningens förenlighet med första tillägget i ett enskilt fall, utan även om en förlängning av den upphovsrättsliga skyddstiden kunde anses strida mot första tillägget. Målet, *Eldred v. Ashcroft*, gällde den s.k. *Sony Bono Copyright Extension Act* (CTEA). Lagförslaget innebar en förlängning av den gällande skyddstiden med 20 år. Förlängningen gällde även retroaktivt. Ett antal personer som ägnade sig åt att på Internet sprida verk vars skyddstid löpt ut, stämde amerikanska staten med motiveringen att CTEA borde utsättas för

¹⁴⁴ Nimmer, M, och Nimmer, D, *Nimmer on Copyright* § 1.10 [D], New York, 2003.

¹⁴⁵ *Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171, (5th Cir.1980).

¹⁴⁶ Se *Supreme Courts* resonomang i *Harper & Row v. Nation Enterprises* där den potentiella skada som upphovsrättsinnehavaren kan komma att lida på grund av intrånget tillmättes störst betydelse. Se vidare under 5 nedan.

¹⁴⁷ *Suntrust v. Houghton Mifflin* . 1277. Att notera är att fallet var ett parodifall och inte rörde rätten att citera. Avgörandet har rönt relativt stor uppmärksamhet. Bakgrunden var en roman, *The wind done gone*, som skrivits av Alice Randall i syfte att utgöra en kommentar till den politiska och sociala diskursen i Margret Mitchells berömda *Gone with the wind*.

granskning av första tillägget. *Supreme Court* hänvisade till samtliga de fyra skäl som nämnts ovan när man slog fast att CTEA inte behövde utsättas för någon särskild granskning enligt första tillägget.¹⁴⁸ Framförallt pekade domstolen på att "the idea/expression dichotomy" och bestämmelsen om *fair use* allmänt sett var tillräckliga för att säkerställa yttrandefrihetsintresset.¹⁴⁹ Att notera är att *Supreme Court* avvisade appellationsdomstolens tidigare uttalande i målet, om att upphovsrätten skulle vara helt immun mot granskning enligt första tillägget.¹⁵⁰ Detta kombinerat med domstolens konstaterande om att de interna avvägningsmekanismerna i *Copyright Act* "allmänt sett" är tillräckliga, skulle kunna peka på att det kan finnas omständigheter där upphovsrätten ändå får vika för första tillägget. Med tanke på den vikt som lagts vid "the idea/expression dichotomy", är det rimligt att sluta sig till, menar jag, att denna öppning främst skulle kunna existera i fall när denna säkerhetsventil i upphovsrättslagstiftningen inte bedöms fungera.

4.3 Jämförelse

Vid en jämförelse av hur frågan om upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten har behandlats i svensk och amerikansk rätt, kan till en börja konstateras att frågan i Sverige, genom bestämmelserna i TF 1:8 och YGL 1:12, till skillnad från i USA har reglerats redan på lagstiftningsstadiet. Anledningen till att man i Sverige valt en kodifierad reglering av förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet, har enligt förarbetena varit att upphovsrätten har setts som en inskränkning av yttrandefriheten. Framförallt har detta gällt upphovsmannens ideella rättigheter. Eftersom sådana rättigheter till stor del saknas i amerikansk upphovsrättstradition och eftersom upphovsrätten och yttrandefriheten i USA i högre utsträckning setts som två samverkande rättskonstruktioner syftande till maximal spridning av idéer, har möjligen konflikten där uppfattats som mer subtil.

Skillnaderna i konstitutionell reglering har emellertid inte fått något större genomslag när frågan har behandlats i praxis. Upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten, har behandlats i ett antal avgöranden i både Sverige och USA. Frågan har framförallt uppstått i samband med att yttrandefrihetsskäl åberopats i mål rörande upphovsrättsintrång. Såväl i Sverige som i USA har man från överinstans i sådana mål konsekvent nekat till att låta upphovsrätten stå tillbaka för yttrandefrihetsintressen. Skälen har ofta uttryckts på liknande sätt. När HD i Manifestmålet pekar på att referaträttens betydelse för informationsfriheten och när *Supreme Court* framhåller "the idea/expression dichotomy" som en viktig orsak till att *Copyright Act* inte behöver granskas enligt första tillägget, är det till stor del samma åsikt som framförs – eftersom upphovsrätten inte ger någon ensamrätt till idéer och

¹⁴⁸ *Eldred v. Ashcroft*.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ "We recognize that the D.C. Circuit spoke too broadly when it declared copyrights 'categorically immune from challenges under the First Amendment'", *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219, 221 (2003).

därför inte begränsar möjligheten att fritt kommentera eller använda dessa, utgör den i allmänhet inget hot mot yttrandefriheten.¹⁵¹ Vidare har både amerikanska och svenska domstolar i sina utlåtanden pekat på de inskränkningar i upphovsrätten som respektive lands lagstiftning är utrustade med.

Skillnader mellan länderna finns emellertid. Svenska domstolar har sällan i sin argumentation ansett sig vara tvungna att peka på något för upphovsrätten och yttrandefriheten gemensamt syfte.¹⁵² Upphovsrätten har inte behövt motiveras utifrån sin roll för samhällsnyttan utan har i allmänhet behandlats som för rättighetsinnehavaren okränkbar rättighet. Även vad gäller den roll som spelas av inskränkningar i upphovsrättslagstiftningen går det att se skillnader. *Fair use*-doktrinen har i USA betraktats som viktig därför att den ansetts innehålla de värden som omfattas av första tillägget. Någon granskning enligt första tillägget av *Copyright Act* har därför inte ansetts nödvändig. Såsom påpekats av bl.a. Nimmer har användningen av *fair use*-bestämmelsen också *de facto* blivit ett sätt på vilket en direkt normkonflikt mellan upphovsrätt och yttrandefrihet har kunnat undvikas. När svenska domstolar har hänvisat till undantag i URL, har dessa snarare setts som bevis för att lagstiftaren beaktat frågan om vilka undantag URL ansetts behöva innehålla och någon ytterligare domstolsaktivitet i frågan har inte bedömts vara nödvändig. Även om skillnaden mellan länderna här är tydlig, skall de praktiska konsekvenserna av detta inte överdrivas. Efter Manifestmålet valde lagstiftaren, efter att frågan väckts i två motioner, att inte föra in fler undantag i URL. Det får därför antas att de befintliga undantagen har ansetts tillräckliga. En större skillnad ligger då i att *fair use*-doktrinen av rättstillämparna i USA använts som lösning på den potentiella konflikten mellan *Copyright Act* och första tillägget. Undantagen i URL kan svårligen sägas ha fått samma roll. Detta kan självfallet ha sin grund i att frågan i svensk praxis inte behandlats vid särskilt många tillfällen. Att bestämmelsen om *fair use* skulle innebära dramatiskt större möjligheter att beakta yttrandefrihetsskäl än vad som är fallet med exempelvis den svenska citaträtten är, som kommer att belysas nedan, inte nödvändigtvis fallet.

En skillnad kan slutligen iakttas i reaktionerna på den förlängning, till 70 år, av den upphovsrättsliga skyddstiden som i början av 2000-talet genomfördes såväl i Sverige som i USA. I USA kom ändringen att prövas av *Supreme Court* i av *Eldred v. Ashcroft*, medan motsvarande förlängning i Sverige efter att regeln infördes, inte varit föremål för någon mer omfattande debatt. Förklaringen till detta skall emellertid inte främst sökas i rättspolitiska olikheter mellan länderna vad gäller synen på upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten. Skälet står istället snarast att finna i den EG-rättsliga normhierarkin. Förlängningen av den upphovsrättsliga

¹⁵¹ NJA 1985 s. 893 s. 909. och *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*. Se även konstitutionsutskottets yttrande 1986/87:1 i LU 1986/87:11.

¹⁵² Referenten i Manifestmålet uttalade emellertid att ”De båda lagkomplexen fullföljer snarare ett gemensamt syfte att skapa förutsättningar för ett fritt samhällsskick och en andlig odling”. NJA 1985 s. 893. Offentlighetsutredningen uttryckte en snarlik åsikt. Se SOU 1967:28 s. 19.

skyddstiden var för svenskt vidkommande ett resultat av skyddstidsdirektivet och något alternativ till att implementera direktivets bestämmelser fanns inte. Om det istället skulle ha rört sig om ett inhemskt svenskt lagförslag skulle debatten kring det med all säkerhet ha blivit större. Representanter för flera riksdagspartier framhöll också när frågan om skyddstidsdirektivets implementering debatterades i kammaren, att man stödde förslaget enkom eftersom det var ett resultat av ett EG-direktiv och att man inte såg några kulturpolitiska vinster i att den upphovsrättsliga skyddstiden förlängdes.¹⁵³ Trots detta är det intressant att notera att det i lagförarbetena inte diskuteras vilka yttrandefrihetsrättsliga effekter en förlängning av skyddstiden kunde få. Inte heller i doktrin har frågan, till skillnad från i USA, behandlats i någon större utsträckning. Detta kan kanske delvis förklaras av att upphovsrätten i USA så uttalat betraktas som en av kongressen given rättighet som i konstitutionen getts ett tydligt mål att fylla. En förlängning av skyddstiden måste då också vid varje tillfälle svara mot detta syfte. I Sverige, där upphovsrätten inte har ett lika tydligt utmejslat samhällsnyttigt syfte och förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet har reglerats i TF och YGL, kom förlängningen måhända att ses snarare som en justering av den gällande regleringen.¹⁵⁴

¹⁵³ Riksdagens protokoll 1995/96:28, torsdagen den 23 november. Problematiken kring de upphovsrättsliga skyddstidernas retroaktiva effekt, vilka utgjorde kärnan i *Eldred v. Ashcroft*, ledde också till att lagutskottet vid den första behandlingen bordlade frågan. Detta fick effekten att förlängningen av den upphovsrättsliga skyddstiden trädde ikraft först 1 januari år 1996 och inte den 30 juni år 1995 vilket föreskrevs i direktivet. 1995/1996:LU1 s. 24.

¹⁵⁴ Se emellertid Prop. 1994/95:151 s 23 där det uttalas att en förlängning kommer att ge ”bättre förutsättningar för litterärt och konstnärligt skapande här i landet”.

5 Yttrandefrihetsrättsligt motiverade inskränkningar i upphovsrätten

5.1 Allmänt om inskränkningar i upphovsrätten

Inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt finns i såväl svensk som amerikansk upphovsrättslagstiftning. I Sverige finns dessa inskränkningar samlade i en detaljerad lista i 2 kap. URL. Listan har setts som en uttömmande uppräkningslista och 2 kap. URL innehåller ingen generalklausul eller mer allmänt hållen bestämmelse som kan användas vid atypiska situationer. Svenska domstolar har också visat sig skeptiska mot att på eget bevåg införa ytterligare inskränkningar i URL, vilket visades i det ovan nämnda Manifestmålet.¹⁵⁵ Enligt 11 § URL innebär inskränkningar i 2 kap, med ett undantag, ingen inskränkning av upphovsmannens ideella rätt. Ingen av inskränkningarna i 2 kap. tar specifikt sikte på yttrandefriheten. Yttrandefrihetsskäl finns istället intagna i vissa inskränkningar såsom exempelvis citaträtten och återgivningsrätten. 2 kap. var föremål för en relativt omfattande revision senast i samband med att Infosocdirektivet implementerades i svensk rätt och sedan URL:s tillkomst har även vissa inskränkningar tagits bort.¹⁵⁶

Artikel 5.5 i Infosocdirektivet ger uttryck för den ovan nämnda trestegsregeln och i samband med att direktivet implementerades i svensk rätt, diskuterades om en motsvarande regel också borde införas i URL. Med hänvisning till att inskränkningarna i URL bör vara så avgränsade och tydliga som möjligt, beslutades dock att någon bestämmelse motsvarande trestegsregeln inte skulle införas i URL.¹⁵⁷ Istället framhölls att trestegsregeln skulle beaktas vid utformningen av inskränkningar i upphovsrätten, något som till följd av att Sverige skrivit under BK, har gjorts även innan införlivningen av Infosocdirektivet.

¹⁵⁵ NJA 1985 s. 893.

¹⁵⁶ Angående översynen av 2 kap. URL i samband med att Infosocdirektivet implementerades i svensk rätt se Ds 2003:35 och Prop. 2004/2005:110. Ett exempel på en inskränkning som sedan URL:s tillkomst tagits bort är pressens så kallade lånerätt. Denna fanns tidigare i 15 § URL. Bestämmelsen togs bort år 1994. Se Prop. 1992/93:214 s 77.

¹⁵⁷ Prop. 2004/2005:110 s. 81 ff.

Även *Copyright Act* innehåller en lista med inskränkningar av upphovsrättshavarens ensamrätt. Listan är inte lika omfattande som den i 2 kap. URL. Till skillnad från svensk upphovsrättslagstiftning innehåller *Copyright Act* däremot en mer generell inskränkning i form av den så kallade *fair use*-bestämmelsen i 17 U.S.C § 107.¹⁵⁸ Det grundläggande syftet med *fair use*-bestämmelsen är, precis som syftet med upphovsrätten i USA i allmänhet, att främja skapandet av nya verk.¹⁵⁹ Sådana användanden som typiskt sett räknas till *fair use*, anges i § 107 vara: ”criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship or research”.

Själva prövningen av om ett användande skall ses som *fair use* görs sedan enligt § 107 utifrån fyra icke-exklusiva bedömningsgrunder:

“(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
(2) the nature of the copyrighted work;
(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

5.2 Citaträtten

Rätten att citera delar av andras verk är en inskränkning av upphovsrättshavarens ensamrätt som återfinns i flera länders upphovsrättslagar och citaträtten är även intagen i BK.¹⁶⁰ Citaträtten fyller såväl praktiska som rättspolitiska syften. Utan rätten att citera hade skapandet av nya verk avsevärt försvårats. Citaträtten har även en yttrandefrihetsrättslig sida. I ett öppet demokratiskt samhälle måste det stå var och en fritt att citera delar ur exempelvis en meningsmotståndares artikel i syfte att kritisera den, utan att för den skull behöva löpa risken att göra intrång i dennes upphovsrätt. I svensk rätt är citaträtten en av inskränkningarna i 2 kap. URL. I amerikansk rätt finns ingen särskilt angiven citaträtt. Rätten att återge delar av andras verk faller istället in under bestämmelsen om *fair use* i 17 U.S.C. § 107.

¹⁵⁸ Nedan anges bestämmelsen endast som § 107.

¹⁵⁹ ”Fair use should be perceived not as a disorderly basket of exceptions to the rules of copyright, nor as a departure from the principles governing that body of law, but rather as a rational, integral part of copyright, whose observance is necessary to achieve the objectives of that law.” Leval, P, *Toward a fair use standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990).

¹⁶⁰ I den tyska upphovsrättslagen, *Urheberrechtsgesetz*, finns citaträtten intagen i § 51 och i den danska *Ophavsretsloven* finns regeln i § 22. Se också artikel 10 (1) BK.

5.2.1 Svensk rätt

En rätt att citera upphovsrättsskyddade verk har funnits i URL sedan lagens tillkomst och är en inskränkning i upphovsrättshavarens ensamrätt. Citaträttens yttrandefrihetsaspekt har i svenska förarbeten uttryckts så att vikten av rätten att citera är särskilt stark när det gäller den ”allmänna politiska, kulturella och samhällseliga debatten, samt vid framställningen av kritiska och samhällsvetenskapliga verk”.¹⁶¹ Av AK motiverades citaträtten med att en sådan regel var viktig för litterär och konstnärlig kritik såväl som för den allmänna diskussionen i övrigt.¹⁶²

Den bestämmelse som hade funnits i den tidigare 1919 års upphovsrättslag ansågs för snävt avfattad.¹⁶³ I sin nuvarande placering i 22 § URL uttrycks citaträtten så att ”[v]ar och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet”. Bestämmelsen i 11 § 2 st. URL är tillämplig även på citat och källan till citatet skall anges på det sätt som god sed kräver.

Citat får göras ur texter och musikstycken, dock inte av konstverk eller fotografier.¹⁶⁴ Enligt AK finns även en viss möjlighet att göra citat ur filmverk i till exempel filmkrönikor.¹⁶⁵

Syftet med att tillåta citat bara ur offentliggjorda verk, har enligt förarbetena varit att skydda upphovsmannens ideella rättigheter.¹⁶⁶ Innan en bedömning görs av citatets omfattning och art måste det följaktligen först slås fast om verket som citeras är offentliggjort eller inte.¹⁶⁷ Enligt 8 § URL är ett verk offentliggjort när det lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten i enlighet med 2 § 3 st. URL, dvs. om det har överförts till allmänheten, visats offentligt, framförts offentligt eller spridits till allmänheten. Detta utesluter i allmänhet citat ur exempelvis opublicerade brev, vilket bekräftades av tingsrätten i det ovan nämnda Lundell-målet.¹⁶⁸ Tingsrätten framhöll här att ett brev ställt till en privatperson inte kunde ses som offentliggjort och att det faktum att Lundell inte reagerat på att brevet hade publicerats, inte ledde till att det skulle ses som offentliggjorts. Någon citaträtt förelåg inte. Även ett verk som har spridits till ett relativt stort antal personer kan komma att bedömas som icke-offentliggjort, vilket visades i det ovan beskrivna

¹⁶¹ SOU 1990:30 s. 247.

¹⁶² SOU 1956:25 s. 198.

¹⁶³ A.a. s. 199

¹⁶⁴ A.a. s. 201. Departementschefen uttalade i Prop. 1992/93:214 s. 76 f. relativt otvetydigt att citatregeln inte är tillämplig på konstverk. Upphovsrättsutredningen uttalade vidare att regeln inte borde vara tillämplig på fotografier. SOU 1990:30 246. Jfr Nordell som menar att regeln trots detta på grund av sin generella lydelse likväl bör kunna vara tillämplig på konstverk. Nordell, P J, 1997 s. 260.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ SOU 1956:25 s. 201

¹⁶⁷ Som exempel kan påpekas att HD i det ovan nämnda Manifestmålet avvisade åberopandet av citaträtten eftersom materialet inte var offentliggjort, NJA 1985 s. 893

¹⁶⁸ Stockholms tingsrätt 2000-11-28, mål nr. T 7884-99. Se även under 4 ovan.

Scientologmålet.¹⁶⁹ Delar av det aktuella materialet hade här spritts till ett betydande antal medlemmar inom Scientologkyrkan. Svarandesidan menade därför att materialet var offentliggjort och återopade citaträtten. Hovrätten uttalade inledningsvis att viss restriktivitet var påkallad vid bedömningen av om ett material skall anses offentliggjort eller inte. Vidare framhölls att upphovsmannens syfte var viktigt vid bedömningen och hovrätten pekade på att Scientologkyrkan bl.a. med hjälp av sekretessavtal aktivt hade försökt hindra att materialet offentliggjordes. Materialet borde därför enligt hovrätten inte anses offentliggjort och någon citaträtt förelåg inte.¹⁷⁰

Kravet på citatets utformning är att det skall göras *i överstämmelse med god sed* och *i en omfattning som motiveras av ändamålet*. Formuleringen ”god sed” valdes medvetet för att kunna ta hänsyn till sedvänja som utvecklats på området.¹⁷¹ Syftet med regeln har dels varit att sanktionera rådande sedvänja och dels att främja sedvanebildning på områden där någon god sed ännu inte uppstått.¹⁷² Vad som skall ses som god sed är i allmänhet avhängigt av *syftet med citatet*. Enligt AK fordras att återgivandet uppbärs av ett lojalt syfte.¹⁷³ Om det citerade stycket kommenteras, kritiseras eller används för att leda det egna arbetet vidare i någon riktning – dvs. om citatets funktion är begränsad till att vara ett hjälpmedel i den egna framställningen – kan användningen i allmänhet anses uppbäras av ett lojalt syfte.¹⁷⁴ Om syftet däremot är att göra ett eget verk mer attraktivt, exempelvis genom att okommenterat ta in en dikt i en informationsfolder, kan ett lojalt syfte i allmänhet inte anses föreligga. Inte heller kan fristående citat, som återges helt utan kommentar eller annan bearbetning, i allmänhet anses som god sed.¹⁷⁵ Bedömningskriterierna för vad som skall anses vara god sed kan i mångt och mycket sägas överensstämma med upphovsrättens mer samhällsnyttiga syften. Den avvägning som kravet på god sed innebär, utgör även ett uttryck för skyddssyftet bakom URL. Upphovsmannen skall skyddas mot att dennes verk utnyttjas på ett sådant sätt att den som använder verket åker snålskjuts på upphovsmannens arbete.

Ett belysande exempel på bedömningen av god sed är NJA 1996 s. 712. Målet gällde en intervju som Dagens Nyheter gjort med ett ögonvittne till JAS-olyckan i Stockholm år 1993. Delar av intervjun återgavs sedan utan rättighetshavarens tillstånd i Aftonbladet. HD konstaterade att mediers möjlighet att citera varandra måste anses relativt omfattande, särskilt om det skulle vara av vikt för informationsfriheten. I det aktuella fallet hade citatet emellertid använts snarare för att ge framställningen ”en livfull och

¹⁶⁹ Svea hovrätts dom 2001-03-29, mål nr. T 1096-98

¹⁷⁰ För en diskussion kring vikten av upphovsmannens samtycke, se Nordell, P J, *Med upphovsmannens samtycke* i Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe, Stockholm, 1999. Se även Olsson, H, *Copyright* 2006 s. 89 samt NJA 1988 s. 715.

¹⁷¹ SOU 1956:25 s. 199.

¹⁷² Se bl.a. HD:s uttalande i NJA 1996 s. 712 s. 718.

¹⁷³ SOU 1956:25 s.199.

¹⁷⁴ Ibid. Se också Olsson, H, *Copyright*, 2006 s. 235.

¹⁷⁵ I vissa fall måste emellertid även fristående citat anses uppfylla kravet på god sed. Detta gäller exempelvis delar av dikter som tas in i dödsannonser eller i de fall då tidningar tar in ”dagens citat” SOU 1956:25 s. 200.

personlig prägel” än för att kommenteras och belysas.¹⁷⁶ HD framhöll vidare att det skulle ha varit möjligt för Aftonbladet att referera händelsen istället för att citera ögonvittnet och att citaten inte tillgodosåg något allmänt informationsintresse. Ett lojalt syfte förelåg därför inte och citatet kunde inte sägas vara gjort i enlighet med god sed. Vidare kan framhållas det under 4.1 nämnda avgörandet från Göta hovrätt gällande tidningen M2:s återgivning av en ledarartikel i Dagens Nyheter.¹⁷⁷ Hovrätten konstaterade, bl.a. med hänvisning till ovan nämnda NJA 1996 s. 712, att artikeln hade förts in okommenterad, utan att den hade kritiserats eller bemötas på något sätt. Därför kunde ett fullständigt återgivande inte anses vara god sed. I målet hördes f.d. chefredaktören för Svenska Dagbladet Mats Svegfors, som uppgav att återgivande av en artikel i sin helhet under förevarande omständigheter kunde ses som branschpraxis. Hovrätten framhöll dock att sådan branschvana inte borde sanktioneras.

En intressant fråga i sammanhanget är om ett eventuellt vinstsyfte hos den citerande parten skall tillmätas någon betydelse vid bedömningen av om god sed föreligger. I förarbetena har detta ansetts kunna vara av vikt när citat används i reklamsammanhang. Citat som då ger den citerande parten stor ekonomisk vinning, bör inte tillåtas med hänvisning till upphovsmannens ekonomiska rättigheter.¹⁷⁸ Någon motsvarande princip utanför reklammarknaden finns så vitt jag vet inte. Däremot har det i förarbetena uttalats att syftet skall vara lojalt både mot upphovsmannens ekonomiska och ideella intressen.¹⁷⁹ Detta bör förstås så att upphovsmannen inte bör lida orättmätig skada genom att verket utnyttjas. Så länge ett citat uppbärs av ett lojalt syfte har jag emellertid inte funnit något stöd vare sig i förarbeten eller i praxis för att den citerande partens vinstsyfte skall tillmätas någon självständig betydelse.

Vad gäller *den tillåtna omfattningen av citatet* är denna bedömningsgrund starkt kopplad till syftet. Citat får enligt 22 § URL göras i den omfattning som motiveras av ändamålet. Ett verk får i allmänhet inte citeras i sin helhet.¹⁸⁰ I samband med kritisk eller vetenskaplig framställning kan relativt omfattande citat tillåtas, om syftet så kräver. I sådana situationer kan verket eventuellt också citeras i sin helhet.¹⁸¹ Även sättet på vilket citatet används kan få inverkan på den tillåtna omfattningen. Ibland kan det vara nödvändigt att återge relativt långa stycken text för att kunna belysa eller kommentera en synpunkt i den egna texten. Om det citerade verket används mer fristående, minskar däremot utrymmet för att göra omfattande citat. Likaså påverkas den tillåtna omfattningen av om citatet uppbärs av ett lojalt syfte. I det ovan nämnda NJA 1996 s. 712 bedömdes användandet av tre citat ur DN-artikeln, med tanke på att något lojalt syfte inte förelåg, som alltför

¹⁷⁶ NJA 1996 s. 712.

¹⁷⁷ Göta hovrätts dom 2003-04-16, mål nr. T 60/02.

¹⁷⁸ SOU 1990:30 s. 249.

¹⁷⁹ A.a s. 247.

¹⁸⁰ SOU 1956:25 s. 200. Det kan dock vara tillåtet att i tidningars citatspalt eller som motto använda kortare citat i sin helhet. SOU 1990:30 s. 240.

¹⁸¹ Olsson, H, *Copyright* s. 236 samt SOU 1956:25 s. 200.

långtgående.¹⁸² Märkas bör att bedömningen av den tillåtna omfattningen tar sin grund i hur stor del av den *citerade artikeln* som citatet utgör. Hur stor del av den *citerande artikeln* citatet utgör, är inte av vikt.¹⁸³

Möjligheten att ta hänsyn till yttrandefrihetsskäl vid bedömningen av vad som skall anses vara god sed, berördes av HD i det ovan nämnda NJA 1996 s. 712. HD pekade på att pressens betydelse för informationsfriheten gjorde att citaträtten inom detta område bör vara relativt långtgående. HD yttrade också att det kunde vara tillåtet att direktcitera uttalanden från kända personer utan att citatet nödvändigtvis tjänar som ett hjälpmedel för den egna framställningen. Noteras bör att HD här refererade till sedvänja som vuxit fram på pressens område. Det är oklart i vilken utsträckning en privatperson kan använda direktcitater eller göra mer omfattande citat, med hänvisning till informationsintresset. Jag kan emellertid inte se att det skulle finnas något allmänt hinder mot att väga in yttrandefrihetsskäl som en aspekt vid bedömningen av om ett citat skall ligga inom det tillåtnas gränser.

5.2.2 Amerikansk rätt

Varken den amerikanska konstitutionen eller *Copyright Act* innehåller någon bestämmelse som direkt behandlar citaträtten. Den omfattas istället, som nämnts ovan, av § 107. Rätten att citera ett verk i syfte att kritisera det har i amerikansk praxis angetts vara ett typfall där *fair use* föreligger.¹⁸⁴ § 107 är en ofta åberopad bestämmelse i amerikansk praxis och har även varit föremål för en omfattande akademisk debatt.¹⁸⁵

Inledningsvis kan konstateras att det faktum att citat gjorts ur ett opublicerat verk inte per automatik utesluter en prövning om *fair use*. Frågan var dock länge omdiskuterad. År 1985 slog *Supreme Court* i fallet *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*¹⁸⁶ fast att det citerade verkets opublicerade status var ”a key, though not necessarily determinative, factor”. Fallet gällde delar av president Gerald Fords opublicerade memoarer som utan tillåtelse hade publicerats i tidningen *The Nation*.

¹⁸² Se Rosenmeier som i en kommentar till domen har tolkat utslaget så att den som har upphovsrätt till en intervju, och därvid har gjort urval och en sammanställning av citat, har upphovsrätt inte bara till sammanställningen utan också till enskilda delar av dessa. Rosenmeier, M, *Har intervjueraren ophavsret til den interviewedes udtalelser? Nogle bemærkninger til Högsta domstolens dom af 26.11.1996*, NJA 1996 s. 712 ff, NIR 1997 s. 277 ff, NIR häfte 1/2003 s. 57

¹⁸³ SOU 1990:30 s. 241.

¹⁸⁴ ”Thus, for example, no one can doubt that a reviewer may fairly cite largely from the original work, if his design be really and truly to use the passages for the purposes of fair and reasonable criticism”. *Folsom v. Marsh* 9F Cs. 342 at 342.

¹⁸⁵ Se bl.a. Leval, P, *Toward a fair use standard* 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990), Francione, G, *Facing the Nation, the standards for copyright, infringement and fair use of factual works*. Pa. L. Rev. Vol. 134 p. 519 (1986) och Hughes, J, *Fair use across time*, 50 UCLA Law Review 775 (2003).

¹⁸⁶ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 471 U.S., 539, 553 (1985).

Domstolen pekade på att författaren hade såväl ideella som ekonomiska rättigheter att få bestämma om och när verket skulle publiceras första gången. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* följdes av två rättsfall som avgjordes av *Second Circuit Court*, vilka båda rörde biografier som innehöll citat ur icke-publicerade brev.¹⁸⁷ Domstolen tolkade i dessa båda mål *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* så att opublicerade verk normalt sett skulle få fullt skydd mot kopiering.¹⁸⁸ År 1989 slog dock samma domstol i *Wright v. Warner Books*, som liksom de föregående målen rörde en biografi med citat ur icke-publicerade brev, fast att det inte existerade någon regel *per se* mot att citera ur opublicerade verk.¹⁸⁹ Denna princip kodifierades år 1992 genom att § 107 tillfördes ett nytt stycke där det stadgas att: ”The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of *fair use* if such finding is made upon consideration of all the above factors.” Om det citerade verket är opublicerat kommer emellertid faktor två i allmänhet att tala mot *fair use*. Detta beskrivs mer utförligt nedan.

De fyra bedömningsgrunderna som används vid prövningen av om *fair use* föreligger kan ses som en avvägning mellan samhällets och upphovsrättshavarens intressen, där de två första mäter den samhällsnytta som en användning av citatet ger, och de två övriga mäter kostnaden för upphovsrättshavare.¹⁹⁰

Vad gäller den första bedömningspunkten, ”purpose and character of the use”, är den centrala frågan om användandet kan ses som ”transformative” eller inte, dvs. om citatet används på ett nytt sätt jämfört med i originalverket. Ett enkelt användande på samma sätt som verket använts av upphovsmannen ses inte som ”transformative”. Detta belyser också *fair use*-doktrinen samhällsnyttiga syfte, att bidra till samhällsnyttan genom att främja skapandet av nya verk.¹⁹¹ Som exempel på syften som talar till användarens fördel, anges i preamblen till § 107 fall när ett citat kritiseras, kommenteras, används i samband med nyhetsrapportering, eller vid undervisning, samt vid forskning och vetenskapligt arbete. Särskilt de tre första av de angivna syftena bär en tydlig yttrandefrihetsprägel. Kritik, kommentarer och nyhetsrapportering är alla grundläggande aspekter av en

¹⁸⁷ Författarna var J.D Salinger respektive Scientologykyrkans grundare L. Ron Hubbard. *Salinger v. Random House, Inc.* 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) samt *New Era Publications Int'l, ApS v. Henry Holt & Co*, 873 F.2d (2d Cir.1989).

¹⁸⁸ “[...] we think that the tenor of the Court’s entire discussion of unpublished works conveys the idea that such works normally enjoy complete protection against copying any protected expression” *Salinger v. Random House, Inc.* s. 97. ”Where use is made of materials of an ‘unpublished nature’, the second fair use factor has yet to be applied in favor of an infringer, and we do not do so here.” *New Era Publication Int'l v. Henry Holt*.

¹⁸⁹ *Warner Bros., Inc. v. American Broadcasting Cos., Inc.*, 720 F.2d 231, (2d Cir. 1983).

¹⁹⁰ Se Goldstein, P, *Goldstein on copyright*, 2005 § 1.2.1 för en närmre analys av de olika faktorernas roll.

¹⁹¹ ”From the infancy of copyright protection, some opportunity for fair use of copyrighted materials has been thought necessary to fulfill copyright’s very purpose, ‘To promote the Progress of Science and useful Arts.’” *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 575 (1994).

fungerande yttrandefrihet och en därtill vital och öppen samhällsdebatt.¹⁹² Vid bedömningen av om den första bedömningsgrunden skall utfalla till användarens fördel, har emellertid de yttrandefrihetsrättsliga aspekterna ansetts vara mindre viktiga än om användandet är ”transformative” eller inte.¹⁹³ Amerikanska domstolar har allmänt sett varit mycket liberala i sin bedömning av vad som skall ses som kritik, vetenskapligt användande eller forskning. *Supreme Court* slog i *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* fast att det inte är upp till domstolar att avgöra om kritik håller en viss klass eller är av god smak och framhöll att ett sådant agerande från domstolarnas sida även skulle kunna få yttrandefrihetsrättsliga konsekvenser.¹⁹⁴

Vidare framhålls i första punkten att ett citat är mindre benäget att få status som *fair use* om det används i ett ekonomiskt vinstsyfte. *Supreme Court* utvecklade detta i *Sony Corp. v. Universal* och framhöll att en presumtion mot *fair use* föreligger om syftet med användandet är kommersiellt till sin natur.¹⁹⁵ Detta uttalande skall dock ses mot bakgrund av *Supreme Courts* senare uttalande i *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* där det förtydligades att syftet endast är en av fyra bedömningsgrunder och att ett kommersiellt syfte inte utesluter att *fair use* föreligger, eftersom författarskap i allmänhet har en kommersiell sida.¹⁹⁶ Även användarens eget agerande kan tillmätas betydelse vid bedömningen av citatets syfte och karaktär. Exempelvis kan bedömningen falla ut till användarens nackdel om denne inte angivit var ifrån citatet kommer.¹⁹⁷

Vad gäller den andra bedömningspunkten ”nature of the copyrighted work” har verk som präglas av hög kreativitet, traditionellt setts som mer skyddsvärda än faktaverk eller nyhetsverk. Detta har motiverats av att verk av kreativt skapande ansetts ligga närmre upphovsrättens syfte.¹⁹⁸ Delvis kan detta också sägas ligga i linje med ovan nämnda *Feist Publications*,

¹⁹² Se vidare Goldstein som menar att kritik, kommentar och nyheter ger ”politiska” samhällsfördelar, medan ”teaching, scholarship och reserch” ses som kulturella eller vetenskapliga samhällsfördelar. Goldstein, P, 2005, § 10.2.1.

¹⁹³ ”[I]t is the transformation of the work into news, not the mere newsworthy elements that make it worthy of protection” *Nuñez v. Caribbean Int'l. News Corp* 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000).

¹⁹⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). Se även kritiken av *Second Circuit Courts* avgörande i *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Pub. Group, Inc* framlagd i *Ty, Inc. v. Publications Int'l. Ltd.* ”But the fair-use doctrine is not intended to set up the courts as judges of the quality of expressive works[...]That would be an unreasonable burden to place on judges, as well as raising a First Amendment question” *Ty Inc. v. Publications Intern. Ltd.*, 292 F.3d 512 (7th Cir. 2002).

¹⁹⁵ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 574 (1984).

¹⁹⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

¹⁹⁷ ”[t]his factor weighs heavily against Freeman because she did not acknowledge in her work that she had consulted *Our City* in writing *Illusions*, although such an acknowledgment does not in itself excuse infringement”. *Narell v. Freeman*, 872 F.2d. 907, 913 (9th Cir. 1989). Noteras bör att fallet inte gällde direkta citat, utan användandet av historiska fakta i en roman.

¹⁹⁸ ”This factor calls for recognition that some works are closer to the core of intended copyright protection than others, with the consequence that fair use is more difficult to establish when the former works are copied”. *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 586, (1994). Se även *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* s. 375 ff.

*Inc., v. Rural Telephone Service.*¹⁹⁹ Vissa amerikanska appellationsdomstolar har dock uttalat att distinktionen inte får dras så långt att det skulle kunna avskräcka författare från att ta upp dagsaktuella ämnen.²⁰⁰ Som nämnts talar utfallet av denna bedömningspunkt så gott som alltid mot *fair use*, om verket är opublicerat.

Den tredje bedömningsgrunden, som alltså tillsammans med den fjärde bedömningsgrunden mäter den inverkan återgivningen har på upphovsmannens rättigheter, rör själva omfattningen av citatet. Omfattningen bedöms dels rent kvantitativt, dvs. hur stor del av den citerade texten som används, och dels kvalitativt, dvs. om huruvida den citerade delen kan anses utgöra en huvuddel av det citerade verket eller framhäva dess huvudsakliga poäng. Sålunda slog *Supreme Court* i den ovan nämnda *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* fast att de 300 ord *The Nation* citerat ur Gerald Fords memoarer, sammanvägt med övriga faktorer inte kunde anses vara *fair use*. Domstolen pekade här bl.a. på att de delar som citerats var ”the most powerful passages in those chapters”.²⁰¹ Även om vissa amerikanska domstolar grundat sina bedömningar på procentuella uträkningar av hur mycket av ett verk som citerats, så är denna bedömningsgrund även till stor del beroende av hur de övriga tre bedömningsgrunderna värderas.²⁰² Citat ur faktaverk kan i allmänhet vara mer omfattande än citat ur verk av kreativt skapande och ett användande som är ”transformatory” i enlighet med första bedömningsgrunden borgar för större möjligheter att använda längre citat, än om så inte var fallet.²⁰³

Den fjärde bedömningsgrunden ”the effect on the potential market for the copyrighted work”, har hävdats vara den viktigaste av de fyra bedömningsgrunderna.²⁰⁴ Detta visar också den amerikanska upphovsrättens samhällsnyttiga syfte. Eftersom den amerikanska lagen inte innehåller mycket av ideella rättigheter, och uttryckligen inte anses vara naturrättsligt grundad, går det också att relativisera den skada som drabbar upphovsrättshavaren. I praxis har denna bedömningsgrund fått stor uppmärksamhet, och stundtals varit utsatt för relativt avancerade juridiska analyser, bl.a. angående vad som skall anses vara en potentiell marknad. Ett belysande exempel är det under 4.1 nämnda *Time Inc. v. Bernard Geis*.²⁰⁵ Distriktsdomstolen resonerade här kring huruvida en potentiell köpare skulle vara intresserad av Bernard Geis bok endast på grund av att den

¹⁹⁹ Se 2.5.1 ovan.

²⁰⁰ Se *Pacific and Southern Co. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984).

²⁰¹ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (1985).

²⁰² För exempel på en procentuell bedömning av citatets omfattning, se *Maxtone-Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253, (2d Cir. 1986).

²⁰³ ” [W]e recognize that the extent of permissible copying varies with the purpose and character of the use.” *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*

²⁰⁴ I *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* slog *Supreme Court* fast att den fjärde punkten är ”the single most important element of fair use”. Uttalandet skall dock ses mot bakgrund av att *Supreme Court* senare i *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* framhöll att: ”Nor may the four statutory factors be treated in isolation, one from another. All are to be explored, and the results weighed together, in light of the purposes of copyright.”

²⁰⁵ *Time Inc. v. Bernard Geis Ass.*

innehöll teckningar från Zapruderfilmen. Domstolen besvarade frågan nekande och konstaterade att boken köptes för dess teorier kring mordet på John F. Kennedy, och att Time Life därför inte gick miste om några potentiella licensintäkter. Helt klart är dock att sådan skada som drabbar upphovsrättshavarens marknad på grund av att dennes verk citeras och i samband med detta utsätts för berättigad kritik, inte skall tala mot *fair use*.

Möjligheten att – vid bedömningen av om *fair use* föreligger – ta hänsyn till yttrandefrihetsaspekter har vanligen uttryckts så, att *fair use*-bestämmelsen i sig innehåller alla nödvändiga hänsyn till första tillägget.²⁰⁶ Vid ett par tillfällen har domstolar dock i samband med värderingen av den första bedömningsgrunden, användandets syfte, pekat på att användandet ligger i linje med första tilläggets principer.²⁰⁷ Det ovan nämnda *Suntrust v. Houghton Mifflin*, där *Eleventh Circuit Court* upphävde ett interimistiskt beslut gällande upphovsrättsintrång med hänvisning till *fair use*, och ”the shared principles of the First Amendment and the copyright law” utgör här delvis ett särfall. Det återstår att se om amerikanska domstolar även i fortsättningen kommer att väga in första tillägget i samband med interimistiska förbud vid upphovsrättsintrång.

5.2.3 Jämförelse

Den svenska citaträtten och den amerikanska doktrinen om *fair use* delar till viss del samma målsättning. Tanken är att upphovsrätten inte får bli så omfattande att den kväver ett av sina egna syften, nämligen skapandet och spridandet av idéer och verk. Samtidigt finns en skillnad i den teoretiska basen på vilken undantagen vilar. Citaträtten är en av flera undantag i 2 kap. URL och dess användningsområde är relativt noga angivet. *Fair use* är å andra sidan en bred bestämmelse, som till stor del utvecklats i praxis, och som omfattar inte bara citat utan även andra användanden.

Skillnaderna i den teoretiska underbyggnaden till själva upphovsrättslagstiftningen leder emellertid också till skillnader i den praktiska tillämpningen av undantagen. Den mest iögonfallande är att icke-offentliggjorda verk med hänvisning till upphovsmannens ideella rättigheter i Sverige inte kan citeras överhuvudtaget. I USA, där de ideella rättigheterna till stor del lyser med sin frånvaro, finns inget absolut förbud mot att återge delar av icke-offentliggjorda verk. Istället tas detta in i helhetsbedömningen kring *fair use*. I USA spelar vidare upphovsrättshavarens potentiella

²⁰⁶ ”The First Amendment adds nothing to the fair use defense. The defense, so far as relates to this case, is the point of balance between the right to criticize, which is one aspect of freedom of expression, and the incentive to create expressive works, which is another aspect of the same freedom, the aspect that undergirds the Constitution’s copyright clause” *Chicago Board of Education v. Substance, Inc* 354 F.3d 624, (7th Cir. 2003).

²⁰⁷ Se exempelvis *National Rifle Ass’n of America v. Handgun Control* 15 F.3d 559 (6th Cir 1994). ”The document was used primarily in exercising HCF’s First Amendment speech rights to comment on public issues and to petition the government regarding legislation. The scope of the fair use doctrine is wider when the use relates to issues of public concern”.

ekonomiska förluster stor roll och blir ofta den utslagsgivande faktorn vid en bedömning av om *fair use* föreligger eller inte. Detta återspeglar också den amerikanska upphovsrätten såsom framförallt varande en ekonomisk rättighet. Upphovsrättshavarens ekonomiska rättigheter går därför också i amerikansk rätt att väga mot samhällsnyttan av att materialet används. Den faktiska ekonomiska skada som upphovsmannen riskerar att lida, har i svensk rätt tillmätts mindre betydelse även om begreppet ”god sed” får anses innefatta att upphovsmannen inte skall lida orättmätig skada.

Vid en hypotetisk jämförelse av hur de svenska rättsfall som avhandlats ovan, skulle ha behandlats i amerikansk rätt, blir de praktiska skillnaderna mindre än vad de teoretiska skillnaderna kan tyckas påskina. Utfallet i NJA 1996 s. 712 skulle med all sannolikhet ha blivit det samma om fallet handlagts i amerikansk domstol. Citaten hade återgivits utan Dagens Nyheters godkännande, de kan med fog sägas ha utgjort de bärande och mest livskraftiga delarna av artikeln och användandet skulle helt säkert ha skadat Dagens Nyheters potentiella marknad. Det samma kan sägas om den ovan nämnda domen från Göta hovrätt rörande tidningen M2:s användning av en ledartitel från DN.²⁰⁸ Användningen skulle enligt amerikansk rätt troligen ha setts som ”non-transformative” och kan också sägas ha inkräktat på Dagens Nyheters marknad. (Om artikeln på något sätt kommenterats, hade dock utfallet kunnat bli annorlunda.) Även om, som nämnts ovan, opublicerade verk enligt amerikansk rätt till skillnad från i Sverige, kan citeras, är det inte troligt att utfallet av Scientologmålet skulle ha blivit annorlunda i USA. Omfattningen av citaten var så pass stora att användningen, särskilt med tanke på att verken var opublicerade, antagligen inte skulle ha ansetts vara *fair use*. Det ovan berörda Lundellmålet slutligen, är det mest tveksamma.²⁰⁹ Det skulle i amerikansk domstol kunna hävdas att opublicerade brev tidigare tillåtits citeras i exempelvis biografier och att Ulf Lundell knappast led någon ekonomisk skada av att en potentiell marknad förstördes. Den ovillighet som amerikanska domstolar visat i att tillåta att opublicerade verk återges i sin helhet talar dock emot ett sådant resonemang.

5.3 Återgivningsrätten

Möjligheten att under vissa omständigheter återge upphovsrättsskyddade konstverk, bilder och fotografier är, liksom citaträtten, en inskränkning i upphovsrättshavarens ensamrätt. I svensk rätt regleras återgivningsrätten²¹⁰,

²⁰⁸ Göta hovrätts dom 2003-04-16, mål nr. T 60/02.

²⁰⁹ Stockholms tingsrätt 2000-11-28, mål nr. T 7884-99

²¹⁰ Återgivningsrätten skall inte förväxlas med den i 24 § URL angivna rätten att i vissa fall avbilda konstverk på allmän plats eller konstverk som ingår i kataloger. Övriga inskränkningar i 2 kap. som rör bildkonstområdet är bl.a. 20 § URL och 20 a § URL. 20 § URL tillåter under vissa förhållanden visning av konstverk och enligt 20 a § URL får exemplar av konstverk framställas och spridas och även framföras offentligt och överföras

som den kallas, i 2 kap. URL, medan den i USA faller in under bestämmelserna om *fair use* i § 107 i *Copyright Act*.

5.3.1 Svensk rätt

Enligt 23 § URL får offentliggjorda konstverk återges i anslutning till texten i en vetenskaplig framställning, i anslutning till texten i en kritisk framställning, eller i samband med redogörelse för en dagshändelse.²¹¹ Dessa tre möjligheter att återge upphovsrättsskyddade konstverk regleras i varsin punkt i 23 § 1 st. URL. Syftet bakom de tre undantagen är delvis olika och kommer därför att behandlas i samband med redogörelsen för respektive punkt. I 23 § 2 st. URL stadgas att ett återgivande enligt någon av punkterna i första stycket måste ske i enlighet med god sed och endast i den omfattning som motiveras av ändamålet. Det sistnämnda stadgandet innebär att endast det antal konstverk som behövs för att belysa texten får användas. Genom en hänvisning i 49 a § URL gäller bestämmelserna i 23 § URL även fotografisk bild som inte uppnår verkshöjd.²¹² Undantagen i 23 § URL utgör en motsvarighet till citaträtten i 22 § URL och kallas emellanåt också för ”konstcitat”.²¹³

*Enligt 23 § 1 st. 1 p URL får ett konstverk återges i anslutning till texten i en vetenskaplig framställning som inte framställts i förvärvssyfte. AK angav bestämmelsens syfte till att vara att ”främja kulturlivets debatt i kulturella frågor”.*²¹⁴ Verket måste användas som illustration eller som belysning av texten i den vetenskapliga framställningen. Att återge ett antal målningar och endast bifoga kortfattade biografiska noteringar är således inte tillåtet.²¹⁵

Vid bedömningen av om en framställning skall betraktas som vetenskaplig är det väsentliga att den har ett vetenskapligt syfte. Dess vetenskapliga värde

till allmänheten om förfogandet är av underordnad betydelse i en film, ett televisionsprogram eller en bild.

²¹¹ Vad som skall ses som ett offentliggjort verk följer de regler som beskrivits under 5.2.1 ovan.

²¹² Reglerna i 23 § URL har delvis en brokig bakgrund. URL innehöll från början en regel som tillät återgivande av konstverk i *vetenskaplig eller kritisk framställning* (dåvarande 14 § URL). Den samtidigt antagna lagen (1960:730) om rätt till fotografisk bild innehöll en liknande bestämmelse (dåvarande 7 § FotoL). Upphovsrättslagen innehöll även en regel (dåvarande 15 § URL) som tillät att konstverk återgavs i samband med redogörelse för en *dagshändelse*. Någon motsvarande regel fanns däremot inte i FotoL. Vid införlivandet av FotoL i URL år 1994 hade undantaget gällande dagshändelse i 15 § URL placerats i 14 § URL tillsammans med undantaget för återgivning i vetenskaplig eller kritisk framställning. Hänvisningen till 14 § URL i 49 a § URL kom därför att innebära att även fotografier omfattades av dagshändelseundantaget, vilket tidigare inte varit fallet. I samband med översynen av andra kapitlet under 1990-talet kom återgivningsrätten att placeras i en ny paragraf, 23 § URL. När Infosocdirektivet införlivades i svensk rätt, delades vidare första punkten i 23 § URL upp så att återgivandet i vetenskaplig respektive kritisk framställning kom att behandlas under varsin punkt.

²¹³ Ahlberg, K, *Din upphovsrätt och andras - Handbok för journalister*. Stockholm, 2006. s. 127.

²¹⁴ SOU 1956:25 s. 208.

²¹⁵ SOU 1990:30 s. 465.

eller ämnesval är i sammanhanget inte av betydelse.²¹⁶ Följaktligen är regeln tillämplig även på texter som rör ämnen utanför konstens område, så länge som syftet är vetenskapligt.²¹⁷ Återgivande får även ske i digital form. En viktig negativ avgränsning av undantagets tillämplighet utgörs av att framställningen inte får vara av *populärvetenskapligt* slag. Regeln infördes år 1993 i syfte att stärka konstnärens ställning.²¹⁸ Av intresse att notera är att man från AK:s sida övervägde en liknande reglering, men avstod. AK uttalade att upphovsmannen med en sådan begränsning skulle ges alltför långtgående möjlighet att begränsa användningen av egna verk i kritiska eller vetenskapliga framställningar.²¹⁹ Upphovsrättsutredningen framhöll emellertid å sin sida att denna risk inte skulle överdrivas och att ett sådant agerande från upphovsmannen också i vissa fall kunde anses motiverat av ideellrättsliga skäl.²²⁰ Exakt var gränsen mellan vetenskap och populärvetenskap går är naturligtvis svårt att avgöra. I förarbetena har framhållits att parterna på marknaden i allmänhet måste anses kapabla att göra den nödvändiga åtskillnaden.²²¹ Behovet av att göra distinktionen mellan vetenskapliga och populärvetenskapliga verk minskas delvis av att den vetenskapliga framställningen ifråga efter införlivandet av Infosocdirektivet inte får vara gjord i *förvärvssyfte*.²²² En artikel i en populärvetenskaplig tidskrift har, till skillnad från exempelvis en doktorsavhandling, i allmänhet någon slags vinstsyfte.

Åtskillnaden mellan vetenskap och populärvetenskap kan naturligtvis ändå bli nödvändig att göra. Exempelvis kan man tänka sig en situation där en amatörvetenskapsman, utan något förvärvssyfte, publicerar en omfattande undersökning på Internet och illustrerar denna med fotografier eller konstverk. I Infosocdirektivet anges att medlemsstaterna får föreskriva om undantag i upphovsrätten till förmån för vetenskaplig *forskning*.²²³ Med detta menas såvitt jag förstår vetenskapligt arbete som bedrivs i någorlunda organiserad form. Detta i kombination med att verket måste uppnå

²¹⁶ Prop. 1992/93:214 s. 116. jfr Olsson, H, *Upphovsrättslagen, en kommentar*, 2006 s. 202. samt Olsson, H, *Copyright*, 2006, s. 239. När det i förarbetena talas om att verket måste hålla en viss vetenskaplig nivå åsyftas med all säkerhet den nedan nämnda distinktionen mot populärvetenskapliga arbeten. En vetenskaplig avhandling som sådan måste sålunda anses hålla en tillräcklig vetenskaplig nivå, oavsett dess kvalitet.

²¹⁷ AK anger som exempel att det i historiska arbeten bör vara tillåtet att återge situationsbilder eller propagandaverk. SOU 1956:25 s. 202.

²¹⁸ Prop. 1992/93:214 s. 96.

²¹⁹ SOU 1956:25 s. 203. Istället infördes en tvångslicensbestämmelse där upphovsmannen ägde rätt till ersättning om mer än ett av dennes verk återgavs i en populärvetenskaplig framställning. För fotografier infördes en regel om att ersättning skulle utgå redan vid användandet av ett enstaka fotografi i en populärvetenskaplig framställning. Departementschefen framhöll att fotografier användes som illustrationer under helt andra förutsättningar än konstverk. Se Prop. 1960:17 s. 336.

²²⁰ SOU 1990:30 s. 469.

²²¹ A.a. s. 467.

²²² Parlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG art 5.3a. I p. 42 i preambeln till Infosocdirektivet anges att det är den aktuella verksamhetens natur som skall vara avgörande vid bedömningen av om det rör sig om förvärvsverksamhet. Organisationsstruktur eller finansiering av inrättningen där framställningen producerats är därvid inte av vikt.

²²³ Parlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG art 5.3 a.

verks höjd skulle i flertalet fall utesluta amatörforskning.²²⁴ Frågan är inte avgjord i svensk och europeisk praxis.

23 § 1 st. 2 p URL ger en rätt att återge konstverk i anslutning till texten i en kritisk framställning dock ej i digital form. Framställningen får emellertid till skillnad från vad som är fallet med en vetenskaplig framställning ha framställts i förvärvssyfte. Klart är emellertid att återgivningen inte får ske på ett sådant sätt att användaren drar otillbörlig ekonomisk vinning av, och åker snålskjuts på, upphovsmannens kreativa skapande. Typiska fall där bestämmelsen är tillämplig är när en konstrecension eller biografisk artikel om en konstnär illustreras med utvalda konstverk. Som nämnts ovan stod detta undantag tidigare i samma mening som undantaget rörande vetenskapliga framställningar. Regeln bröts emellertid ut till en egen bestämmelse vid införlivandet av Infosocdirektivet år 2005. I samband med införlivandet diskuterades också om undantaget överhuvudtaget kunde och borde kvarstå. Anledningen var att Infosocdirektivet inte innehöll något särskilt undantag gällande kritiska framställningar. Regeln kom dock att behållas. Intressant att notera är att detta beslut motiverades utifrån regeln betydelse för debatt- och informationsfrihetsintressena.²²⁵ Detta kan möjligtvis ses som en utvidgning av AK:s uttalande om att regeln främsta syfte var att tjäna den kulturella debatten.²²⁶

Liksom i fallet med återgivning i vetenskaplig framställning, måste återgivandet i en kritisk framställning ske i anslutning till en text och tjäna som belysning av denna. Detta illustreras av en dom från Svea hovrätt år 1965. Tidskriften *Industria* hade utan tillstånd publicerat ett antal bilder ritade av aktiva tecknare. Syftet var att visa att dessa lånade idéer av varandra. Hovrätten konstaterade att teckningarna snarare än texten var det väsentliga i framställningen och att användningen därför inte var tillåten.²²⁷ Uttrycket *kritisk* måste, anser jag, trots att det inte specifikt nämns i förarbetena, tolkas relativt brett. Det viktiga bör vara att fotografiet eller konstverket ifråga kommenteras och diskuteras inom ramen för en text. Om detta sker i berömmande, beskrivande eller kritiserande ordalag kan då inte förväntas spela någon roll.²²⁸ En intressant fråga i sammanhanget är om konstverket eller den fotografiska bilden, alternativt dess upphovsman,

²²⁴ En ytterligare fråga i detta, som inte heller berörts i praxis, är hur fristående forskningsinstitut och tankesmedjor skall bedömas i detta sammanhang.

²²⁵ Ds 2003:35 s. 247 samt Prop. 2004/05:110 s. 221.

²²⁶ SOU 1956:25 s. 208.

²²⁷ Svea Hovrätts dom 1965-06-29 (NIR 1966 s. 247).

²²⁸ Att notera är att Lunds tingsrätt i en dom år 2005 friade Bibliotekstjänst AB från upphovsrättsintrång efter att författaren till en bok hade fört talan mot företaget för att i samband med en recension av en bok utan tillåtelse ha återgett bilden på bokens omslag. Tingsrätten konstaterade att författaren och Bibliotekstjänst hade ingått ett avtal om att Bibliotekstjänst skulle recensera boken och framhöll att det fick anses visat att det fanns en väl etablerad branschpraxis att bokomslag utan ytterliggare ersättning fick publiceras i samband med recensioner. Tingsrättens hänvisade alltså inte till någon av inskränkningarna i 2 kap. URL utan till avtalsrättsliga principer. Lunds tingsrätts dom 2005-07-05 mål nr. 992-01. Eftersom branschvana skall vägas in även vid bedömningen av kravet på god sed i 23 § URL, kan domen möjligen tjäna som vägledning även inom ramen för detta undantag.

måste vara föremålet för den kritiska framställningen, eller om det räcker att verket ytterligare belyser textens kritiska budskap. I fallet med vetenskapliga framställningar kan konstverk och fotografier användas i framställningar även utanför konstvetenskapens område och AK framhöll också att bestämmelsen, som då gällde såväl vetenskapliga som kritiska framställningar, kunde vara tillämplig även på framställningar på andra områden.²²⁹ Vad som skulle tala emot en sådan tillämpning även vad gäller kritiska framställningar idag, är tillkomsten av den ovan nämnda begränsningen i fråga om rätten att återge konstverk i populärvetenskapliga framställningar. Åtskilliga populärvetenskapliga framställningar kan sägas ha en kritisk vinkel utan att för den skull vara konst- eller fotokritiska. Om konstverk eller fotografier fritt kunde användas så länge som de på något sätt belyste texten, skulle förbudet mot fri återgivning i populärvetenskapliga framställningar till stor del undergrävas.²³⁰ Uttalandet i prop. 2004/05:110 angående den betydelse som ett undantag för kritiska framställningar har för debatt- och informationsfrihetsintressena, skulle emellertid kunna öppna för återgivning även i andra fall. Ett sådant fall skulle kunna vara biografier över kända personer. Ett annat tänkbart fall, som mer direkt skulle ställa yttrandefrihet mot upphovsrätt, är då ett fotografi används som avgörande bevis för en ståndpunkt i exempelvis en samhällskritisk artikel. Fotografiet utgör då inte föremålet för kritiken utan tjänar istället som illustration för det fenomen som kritiseras. Denna fråga har emellertid inte avgjorts i praxis.

Enligt 23 § 1 st. p.3 URL får konstverk återges i tidning eller en tidskrift i samband med redogörelse för en dagshändelse. Konstverket får emellertid inte ha skapats för att återges i en sådan publikation. Den sistnämnda regleringen har tillkommit främst i syfte att skydda karikatyrtecknare som regelbundet arbetar för tidningar. Syftet bakom inskränkningen i punkten tre skiljer sig delvis från de två övriga inskränkningarna i 23 §. Medan reglerna om återgivning i vetenskapliga och kritiska framställningar tillkommit främst i syfte i att främja den kulturella och vetenskapliga debatten, har inskränkningen i tredje punkten framförallt syftat till att främja informationsfriheten.²³¹ Inskränkningen kan därför i mångt och mycket sägas vara en direkt avvägning mellan upphovsrätts- och yttrandefrihetsintressen.

Med *tidning eller tidskrift* avses periodiska publikationer. Även om terminologin här ligger nära TF:s, så har det i förarbetena framhållits att de formella krav som i TF ställs på en periodisk skrift, inte behöver vara

²²⁹ SOU 1956:25 s. 202. Se även Olsson, H, *Upphovsrättslagen en kommentar*, 2006 s. 205. Olsson är av uppfattningen att framställningen kan avse ”vad ämne som helst”.

²³⁰ Att notera är att tidskriften i fråga i vilket fall inte skulle kunna använda den i sin nätupplaga, detta eftersom digital återgivning inte är tillåten i samband med återgivande i kritisk framställning.

²³¹ SOU 1956:25 s. 208 ”Den nu föreslagna regeln bygger på det offentliga intresset, att pressen erhåller fri tillgång att sprida information om aktuella händelser”. För en diskussion angående om syftet bakom inskränkningen vad gäller kritisk framställning se s. 44 ff.

uppfyllda för att tredje punkten skall vara tillämplig.²³² Frågan om återgivningen kan ske även i digital form, exempelvis genom att en tidning i sin nätupplaga publicerar samma bild som i pappersversionen, diskuterades i samband med implementeringen av Infosocdirektivet. Departementschefen konstaterade att någon entydig begränsning inte fanns i direktivet och att frågan fick avgöras i praxis.²³³ Klart är emellertid att en eventuell Internetpublicering också är beroende av vad som skall förstås med "tidning eller tidskrift". En privatperson som ger ut ett nyhetsbrev kan troligen inte åberopa undantaget i tredje punkten, eftersom nyhetsbrevet inte uppfyller kravet på "tidning eller tidskrift". Detta gäller även informationsdatabaser som inte utkommer med den periodicitet som utmärker tidningar och tidskrifter.²³⁴

Möjligheten att återge bilder i digital form är också avhängig definitionen av *dagshändelse*. I större tidningars nätupplagor ligger ofta artiklar kvar långt efter det att de har publicerats i pappersupplagan. Om en dagshändelse skall ses som en i tiden begränsad företeelse, minskar detta möjligheten att i dessa fall ta med bilder som använts med stöd av inskränkningen i 23 § 1 st. 3 p. URL. Uttrycket härrör ytterst från artikel 10*bis* BK. I samband med Infosocdirektivets införlivande uttalades att med dagshändelse menas en *aktuell* händelse och att uttrycket skall ha samma innebörd som uttrycket "nyhetsrapportering" i Infosocdirektivet.²³⁵

En fråga som varit föremål för viss kontrovers är vilken koppling som måste finnas mellan det använda konstverket och dagshändelsen. AK uttalade att regeln borde gälla endast för dagshändelser på konstens område.²³⁶ Första Lagutskottet menade emellertid att en sådan inskränkning skulle vara alltför snäv och den kom heller inte att införas.²³⁷ I samband med att kravet på god sed infördes uttalade departementschefen att detta bl.a. skulle förstås så att det måste finnas en koppling mellan konstverket och dagshändelsen ifråga.²³⁸ Frågan är då om detta innebär att dagshändelsen också måste röra konstens område. Olsson är av åsikten att detta inte är fallet. Ett krigsreportage, skulle således kunna illustreras med konstverk som skildrar krig.²³⁹ Möjligheten att använda fotografier på samma sätt måste förmodligen ses som mer begränsad. Det skulle knappast kunna anses vara god sed om tidningar återkommande använde andra upphovsrättshavares fotografier i syfte att illustrera dagshändelser, även om det förelåg ett nära

²³² Ds 2003:35 s. 243 Se även Olsson, som är av åsikten att tidning eller tidskrift skall "i princip vara en periodisk skrift i tryckfrihetsförordningens mening", men att de olika syftena bakom URL och TF gör att begreppet "tidning eller tidskrift" i 23 § URL eventuellt skall tolkas bredare än tryckfrihetsförordningens "periodisk skrift". Exempelvis skulle det enligt Olsson eventuellt gå att åberopa 23 § 1 st. 3 p, URL även om skriften inte är tryckt eller saknar utgivningsplan. Se Olsson, H, *Upphovsrättslagen - en kommentar*, 2006 s. 205.

²³³ Prop. 2004/2005:110 s. 224.

²³⁴ Olsson, H, *Copyright*, 2006 s. 241.

²³⁵ Prop. 2004/05:110 s. 223.

²³⁶ SOU 1956:25 s. 208.

²³⁷ LIU 1960:41 s. 55.

²³⁸ Prop. 1992/93:214 s 97.

²³⁹ Olsson, H, *Copyright* 2006 s. 242.

samband mellan fotografiet och händelsen.²⁴⁰ Ett återgivande av ett fotografi skulle dock kunna anses tillåtet i fall där fotografiet också är själva föremålet för nyheten. Frågan om den mer generella möjligheten att använda fotografier i syfte att illustrera en viktig dagshändelse har emellertid inte prövats i domstol. I och med att 49 a § hänvisar till 23 § URL i sin helhet, finns en teoretisk möjlighet till detta. Eftersom undantaget motiverats utifrån dess betydelse för informationsfriheten, skulle det vidare kunna hävdas att informationsfrihetsskäl vid en exceptionell dagshändelse skulle kunna vägas in i bedömningen. Några sådana möjligheter har emellertid inte framförts i förarbeten och eftersom frågan inte heller avgjorts i praxis, får rättsläget sägas vara oklart.²⁴¹

Sammanfattningsvis kan sägas att återgivningsrätten innehåller fler rekvisit än citaträtten vad gäller det bakomliggande syftet och sättet som återgivningen sker på. Undantagen i 23 § URL är också svårare att tillämpa på privatpersoner, särskilt i samband med Internetanvändning. Detta eftersom återgivningsrätten i så hög grad reglerar institutioners, såsom forskningsinrättningars och tidningars, förfarande. Vanan att på bloggar använda bilder eller fotografier för att illustrera ett inlägg skulle exempelvis bli svår att försvara med stöd av bestämmelserna i 23 § URL. Den absoluta majoriteten av bloggar kan inte räknas som vetenskapliga framställningar och eftersom återgivning i kritisk framställning inte får ske i digital form, kommer inte heller andra punkten ifråga. Dagshändelseundantaget är troligen inte heller tillämpligt eftersom bloggen inte är att se som en tidning eller tidskrift. Det nyss sagda gäller troligtvis även för elektroniska uppslagsverk på Internet. Dessa är i allmänhet populärvetenskapliga till sin natur och kan i flertalet fall inte heller ses som tidningar eller tidskrifter.

5.3.2 Amerikansk rätt

Möjligheten att återge upphovsrättsskyddade bilder, konstverk eller fotografier faller i amerikansk rätt in under bestämmelserna om *fair use* (§ 107, *Copyright Act*). Som nämnts under 5.1 görs bedömningen av *fair use* efter en helhetsbedömning, vilken sker på grundval av fyra bedömningsgrunder.²⁴² De typer av återgivande som i preamblen till § 107

²⁴⁰ Om fotografiet tagits i syfte att användas i en tidning, eller tidskrift får det inte heller av detta skäl återges i samband med redogörelse för en dagshändelse.

²⁴¹ I ett tingsrättsavgörande dömdes visserligen Aftonbladet av Stockholms tingsrätt för upphovsrättsintrång efter att, utan tillåtelse, ha publicerat fotografier från det bankrån som ledde fram till polismorden i Malexander år 1999. Fotografierna hade sålts av en privatperson till Östgöta Correspondenten och hade använts av Aftonbladet utan Östgöta Correspondentens tillåtelse. Dagshändelseundantaget togs inte upp och målet är knappast signifikativt för frågan. Även om händelserna i Malexander kan sägas ha haft ett extremt högt nyhetsvärde, fanns det aldrig någon risk för att allmänheten inte skulle få tillgång till dem. Det var bara en fråga om vilken tidning som skulle publicera dem först. Informationsfrihetsintresset kan därför inte sägas ha stärkts av Aftonbladets agerande. Se Stockholms tingsrätts dom 2000-05-29 mål. nr B.- 3964-00.

²⁴² Bedömningsgrunderna är icke-exklusiva, men som nämnts ovan har amerikanska domstolar generellt sett visat sig ovilliga att tillföra några egna bedömningsgrunder.

anges som särskilt skyddsvärda överensstämmer till stor del med dem som täcks av 23 § URL. Återgivning av bilder eller fotografier i samband med kritik, kommentarer, nyhetsrapportering och vetenskapligt arbete och forskning faller sålunda inom ramen för bägge bestämmelserna.

Bedömningen av om första punkten, ”purpose and character of the use”, skall anses utfalla till användarens fördel följer i stort samma linje som vid användande av citat eller textmaterial.²⁴³ Det viktiga är att användningen är ”transformative”, dvs. att den skänker en ny mening eller innebörd åt originalverket. Vanligen sker detta genom att bilden eller fotografiet kommenteras i text. Detta är emellertid inte alltid nödvändigt. I *Blanch v. Koons* slog *Second Circuit Court* fast att användandet av delar av ett reklamfotografi i ett collage, vilket hade som syfte att kommentera reklambranschen, utgjorde ett ”nästan perfekt” exempel på vad som avsågs med ”transformative use”.²⁴⁴ Som tidigare nämnts har amerikanska domstolar varit förhållandevis pragmatiska när det gäller vad som skall utgöra en kritisk eller vetenskaplig framställning har. Således har relativt varierande former av biografier ansetts utgöra kritiska och/eller vetenskapliga framställningar.²⁴⁵ Ett belysande exempel på rätten att i en biografi återge bilder är *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd*, vilket gällde en biografi över rockgruppen Greatful Dead.²⁴⁶ I biografien hade förlaget Dorling Kindersley inkluderat flera av bandets turnéaffischer, vilka ägdes av Bill Graham Archives. *Second Circuit Court* uttalade att även biografier över rockband kunde ses som historisk forskning eller kritik. Vidare framhöll domstolen att affischerna tjänade ett syfte i biografien antingen genom att de belyste något som sagts i texten eller genom att de gav viktiga historiska detaljer. Användningen var därför att se som ”transformative” och första punkten ansågs tala för *fair use*. En del av bedömningen enligt första punkten rör frågan om verket har använts i kommersiellt syfte eller inte. Som *Supreme Court* konstaterade i *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc* så har emellertid även återgivning i samband med kritik eller nyhetsrapportering ofta ett vinstsyfte.²⁴⁷ Så länge som användningen har varit transformative, har ett eventuellt vinstsyfte därför i allmänhet inte ansetts tala mot svaranden.

Eftersom de flesta konstverk eller bilder innehåller en hög grad av kreativitet, kan punkt två i allmänhet sägas utfalla till upphovsrättshavarens

²⁴³ Se 5.2.2 ovan.

²⁴⁴ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006) s. 253.

²⁴⁵ Se bl.a. *Salinger v. Random House, Inc.* s. 96 ”Hamilton’s book fits comfortably within several of the statutory categories of uses illustrative of uses that can be fair. The book may be considered , ‘criticism’, ‘scholarship,’ and ‘research’”.

²⁴⁶ *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd* 448 F.3d 605 (2nd Cir. 2006).

²⁴⁷ ”If, indeed, commerciality carried presumptive force against a finding of fairness, the presumption would swallow nearly all of the illustrative uses listed in the preamble paragraph of § 107, including news reporting, comment, criticism, teaching, scholarship, and research, since these activities ‘are generally conducted for profit in this country’”.
Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.

fördel.²⁴⁸ Vad gäller fotografier har dessa ibland, som i det ovan nämnda *Blanch v. Koons*, setts som kreativa verk. I andra fall, där fotot i fråga varit relativt enkelt i sin utformning, har punkt två inte ansetts tala vare sig mot eller för *fair use*.²⁴⁹

Bedömningen av punkten tre blir vad gäller bilder och fotografier något speciell. Vanligen ses ett fullständigt återgivande av ett verk som starkt talande mot *fair use*.²⁵⁰ Till skillnad från vad som är fallet med en text så är emellertid återgivandet av ett konstverk eller ett foto ofta en fråga om ”antingen eller”.²⁵¹ Syftet med att återge en målning eller ett foto skulle många gånger förfelas om inte hela verket återgavs. Amerikanska domstolar har valt att, när det gäller konstverk, bilder och fotografier, hantera punkten tre så att den inte ansetts tala mot *fair use* så länge som användningen inte gått utanför vad som varit nödvändigt för att uppnå syftet med återgivandet.²⁵² I vissa fall har även storleken eller kvaliteten på återgivningen ansetts ha betydelse. Sålunda uttalade *Second Circuit Court* i det ovan nämnda *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* att affischerna i fråga visserligen återgivits i sin helhet, men i så litet format att dess framtoning var liten. Punkten tre ansågs därför inte tala mot *fair use*.

Den fjärde punkten granskas utifrån samma måttstockar som nämnts i 5.2.²⁵³ Att notera är emellertid att det för bilder och fotografier till skillnad från för citat, ofta finns en etablerad licensmarknad. Allt användande av ett fotografi eller en bild utan upphovsrättshavarens tillstånd skulle därför kunna hävdas inverka på dennes potentiella marknad. I *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* hade upphovsrättshavaren visat på förekomsten av en omfattande licensmarknad för de aktuella affischerna och menade att svaranden, likt övriga kunder, borde ha bett om tillstånd för att få använda dem. Domstolen framhöll emellertid att en upphovsrättshavare inte kan förhindra användning enligt *fair use* genom att utveckla en allomfattande licensmarknad och att användningen av affischerna i en biografi låg utanför affischernas ”traditionella, rimliga eller troliga”

²⁴⁸ Se exempelvis *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* s. 612. Så har exempelvis så pass beskrivande fotografier som kartfotografier tagna från flygplan setts som kreativa. Se *Images Audio Visual Productions, Inc. v. Perini Bldg. C, Inc F.Supp.2d 1075 (E.D.Mich. 2000)* s. 1084.

²⁴⁹ Se bl.a. *Blanch v. Koons*.

²⁵⁰ Se exempelvis *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc* 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000) s. 1118: ”While ‘wholesale copying does not preclude fair use per se, copying an entire work ‘militates against a finding of fair use’” (domstolen citerade här ur *Hustler Magazine Inc. v. Moral Majority Inc.*, 796 F.2d 1148 (9th Cir 1986).

²⁵¹ Användningen i det ovan nämnda *Blanch v. Koons* utgör härvid ett undantag.

²⁵² *Kelly v. Arriba Soft. Corp.*

²⁵³ Se *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Pub. Group, Inc.* 150 F.3d 132 (2nd Cir.1998) s. 145 ”In considering the fourth factor, our concern is not whether the secondary use suppresses or even destroys the market for the original work or its potential derivatives, but whether the secondary use *usurps or substitutes for the market of the original work*” Vid bedömningen av vad som utgör marknaden för originalverket har *Supreme Court* i *Campbell v. Acuff-Rose Inc.* uttalat att ”The market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop” Mina kursiveringar.

marknad. I allmänhet måste emellertid förekomsten av en licensmarknad för ett fotografi anses tala mot *fair use*. Frånvaron av en etablerad licensmarknad för fotot ifråga var således ett viktigt skäl för att domstolen i *Blanch v. Koons* inte ansåg att svarandens potentiella marknad var hotad.²⁵⁴

Möjligheten för tidningar att i samband med nyhetsrapportering återge fotografier eller konstverk har berörts relativt sparsamt i amerikansk rätt. I *Nuñez v. Caribbean International News Corp.* ansåg emellertid *First Circuit Court* att återgivningen av ett fotografi på en tidnings första sida var *fair use*.²⁵⁵ Detta gjorde man trots att fotografiet ifråga använts utan tillstånd. Omständigheterna i fallet var emellertid relativt speciella och domstolens resonemang förtjänar att utvecklas. Fotografen Sixto Nuñez hade tagit ett flertal fotografier av den blivande Miss Puerto Rico Joyce Giraud, i syfte att använda dem i en modellkatalog. På grund av en av bildernas utmanande natur uppstod en diskussion kring Girauds lämplighet att företräda Puerto Rico. Den lokala tidningen *El Vocero* publicerade i samband med detta en artikel om kontroversen och illustrerade denna med det omdiskuterade fotografiet. *First Circuit Court* konstaterade inledningsvis att återgivningen inte kunde ses som *fair use* endast på den grunden att fotografiet användes i ett nyhetssammanhang. Detta skulle ha inneburit ett erkännande av en praktiskt taget fri återgivningsrätt av fotografier i samband med nyhetsrapportering. I det aktuella fallet hade emellertid *El Vocero* inte på något sätt försökt ”skapa” en nyhet i syfte att kunna publicera bilden. Istället utgjorde fotografiet i sig själva nyheten. Detta i kombination bl.a. med att fotografiet kommenterats utförligt, gjorde att användandet bedömdes som ”transformative” och att första punkten talade för *fair use*. Andra viktiga omständigheter var att *El Vocero* ansågs vara i god tro, samt att man vid publiceringen av fotografiet angivit Nuñez som fotograf.²⁵⁶ Vad gällde den fjärde punkten pekade domstolen på att den potentiella marknaden för ett fotografi naturligtvis inkluderar försäljning till tidningar. Domstolen tog dock fasta på att bilderna inte hade sålts, utan istället främst hade använts gratis i modellkataloger. Skadan av att en dålig kopia dök upp i *El Vocero* ansågs därför liten. Domstolen konstaterade vidare att den potentiella marknad som utgörs av att ett fotografi blir föremål för nationell debatt, normalt sett måste vara i princip icke-existerande.

Även återgivande av bilder och fotografier på Internet har fått begränsad uppmärksamhet i amerikansk praxis. Ett i sammanhanget intressant rättsfall är emellertid *Kelly v. Arriba Soft Corp.*²⁵⁷ Företaget Arriba Software hade till sin sökmotor kopplat en funktion där sökresultat visades genom små bilder. Företaget hade kopierat ett antal av konstnären Leslie Kellys målningar och en sökning på Kelly resulterade i att användaren fick upp så kallade *thumbnails*, digitala miniatyrbilder, av Kellys målningar. Dessa

²⁵⁴ *Blanch v. Koons* s. 249.

²⁵⁵ *Nuñez v. Caribbean Int'l. News Corp.*

²⁵⁶ Även om ideella rättigheter inte i allmänhet ses som en del av den amerikanska upphovsrätten så är angivandet av upphovsrättsinnehavren i allmänhet något som anses tala till användarens fördel under punkten ett.

²⁵⁷ *Kelly v. Arriba Soft Corp* 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

ledde sedan vidare till Kellys hemsida. *Ninth Circuit Court* framhöll att användandet var ”transformative”. Syftet med sökmotorn var att underlätta letandet efter konstverk på Internet och inte att visa Kellys målningar. Att Arriba återgav bilderna i sin helhet var förenligt med syftet och den tredje punkten ansågs därför inte tala till Arribas nackdel. En viktig faktor vid bedömningen av om den fjärde bedömningspunkten skulle tillfalla svaranden eller käranden var att *thumbnail*-bilderna inte ansågs vara fullgoda ersättningar för bilderna på Kellys egen hemsida. Dessa var små och av dålig kvalitet och den som önskade njuta av Kellys bilder fick istället gå vidare till dennes hemsida.

Fair use av bilder och fotografier har endast i ett fåtal fall behandlats i amerikansk överrätt. De allmänna bedömningsgrunderna gällande *fair use* får dock antas vara tillämpliga även vid användning av bilder eller fotografier. En omständighet som gör bedömningen något speciell är emellertid att återgivning av bilder och fotografier ofta görs i sin helhet. Detta påverkar bedömningen av punkten tre, men framförallt av punkten fyra. När ett verk återges i sin helhet ökar risken för att användandet skall påverka upphovsrättshavarens potentiella marknad och fungera som en ersättning för originalprodukten. När den fjärde punkten inte ansetts tala mot *fair use*, har detta berott på att användningen ligger utanför produktens ”traditionella” marknad²⁵⁸, eller att återgivandet på grund av bristande kvalitet inte kan anses ersätta originalverket.²⁵⁹

5.3.3 Jämförelse

Möjligheten att återge upphovsrättsskyddade konstverk, bilder och fotografier fyller delvis olika syften i svensk och amerikansk rätt. De svenska bestämmelserna har nästan uteslutande motiverats utifrån debattintresset. Motiven bakom återgivningsrätten är emellertid inte enhetliga. Medan rätten att återge konstverk i en vetenskaplig eller kritisk framställning ansetts tjäna främst det kulturella debattintresset, har undantaget vad gäller dagshändelser snarare motiverats utifrån dess betydelse för det allmänna informationsfrihetsintresset. Vidare har återgivningsrätten i samband med implementeringen av EG-direktiv tillförts element av europeisk lagstiftning och rättstradition. Bestämmelsen om *fair use* har å andra sidan motiverats främst utifrån dess betydelse för skapandet av nya verk, även om den också ansetts ha en viktig betydelse för möjligheten att använda verk i samband med kommentar, kritik, utbildning och vetenskaplig forskning. Syftena bakom regleringen är detsamma oavsett vilken sorts återgivning det gäller.

På grund av dess mer solida rättspolitiska grund går det, vid bedömningen av *fair use*, att använda i princip samma metod oavsett om det rör sig om ett återgivande i en kritisk, vetenskaplig eller rapporterande framställning.

²⁵⁸ *Blanch v. Koons* och *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* s. 614.

²⁵⁹ *Kelly v. Arriba Soft. Corp.* at 821 f.

Vägledning kan också tas i avgöranden i rättsfall som gällt exempelvis citat. Den svenska återgivningsrätten laborerar däremot med flera olika kategorier av återgivning. För återgivning i en vetenskaplig framställning gäller delvis andra regler än för återgivning i en kritisk framställning och detsamma gäller återgivande i samband med en dagshändelse. Möjligheten att göra en fri bedömning av användning i fråga är vidare mindre i svensk rätt än i amerikansk. Kravet på att en vetenskaplig framställning inte får ha framställts i vinstsyfte är exempelvis ovillkorligt i svensk rätt, medan det i amerikansk rätt utgör endast en av flera bedömningsfaktorer. Detsamma gäller förbudet mot att digitalt återge konstverk i kritiska framställningar. Det ovan sagda kan emellertid också sägas leda till att de svenska reglerna är mer förutsebara och kanske också mer lättillämpade än de amerikanska.

De praktiska skillnaderna vad gäller möjligheten att återge konstverk och fotografier förefaller emellertid vara relativt liten. I båda rättssystemen är kravet på att verket skall vara föremål för någon slags bearbetning ett centralt krav. De typer av användning som skyddas är vidare snarlika i båda systemen och en gemensam grundtanke är att användningen inte skall gå utöver vad som är nödvändigt. En skillnad utgörs självfallet av att bedömningen i amerikansk rätt till stor del koncentreras till bedömningen av vilken ekonomisk skada som kan komma att drabba upphovsrättshavaren. Detta kan verka både till dennes fördel och till dennes nackdel. Å ena sidan kan en relativt omfattande återgivningsrätt av verk tillåtas så länge som ingen ekonomisk risk för upphovsrättshavaren kan konstateras. Å andra sidan kan ett relativt sparsamt återgivande i andra fall bedömas som otillåtet om skadorna på upphovsrättshavarens potentiella marknad bedöms som stora. Med den blandning av ideella och ekonomiska rättigheter som en upphovsrättshavare i Sverige besitter, är denne inte på samma sätt tvingad att visa på någon faktisk eller potentiell skada. Bedömningen baseras i stället huvudsakligen på användarens handlingssätt.

Bristen på såväl amerikansk som svensk praxis på området gör det svårt att jämföra mer exakt hur stort utrymmet att återge upphovsrättsskyddade konstverk, bilder och fotografier är i respektive land. En intressant fråga är hur det ovan nämnda svenska hovrättsavgörandet rörande tidskriften *Industria*, skulle ha handlagts enligt amerikanskt rätt.²⁶⁰ Å ena sidan är det möjligt att en amerikansk domstol hade sett användandet som ”transformative”, eftersom syftet var att kritisera. *Fair use* ställer inte heller, till skillnad från svensk rätt, upp något krav på att bilden ifråga måste användas i anslutningen till en text.²⁶¹ Å andra sidan återgavs bilderna i sin helhet och skulle eventuellt kunna sägas utgöra en fara för upphovsmännens originalmarknad vilket skulle tala mot *fair use*. Om det amerikanska rättsfallet *Kelly v. Arriba Soft. Corp* hade bedömts enligt svensk rätt, kan man inledningsvis konstatera att förfarandet inte faller in under någon av de tre punkterna i 23 § URL. Återgivningen hade inte gjorts i någon vetenskaplig eller kritisk framställning och det rörde sig inte heller om någon dagshändelse. Ingen av de övriga inskränkningarna i 2 kap. URL tar

²⁶⁰ Svea hovrätts dom 1965-06-29 (NIR 1966 s. 247).

²⁶¹ Se bl.a. *Blanch v. Koons*

heller sikte på thumbnails. Detta visar också på *fair use*-bestämmelsens elasticitet jämförd med den mer preciserade uppräkningsen i 2 kap. URL; även om thumbnails är ett nytt fenomen så går § 107 likväl att tillämpa. Vad gäller *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* är det svårt att spekulera i hur detta skulle ha avgjorts i en svensk domstol. Det skulle kunna ses som en kritisk framställning på kulturområdet. De centrala frågorna skulle troligen ha blivit om det ansågs föreligga en tillräcklig koppling mellan affischerna och biografien, samt om affischerna kommenterades i tillräcklig utsträckning. Vidare hade 23 § 2 st. URL satt upp en begränsning för antalet verk som skulle kunna återges. Vad som hade hänt med *Núñez v. Caribbean International News Corp.* är det ännu svårare att spekulera i. Varken i förarbeten eller i praxis har möjligheten att återge fotografier i samband med en dagshändelse berörts och utgången i ett sådant mål hade, såvitt jag förstår, det varit öppen.

5.4 Reportagerätten och möjligheten att återge konstverk i film, TV och på bild

Reportagerätten reglerar rätten att i samband med information om en dagshändelse i etermedier, återge verk som syns eller hörs i samband med dagshändelsen. En närbesläktad reglering utgörs av möjligheten att återge konstverk som förekommer i bakgrunden eller intar en undanskymd roll i ett TV-program eller en bild.

5.4.1 Svensk rätt

Enligt 25 § URL får verk som syns eller hörs i samband med information om en dagshändelse återges i sådan omfattning som motiveras av informationssyftet. Bestämmelsen har sin grund i att det ofta är svårt att hinna klarera rättigheterna till verk som förekommer i ett nyhetsreportage. Till skillnad från vad som gäller för citat och återgivning av konstverk i enlighet med 23 § URL, behöver verket i fråga inte vara offentliggjort.

Vad gäller uttrycket *dagshändelse* i 25 § URL, uttalades i samband med implementeringen av Infosocdirektivet att detta skall förstås på samma sätt som i 23 § 1 st. p. 3 URL och att begreppet skall anses liktydigt med det i direktivet förekommande ”nyhetsrapportering”.²⁶² Det finns dock en viktig praktisk skillnad i vilken betydelse uttrycket har i respektive paragraf. När en tidning återger ett konstverk enligt dagshändelseundantaget i 23 § URL, skall det finnas ett samband mellan verket och dagshändelsen. Ofta utgörs dagshändelsen också av själva verket. För återgivning enligt 25 § URL kan delvis det motsatta sägas gälla. Verket får här synas eller höras i samband med information om en dagshändelse. Dagshändelsen får dock inte utgöras

²⁶² Prop. 2004/05:110 s. 223 och 232.

av själva verket. Således är det inte tillåtet att återge en konsert med en känd artist med motiveringen att konserten är en dagshändelse. Gränsdragningen mellan när verket syns eller hörs respektive står i fokus för själva reportaget kan naturligtvis vara svår att göra. Frågan verkar emellertid än så länge inte ha vållat några större praktiska problem och har heller inte satt några avtryck i rättspraxis.

Återgivning av verk får enligt 25 § URL endast ske i den omfattning som motiveras av informationssyftet. Bestämmelsen tillät från början att korta avsnitt av verk fick återges, men ändrades efter att BK hade reviderats år 1971. Departementschefen framhöll emellertid i samband med översynen att informationssyftet sällan kunde motivera annat än att korta avsnitt återgavs.²⁶³

25 § URL gäller för återgivning av verk i ljudradio, television, genom direkt överföring och film, men inte för tidningar och tidskrifter. Departementschefen uttalade i samband med URL:s tillkomst att för dessa medier borde referaträtten och citaträtten vara tillräckliga.²⁶⁴ Med direkt överföring menas överföring via tråd, exempelvis från ett rum till ett annat. Återgivning i TV är tillåten inte bara i nyhetsprogram, utan även i olika former av reportageprogram. Om bestämmelsen är tillämplig på digital överföring, har inte berörts direkt i förarbetena. Möjligheten är inte direkt angiven i 25 § URL. Samtidigt påpekades i samband med implementeringen av Infosocdirektivet att *återgivning* omfattar ”alla former av tillgängliggörande av verket för allmänheten, oavsett om förfogandena görs i analog eller i digital form”.²⁶⁵

Att konstverk förekommer i film, TV-program eller på bild, kan vara tillåtet även om förfarandet inte faller in under 25 § URL. Enligt 20 a § får konstverk framställas, framföras offentligt och överföras till allmänheten om det är av underordnad betydelse med hänsyn till filmen eller TV-programmets innehåll. Samma förfoganden är tillåtna om konstverk förekommer i bakgrunden eller ingår som en oväsentlig del av en bild eller ett fotografi.²⁶⁶ Förutom konstverk är bestämmelsen, genom en hänvisning i 49 a § URL till 20 a § URL, tillämplig även på fotografier som inte uppnår verkshöjd. Bestämmelsen tillkom i samband med att Infosocdirektivet implementerades i svensk rätt.²⁶⁷ Eftersom regeln innefattar en rätt att överföra konstverket i fråga till allmänheten, torde den vara tillämplig även

²⁶³ Prop. 1973:15 s. 93.

²⁶⁴ Prop. 1960:17 s. 144.

²⁶⁵ Prop. 2004/05:110 s. 217.

²⁶⁶ Denna rätt fanns inte med i Ds 2003:35, utan tillkom i och med propositionen. Prop. 2004/2005:110 s. 280 f.

²⁶⁷ Innan detta hade konstverk som ingick i bakgrunden av en film eller ett fotografi inte gett upphov till någon exemplarframställning.²⁶⁷ Genom direktivet ändrades detta samtidigt som uttrycket *offentlig visning* i 20 § inskränktes till att endast innefatta verk som görs tillgängliga utan hjälp av tekniska hjälpmedel. Härmed försvann även möjligheten till indirekt visning av konstverk som återgavs i film eller TV och däri var av mindre betydelse. En ny inskränkingsregel ansågs därför nödvändig. Se Prop. 2004/05:110 s. 192 f.

på digital överföring samt TV-program som visas över Internet eller läggs ut exempelvis på Youtube.

För verk som syns i film eller TV gäller att det skall vara av *underordnad betydelse* med hänsyn till filmen eller TV-programmets innehåll. Här avses situationer då verket ingår som en obetydlig del och inte utgör objektet för filmen eller programmet. Således är bestämmelsen inte tillämplig när en tavla filmas i ett konstprogram i TV, eller på annat sätt används för att illustrera något i filmen eller programmet.²⁶⁸ För fotografier stadgas istället att dessa får *förekomma i bakgrunden av eller annars ingå som en oväsentlig del* av bilden. I förarbetena har uttalats att detta rekvisit träffar ett något lägre antal situationer än vad som är fallet när verk förekommer i film och TV-program.²⁶⁹

I 20 a § 2 st. URL anges att förlagan till verket måste omfattas av utgivning eller ha överlåtit av upphovsmannen. Till skillnad från 25 § URL finns med andra ord ett krav på att verket måste vara offentliggjort.

5.4.2 Amerikansk rätt

Reportagerätten för film och TV-program, liksom möjligheten att återge verk som figurerar i bakgrunden av en film, ett TV-program och eller en bild, regleras i amerikansk rätt i bestämmelsen om *fair use* i 17 U.S.C. § 107. Dessa situationer har figurerat relativt sparsamt i överrättspraxis. Vad gäller rätten att återge verk som förekommer i samband av nyhetsreportage, har jag inte funnit något fall från *Supreme Court* eller från någon appellationsdomstol som direkt behandlar frågan. Däremot har frågan om hur verk som ingår i bakgrunden till TV-program varit föremål för ett avgörande. Med ledning av dessa, och ett par distriktsdomstolsavgöranden, går det även att dra vissa slutsatser om möjligheterna att inkludera verk i nyhetsinslag.

I *Ringgold v. Black Entertainment Television*, slog *Second Circuit Court* fast att återgivningen av ett konstverk som förekom i bakgrunden till en TV-serie inte var att betrakta som *fair use*.²⁷⁰ Konstverket, som hade gjorts av Faith Ringgold, hade valts för att skapa en viss atmosfär till en scen i serien. Domstolen framhöll inledningsvis att användandet inte var att se som ”transformative”, eftersom det använts i dekorativt syfte, samma syfte som konstverket skapats för. Vidare konstaterade domstolen att syftet med användandet inte föll in under några av exemplen i ingressen till § 107. Domstolen fann visserligen att den tredje bedömningsgrunden, omfattningen av användningen, utföll till svarandens fördel, eftersom verket endast syntes under korta intervaller. Den fjärde bedömningsgrunden talade emellertid starkt mot att *fair use* förelåg eftersom ett ”unrestricted and widespread use” av förfarandet skulle kunna skada Ringgolds potentiella licensmarknad. Distriktsdomstolens dom om att *fair use* förelåg upphävdes.

²⁶⁸ Prop. 2004/05:110 s. 392.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.* 126 F.3d 70, 75 (2d Cir. 1997).

De viktigaste faktorerna vid domstolens bedömning synes ha varit att användandet inte var ”transformative”, inte rörde något av de typiska exemplen på *fair use* som nämns i preambeln till § 107 och att förfarandet sett ur ett större perspektiv hotade Ringgolds licensmarknad. Att notera är att verket valts ut specifikt för att skänka stämning åt scenen. En skillnad föreligger därför troligen mot när verk förekommer mer slumpmässigt i bakgrunden till en TV-framställning.²⁷¹

Vad gäller verk som förekommer i samband med nyhetsinslag är situationen ofta annorlunda än vad som var fallet i *Ringgold v. Black Entertainment Television*. För det första är nyhetsrapportering ett av de typiska exempel på *fair use* som nämns i ingressen till § 107, vilket kan påverka värderingen av den första bedömningspunkten. Vidare förekommer verk vid nyhetsreportage ofta slumpmässigt, vilket gör att återgivningen i högre utsträckning kan ses som ”transformative”. Det sagda illustreras av distriktsdomstolsavgörandet *Italian Book Corp. v. American Broadcasting Co.* där ett musikstycke som förekom under ett nyhetsinslag om en parad, förklarades vara *fair use*.²⁷² Om verk avsiktligt tas med i nyhetssändningar minskar möjligheterna till *fair use*, eftersom återgivningen i mindre utsträckning kan komma att ses som ”transformative” och i högre utsträckning påverka upphovsmannens potentiella marknad. I det nyligen avgjorda *Fitzgerald v. CBS Broadcasting, Inc.*, slog distriktsdomstolen för Massachusetts fast att återgivningen av ett nyhetsfotografi i ett nyhetsinslag inte var *fair use*.²⁷³ Fotografiet förekom inte av en slump, utan hade valts ut för att vara med i programmet. Användningen var därför inte ”transformative”. Domstolen konstaterade vidare att återgivning i nyhetsinslag var en viktig licensmarknad för nyhetsfotografier.

5.4.3 Jämförelse

Reportagerättens omfattning uppvisar stora likheter i svensk och amerikansk rätt. Det centrala i båda länders lagstiftning är att verk får förekomma endast i den omfattning som betingas av informationssyftet. Även om detta är mer tydligt uttryckt i svensk lag så är andemeningen i amerikansk rätt i stort sätt densamma. Vidare kan bestämmelsen i 25 § URL om att verket skall förekomma och inte vara det huvudsakliga i reportaget, urskiljas även, *Fitzgerald v. CBS Broadcasting Inc.* och *Italian Book Corp. v. American Broadcasting Co.* I enlighet med vad som har sagts i 5.2 och 5.3 ovan torde *fair use*-bestämmelsen vara mer flexibel även i bedömningen av

²⁷¹ Bedömningen kan ses som strängare än vad som hade varit fallet i några tidigare distriktsdomstolsavgöranden, exempelvis i *Amsinck v. Columbia Pictures Indus., Inc* 458 F.Supp. 65 D.C.N.Y., 1978), där förekomsten av verk (teddybjörnar) i bakgrunden i en film bedömdes som *fair use*. Appellationsdomstolen framhöll i *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc* att *fair use* i *Amsinck v. Columbia Pictures Indus, Inc* endast hade behandlats *obiter dictum* och gjorde också en annan värdering av den fjärde bedömningsgrunden och kärandens potentiella marknad jämfört med *Amsinck v. Columbia Pictures Indus, Inc*.

²⁷² *Italian Book Corp, v. American Broadcasting Co* 458 F. Supp. 65 S.D. N.Y. 1978.

²⁷³ *Fitzgerald v. CBS Broadcasting*. Fallet är ännu inte infört i Federal reporter.

reportagerättens omfattning. Bristen på svensk praxis kan indikera att bestämmelsen hittills inte föranlett några större praktiska tillämpningsproblem. En skillnad länderna emellan kan spåras i att 25 § URL inte berör eventuella ekonomiska konsekvenser för upphovsrättshavaren, utan snarare reglerar användarens handlingsätt.

Vad gäller rätten att återge verk som förekommer i andra sammanhang än i information om dagshändelser, liknar de båda ländernas bestämmelser också varandra. Möjligtvis är den amerikanska regleringen här något strängare. Förfarandet i *Ringgold v. Black Entertainment Television*, skulle kunna anses förenligt med 20 a § URL. Verket hade en klart underordnad betydelse i programmet. På det hela taget borde möjligheterna i svensk rätt för privatpersoner, ideella föreningar eller TV-program som inte är nyhetsinslag, att återge verk som intar en klart undanskymd roll i en framställning, vara relativt stora.

6 Avslutande diskussion

Sammanfattningsvis kan konstateras att upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten har hanterats på olika sätt i svensk och amerikansk rätt, men att det praktiska utfallet i många avseenden är jämförbart. Inte heller har det faktum att Sverige och USA tillhör olika upphovsrättsliga idétraditioner, lett till att rättsläget i de båda länderna uppvisar några betydande olikheter i frågan.

I Sverige har upphovsrätten av lagstiftaren betraktats som en inskränkning av yttrandefriheten och förhållandet mellan de båda rättsstrukturerna har reglerats i TF och YGL. Den amerikanske lagstiftaren har varit mindre benägen att se någon sådan konflikt. Tvärtom har man i USA pekat på att just avsaknaden av någon bestämmelse i konstitutionen som rör förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet, tyder på att konstitutionens fäder inte uppfattade någon konflikt dem emellan. Skillnaden som här finns mellan svensk och amerikansk rätt har sannolikt flera orsaker och tar delvis sin grund i den något olika syn på upphovsrätten som finns i Sverige och USA. I svensk rätt är det framförallt upphovsmannens ideella rättigheter som har ansetts utgöra en inskränkning av yttrandefriheten och som angetts som skäl till att förhållandet mellan de båda normerna bör regleras i lag. Att ideella rättigheter till stor del saknas i amerikansk upphovsrätt, kan ha bidragit till att den potentiella konflikten mellan upphovsrätt och yttrandefrihet i USA har upplevts mindre påtaglig. Vidare har upphovsrätten i USA ett uttalat samhällsnyttigt syfte vilket har lett till att den i större utsträckning än i Sverige har setts som en med yttrandefriheten samverkande rättskonstruktion. Att man i Sverige till skillnad från i USA har valt att lagstifta om förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet, kan också ha lagtekniska och historiska förklaringar. Upphovsrätten reglerades i Sverige till en början inom ramen för tryckfrihetslagstiftningen. Det historiskt nära förhållandet mellan de båda rättsstrukturerna har möjligen gjort att en reglering vad gäller förhållandet dem emellan, tett sig mer naturlig i Sverige, än i USA

De praktiska följderna av att Sverige och USA tillhör olika upphovsrättsliga rättstraditioner och att man i Sverige till skillnad från i USA har valt att grundlagsreglera upphovsrättens förhållande till yttrandefriheten, får emellertid beskrivas som små. Att man i Sverige har erkänt en potentiell normkonflikt mellan upphovsrätt och yttrandefrihet, men uteslutit upphovsrättsfrågor från TF:s och YGL:s tillämpningsområde, får i mångt och mycket samma konsekvenser som att man i USA inte iakttagit någon normkonflikt överhuvudtaget. Utfallet när frågan har behandlats i praxis har också, skillnaderna i konstitutionell reglering till trots, blivit likartat. I båda länderna har frågan främst kommit att beröras i praxis i samband med att yttrandefrihetsskäl har åberopats i mål om upphovsrättsintrång. Såväl HD som *Supreme Court* har i dessa fall uttalat att det teoretiskt sett kan finnas

situationer där upphovsrätten måste vika för yttrandefriheten, men att detta i så fall skulle röra sig om undantagssituationer. Varken HD eller *Supreme Court* har heller ansett sig stå inför någon sådan situation och rättsläget i svensk och amerikansk rätt får sägas vara tämligen likartat. Möjligheten att i mål om upphovsrättsintrång nå framgång med ett försvar som grundar sig i yttrandefrihetsskäl, kan således såväl Sverige som i USA beskrivas som teoretiskt möjlig, men praktiskt sett inte särskilt sannolik. Intressant att notera är att ett mönster går att skönja i både Sverige och USA, där vissa lägre instanser under en period emellertid uppvisade en viss benägenhet att tillämpa yttrandefrihetsskäl i upphovsrättsmål. I Sverige visade sig detta i tingsrättens dom i Manifestmålet, till vilken dissidenterna i hovrätten anslöt sig. Varken i Sverige eller USA har emellertid något sådant avgörande stått sig i högre instans.

Stora likheter kan också ses i HD:s och *Supreme Courts* motiveringar till att upphovsrätten i allmänhet inte behöver stå tillbaka för yttrandefrihetsskäl. Referaträtten och det faktum att upphovsrätten inte ger någon ensamrätt till idéer, har av båda domstolarna pekats ut som viktiga skäl härtill. Även vikten av de inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt som finns intagna i respektive lands upphovsrättslagstiftning, har framhållits av både svensk och amerikansk överrätt. En viss skillnad kan dock ses i argumentationen kring de senare. Skillnaden tar närmast sin grund i domstolarnas olika roller i det svenska och amerikanska rättssystemet. Således yttrade HD i Manifestmålet att starka skäl fanns för att upphovsrätten i det aktuella målet skulle vika för yttrandefrihetsintresset. Domstolens möjlighet att på eget initiativ tillföra ytterligare inskränkningar i URL ansågs emellertid begränsat. Någon bedömning av tillräckligheten av de inskränkningar som fanns i URL gjordes inte. Som jämförelse har *Supreme Court*, när man hänvisat till bestämmelsen i § 107, snarare pekat på att *utformningen* och *omfattningen* av *fair use* får anses utgöra en lämplig avvägning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet.

En skillnad mellan amerikansk och svensk praxis på området, står att finna i att *Supreme Court* till skillnad från HD i ett fall, *Eldred v. Ashcroft*, har gjort en normprövning av om en förlängning av den upphovsrättsliga skyddstiden, kunde ses som förenlig med första tillägget. Att något liknande inte har inträffat i Sverige, skall emellertid inte främst ses som ett uttryck för någon betydande skillnad i synen på förhållandet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet. Förlängningen av de upphovsrättsliga skyddstiderna var i Sverige ett resultat av ett EG-direktiv och någon möjlighet för svensk domstol att åsidosätta pröva regleringens giltighet fanns inte. Avgörandet i *Eldred v. Ashcroft*, är likväl intressant eftersom det visar på den upphovsrättens konstitutionella ställning i USA. Eftersom upphovsrätten fyller ett så tydligt samhällsnyttigt syfte, att främja vetenskap och skapandet av nya verk, måste en förlängning av skyddstiden också svara mot detta syfte.

Vad gäller de inskränkningar i upphovsrättshavarens ensamrätt som jag har valt att undersöka, är dessa likaledes utformade på olika sätt i Sverige och USA, men de praktiska skillnaderna mellan dem relativt små. Medan 2 kap. URL rymmer en detaljerad lista med inskränkningar, så innehåller amerikansk rätt färre, men bredare, bestämmelser. Särskilt gäller detta bestämmelsen om *fair use* i § 107. Skillnaderna i omfattning mellan de fyra bestämmelser i 2 kap. URL som jag har undersökt och motsvarande område i amerikansk rätt, kan emellertid inte sägas vara särskilt stora. Vissa materiella olikheter finns dock. Medan 20 a, 22 och 23 §§ URL endast är tillämpliga på användning av offentliggjorda verk, så stadgas i § 107 att detta inte ett krav för att *fair use* skall föreligga. Denna skillnad är delvis ett uttryck för att ideella rättigheter, vilka i svensk rätt ansetts som det främsta skälet till att verk måste vara offentliggjorda för att bestämmelserna i 2 kap. URL skall bli tillämpliga, till stor del saknas i amerikansk rätt. Utrymmet för att återge icke-offentliggjorda verk inom ramen för *fair use* är emellertid i realiteten litet och skillnaderna mellan länderna får i praktiken beskrivas som små. En ytterligare skillnad mellan svensk och amerikansk rätt, finns i att bedömningen om *fair use* i högre grad än inskränkningarna i 2 kap. URL är inriktad på den verkliga eller potentiella ekonomiska skada som en upphovsrättsinnehavare lider av ett verk återges. 2 kap. URL tar i större utsträckning sikte på användarens beteende och upphovsrättshavaren behöver i allmänhet inte visa på att någon ekonomisk skada har inträffat. Detta återspeglar skillnaderna mellan den kommersiellt inriktade angloamerikanska upphovsrätten och den mer praktiskt avvägda svenska upphovsrätten, som i högre utsträckning ses som en helhet innefattandes både ideella och ekonomiska rättigheter. De praktiska skillnaderna mellan länderna skall emellertid inte heller här överdrivas. Även i svensk rätt måste grundprincipen anses vara att användaren inte får utnyttja upphovsrättshavarens verk på ett sådant sätt att denne lider otillbörlig skada, vilket även inbegriper ekonomisk skada.

I fråga om möjligheterna att citera och återge text, uppvisar citatregeln i 22 § URL och *fair use*-bestämmelsen stora likheter. Avgörande är i båda fall att verket kommenteras och inte utnyttjas enbart för att förhöja värdet på en egen framställning. 22 § URL är också en relativt bred bestämmelse som i mångt och mycket kan mäta sig med bestämmelsen om *fair use* i fråga om flexibilitet. Detta visas också av att 22 § URL har lett till mycket få tillämpningssvårigheter. Kravet på att ett citat skall användas i enlighet med god sed kan också sägas ligga nära tanken bakom *fair use*. En skillnad jämfört med *fair use* finns dock i att 22 § URL ställer krav på att verket som återges skall vara offentliggjort och att upphovsmannens ideella rätt måste respekteras. Citaträtten har också ett mindre tillämpningsområde än *fair use*, vilket emellertid till stor del vägs upp av andra bestämmelser i 2 kap. URL.

Skillnaderna mellan 23 § URL och bestämmelsen i § 107 är i detta avseende större. 23 § URL innehåller fler rekvisit än citatregeln i 22 § URL och är en mer specialiserad bestämmelse. Således får återgivning i kritisk framställning bara ske i analog form och återgivning i vetenskaplig framställning får inte göras i vinstsyfte. § 107 ställer inte upp några sådana

kategoriska krav och bestämmelsen om *fair use* får här anses ge en något större möjlighet att fritt återge verk än vad 23 § gör. Skillnaderna kan emellertid inte betraktas som avgörande och grundtanken om att användningen måste vara föremål för någon form av bearbetning är densamma i båda bestämmelserna.

Dagshändelseundantaget i 25 § URL och bestämmelsen i 20 a § URL angående möjligheten att i vissa fall återge konstverk i film, TV eller bild, är på grund av bristen på såväl svensk som amerikansk praxis, de bestämmelser i undersökningen som är svårast att jämföra med amerikansk rätt. Jag kan emellertid inte se några större skillnader i reglernas tillämpning. Noteras kan att man i svensk rätt valt att införa en bestämmelse som uttryckligen tar sikte på verk som förekommer i nyhetsreportage, medan såväl reportage om dagshändelser som återgivning i andra fall i amerikansk rätt faller in under *fair use*.

Sammantaget är möjligheterna att fritt återge verk inom det område jag undersökt relativt lika i svensk och amerikansk rätt. Åsikten har visserligen framförts att bestämmelsen om *fair use* skulle ge domstolar en bättre möjlighet att göra en rimlig avvägning mellan upphovsrättsliga och yttrandefrihetsrättsliga intressen.²⁷⁴ Klart är också att amerikanska domstolar i enskilda fall har kunnat använda bestämmelsen om *fair use* för att lösa potentiella konflikter mellan upphovsrätt och yttrandefrihet. Det är emellertid viktigt att komma ihåg att *fair use* främst syftar till att främja skapandet av nya verk och inte till att utgöra en garant för yttrandefriheten. Det är också långt ifrån säkert att förekomsten av en liknande regel i svensk rätt skulle ha inneburit någon skillnad för utgången i Manifest- Mein Kampf- eller Sceintologmålen. Huvudskälet till att Manifestmålet utföll till kärandens fördel var att verket ifråga inte var offentliggjort. För att ha någon inverkan på målet skulle en *fair use*-liknande bestämmelse i svensk rätt ha varit tvungen att kombineras med ett undantag från den annars i 2 kap. etablerade principen härom.²⁷⁵ Även med ett sådant undantag är det osäkert om GP:s förfarandet hade kunnat ses som *fair use*. Detta gäller särskilt med tanke på att det rörde sig om ett icke-offentliggjort verk som hade publicerats i sin helhet. Att publiceringen av en hel bok, vilket var fallet i Mein Kampf-målet, skulle kunna ses som *fair use* är ingen omöjlighet, men det finns så vitt jag vet inte heller något sådant avgörande där så har ansetts vara fallet. Scientologmålet slutligen, rörde liksom Manifestmålet, material som inte var offentliggjort och det är även på andra grunder svårt att se att målet skulle ha bedömts annorlunda i USA än i Sverige, bl.a. med tanke på att materialet återgavs i sin helhet.

Klart är emellertid att *fair use*-bestämmelsen genom sin flexibilitet lättare kan anpassas till nya omständigheter och tekniska landvinningar än vad som är fallet med inskränkingskatalogen i 2 kap. URL. Flexibiliteten i *fair use*

²⁷⁴ Bernitz, L., *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision, om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*, SvJT 2000, s. 340.

²⁷⁵ Vilket också påpekades av Bernitz i hennes ovan nämnda artikel. Ibid.

visas exempelvis i det ovan refererade *Kelly v. Arriba Soft. Corp.* vilket rörde möjligheten att använda thumbnails. Skillnaderna i flexibilitet mellan bestämmelsen om *fair use* och regleringarna i 2 kap. URL, har delvis accentuerats efter det att EG-rätten har fått genomslag i svensk upphovsrättslagstiftning. 23 § URL har efter Infosocdirektivets implementering, tillförts fler rekvisit och fått ett mindre tillämpningsområde än tidigare. Ändringar i de mer specialiserade svenska bestämmelserna, om sådana skulle anses nödvändiga, måste vidare vara kompatibla med Infosocdirektivet. Ur ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv är den främsta fördelen med *fair use*, så som jag ser det, att regeln är tillämplig även på förfarande från enskilda. En privatperson som via en politiskt orienterad hemsida, en blogg, eller via en plattform som Youtube, önskar ta del i den allmänna debatten, och därvid använda sig av upphovsrättsskyddat material, lyder i USA under samma formella regelverk som en tidning eller ett nyhetsprogram. Samtidigt kan en bred bestämmelse som *fair use* ur ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv ha negativa konsekvenser. Genom att regeln är mindre förutsebar än exempelvis det svenska regelverket, kan den skapa osäkerhet och leda till onödigt försiktighet vid användningen av upphovsrättsskyddat material.

Om slutligen något skall sägas om upphovsrätten, yttrandefriheten och framtiden, så får rättsläget i Sverige för närvarande sägas vara tydligt. Jag ser inte heller att upphovsrätten allmänt sett skulle utgöra något större hot mot den grundlagsskyddade yttrandefriheten. Omfattningen av inskränkingskatalogen i 2 kap. är också på det hela taget tillfredsställande och får sägas utgöra en rimlig avvägning mellan upphovsrätt och yttrandefrihet. Däremot tror jag att det finns några aspekter som den svenske lagstiftaren bör ha i åtanke inför framtiden. *För det första* bör man ta i beaktande den kumulativa effekt som en expanderande upphovsrätt kan få på längre sikt. Att *syftet* med upphovsrätten på intet sätt är att kringskära yttrandefriheten är otvivelaktigt. Detta är emellertid inte detsamma som att den inte kan ha en praktisk *inverkan* på yttrandefriheten. Regleringen i TF 1:8 skrevs mot bakgrund av hur upphovsrätten såg ut vid tillfället och det är möjligt att denna bestämmelse om upphovsrätten fortsätter att expandera, bör ses över. Det är också viktigt att en expansion av upphovsrättssystemet motiveras på ett grundligt sätt och att avvägningar hela tiden görs mot andra grundlagsreglerade rättigheter. En sådan avvägning bör eventuellt göras på olika sätt beroende på om upphovsrätten utvidgas på grundval av att upphovsmannen måste ges ett ökat skydd, jämfört med om utvidgningen görs mot bakgrund av mer samhällsnyttiga skäl. *För det andra* bör man, menar jag, fundera över hur man i rättstillämpningen bör se på fall där upphovsrätter aktivt används för att kringskära tillgången till information. I det övervägande antalet fall bör detta vara upphovsrättshavarens prerogativ, men jag menar ändå att Fristaten Bayerns handlande i Mein Kampf-målet och Scientologikyrkans agerande i Scientologmålet, pekar på ett potentiellt problem. Detta särskilt i ett samhälle där tillgången på information utgör en allt viktigare politisk faktor. *För det tredje* tror jag att det är viktigt att vara uppmärksam på vilka praktiska effekter som den tekniska utvecklingen kan få på förhållandet mellan yttrandefrihet och upphovsrätt och vilken inverkan

detta bör få på utformningen av inskränkningarna i upphovsrättshavarens ensamrätt. Det finns förvisso en tendens att överdriva den inverkan som ny teknik har på samhällsutvecklingen. Att den politiska debatten och spridandet av information i allt högre utsträckning sker med hjälp av nya tekniker är emellertid otvetydigt. Denna utveckling kan mötas antingen genom att inskränkingsbestämmelserna i upphovsrättslagstiftningen specialiseras och ändras i takt med utvecklingen, eller genom att de görs mer generella för att lättare kunna anpassas till ny teknik. Enligt mig är det senare alternativet att föredra. Om fler rekvisit läggs till inskränkingskatalogen i 2 kap. URL, riskerar denna att bli alltför otymplig och svår att anpassa. Skärpta inskränkingsbestämmelser som är svåra att tillämpa på nya förhållanden, kan också föra med sig att den avvägning som gjorts mellan upphovsrätt och yttrandefrihet inom ramen för URL, rubbas. Det kan därför vara rimligt att Sverige inom ramen för EU-samarbetet på sikt analyserar möjligheterna för medlemsländerna att införa mer generella inskränkningar i upphovsrätten. Det kan i samband med detta vara värt studera hur frågan bestämmelsen om *fair use* har tillämpats i USA.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Betänkanden

- SOU 1947:60 Förslag till Tryckfrihetsförordning avgivet av 1944 års tryckfrihetssakkunniga
- SOU 1956:25 Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Auktorrättskommitténs förslag
- SOU 1967:28 Tryckfrihet och upphovsrätt
- SOU 1975:75 Medborgerliga fri och rättigheter – betänkande av 1973 års fri och rättighetsutredning
- SOU 1978:34 Förstärkt skydd för fri- och rättigheter
- SOU 1979:49 Grundlagsskyddad yttrandefrihet
- SOU 1983:65 Översyn av upphovsrättslagstiftningen – delbetänkande av upphovsrättsutredningen
- SOU 1983:70 Värna yttrandefriheten
- SOU 1988:31 Översyn av upphovsrättslagstiftningen - slutbetänkande av upphovsrättsutredningen. Delbetänkande 4. (enskilt bruk, institutionell exemplarframställning)
- SOU 1990:30 Översyn av upphovsrättslagstiftningen - slutbetänkande av upphovsrättsutredningen (fotografirättens integration, 2 kap. upphovsrättslagen, särskilda frågor om konstverk)
- SOU 2001:3 Offentlighetsprincipen och den nya tekniken
- SOU 2001:28 Yttrandefriheten och Internet. Utvidgat skydd och andra frågor om tryck och yttrandefrihet
- Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m.

DsJu 1969:28 Promemoria med förslag avsett att läggas till grund för proposition till riksdagen med förslag till ändrad lydelse av 9, 24, 45, 46, 48 och 49 §§ URL samt 12 § fotografilagen, avgiven i Justitiedepartementet, utredningen för upphovsrättsfrågor.

Propositioner

Prop. 1948:230 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till tryckfrihetsförordning m.m.

Prop. 1960:17 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk m.m

Prop. 1992/93:214 Om ändringar i upphovsrättslagen

Prop. 1994/95:151 *Droit de suite* och längre upphovsrättsligt skydd

Prop. 1998/99:11 Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång

Prop. 2001/02:74 Yttrandefrihetsgrundlagen och Internet

Prop. 2004/2005:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m

Övrigt

Lagutskottets betänkande LU 1986/87:11

Lagutskottets betänkande 1995/96: LU1

Riksdagens protokoll 1995/96:28, torsdagen den 23 november.

Litteratur

Ahlberg, Kerstin Din upphovsrätt och andras - Handbok för journalister. 3 uppl, Norstedts akademiska förlag, Stockholm, 2006

Axberger, Hans Gunnar Tryckfrihetens gränser, Liber förlag, Stockholm, 2004

Barendt, Eric Freedom of Speech, Oxford University Press, Oxford, 2005

- Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars, Sandgren, Claes Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens. 8 uppl. Handelsbolaget immateriellt rättskydd, Stockholm, 2004
- Bogdan, Michael Komparativ rättskunskap, 2 uppl. Norstedts Juridik, Stockholm, 2003
- Birnhack Michael Copyrighting speech: A Trans-Atlantic view - Copyright and Human Rights, Torremans, Paul (ed.) Kluwer International, The Hague/London, 2004
- Buinicki, Martin T. Negotiating Copyright, Authorship and the discourse of literary property rights in nineteenth-century America, Routledge, New York, 2006
- Davies, Gillian Copyright and the public interest, 2 uppl. Sweet & Maxwell, London, 2003
- Dreier, Thomas, Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights? - Expanding the Boundries of Intellectual Property Cooper Dreyfuss, Rochelle (ed.) First, Harry (ed.) Leenheer Zimmerman, Diane (ed.) Oxford University Press, Oxford 2001
- Eberstein Gösta Den svenska författarrätten, Norstedt och söner, Stockholm, 1925
- Feather, John Publishing, piracy and politics – A historical study of Copyright in Britain, Mansell Pub, Ltd London 1994
- Goldstein, Paul Copyright's highway – From Gutenberg to the celestial jukebox, Stanford University press, Stanford, 2003

- Goldstein, Paul Goldstein on copyright, Aspen Publishers, New York, 2005
- Hugenholtz, Bernt Copyright and freedom of expression in Europe - Expanding the Boundries of Intellectual Property Cooper Dreyfuss, Rochelle (ed.) First, Harry (ed.) Leenheer Zimmerman, Diane (ed.) Oxford University Press, Oxford 2001
- Koktvedgaard Mogens & Levin, Marianne Lärobok i immaterialrätt, 8 uppl. Norstedts Juridik, Stockholm, 2004
- Meiklejohn, Alexander Free Speech, Harper & Brothers, New York, 1948
- Nimmer, Melville ,
Nimmer, David Nimmer on Copyright, Matthew Bender, New York, 2003
- Nisser, Carl, W, Tryckfrihet och annan yttrandefrihet, Bohuslänningens tryckeri, Stockholm, 1983.
- Nordell, Per Jonas Rätten till det visuella, Jure, Stockholm, 1997
- Nordell, Per Jonas Med upphovsmannens samtycke - Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe, Stockholm, 1999
- Olsson, Henry Copyright, 7 uppl. Norstedts Juridik, Stockholm, 2006
- Olsson, Henry Upphovsrättslagen – en kommentar, 2 uppl. Nordstedts Juridik, Stockholm, 2006
- Persson, Gunnar Exklusivitetsfrågan om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt Norstedts juridik, Stockholm, 2002
- Petäja, Ulf Varför yttrandefrihet? Om rättfärdigandet av yttrandefrihet med utgångspunkt från fem centrala argument i den demokratiska idétraditionen. Intellecta Docusys, Göteborg, 2006. (Doktorsavhandling vid Institutionen för

samhällsvetenskap vid Växjö Universitet, Acta
Wexionensia Nr 83/2006)

Rosén, Jan

Förlagsrätt - rättsfrågor vid förlagsavtal, 2
upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 1989

Strömberg, Håkan &
Axberger, Hans Gunnar

Yttrandefrihetsrätt, Studentlitteratur, Lund, 2004

Wennberg, Bertil, Eliason, Yttrandefrihetsgrundlagen 3 uppl.,
Marianne, Regner, Göran Norstedts Juridik , Stockholm, 2003

Övriga källor

Artiklar

Bernitz, Liv

”Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen
i kollision, om upphovsrättsliga
yttrandefrihetsbegränsningar och
offentlighetsprincipens genomslag”, SvJT 2000,
s. 340

Francione, Gary

“Facing the Nation, the standards for copyright,
infringement and fair use of factual works”,
University of Pennsylvania Law Review, 134 p.
519. (Mar., 1986)

Ginsburg, Jane

”A tale of two copyrights: Literary property in
revolutionary France and America”, Tulane Law
Review, vol. 64, pp. 991 (1990)

Goldstein, Paul

”Copyright and the first amendment”, 70
Columbia Law review 983 (1970)

Hughes, Justin

”Fair use across time”, 50 UCLA Law Review
775 (2003)

Leval, Pierre

”Toward a fair use standard”, 103 Harvard Law
Review 1105 (1990)

Meiklejohn, A,

”The first amendment is an absolute”, 1961
Supreme Court Review 245

Nimmer, Melville	”Does Copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and the press?” 17 UCLA Law Review 1180 (1970)
Nordell, Per Jonas	”Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning. Kommentar till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)” NIR häfte 3/2007 s. 217.
Rosén, Jan	”Alfons Åbergs integritet eller författarens? – Kan parodi, travesti eller satir innefatta intrång i ideell rätt?”, Juridisk Tidskrift nr 3 2005/06
Rosén, Jan	“Freedom of expression in lineage with authors’ rights”, NIR, häfte 1/2007 s. 5
Rosenmeier, Mogens	”Har interviewereren ophavsret til den interviewedes udtalelser? Nogle bemærkninger til Högsta domstolens dom af 26.11.1996, NJA 1996 s. 712 ff, NIR 1997 s. 277 ff.” NIR häfte 1/2003 s. 57
Sterk, Steward E	”Rhetoric and Reality in Copyright Law”, Michigan Law Review Vol. 94 No. 5 (Mar, 1996)
Strömholm, Stig	”Upphovsrätten som nationell disciplin – Exemplet droit moral”, NIR häfte 5/2005 s. 655
Törngren, Peter	”Den nordiska verksdebatten, en sammanfattning och kommentar”, TfR 1986 s. 365

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

Fall från Högsta domstolen

NJA 1975 s. 679

NJA 1985 s. 893

NJA 1988 s. 715

NJA 1996 s. 712

NJA 1998 s. 838

NJA 2005 s. 805

Hovrättsdomar

Svea hovrätts dom 1965-06-29 = NIR 1966 s. 247

Svea hovrätts dom 2001-03-09, målnummer T 1096-98

Göta hovrätts dom 2003-04-16, målnummer T 60/02

Tingsrättsdomar

Stockholms tingsrätts dom 2000-11-28 målnummer T 7884-99

Stockholms tingsrätts dom 2000-05-29 målnummer B- 3964-00

Lunds tingsrätts dom 2005-07-05 målnummer 992-01

Fall från regeringsrätten

RÅ 1998 ref. 12

Amerikanska rättsfall

Supreme Court

Beauharniais v. Illinois 343 U.S 250, (1952)

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 510 U.S. 569 (1994).

Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)

Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 471 U.S. 539 (1985)

New York Times Co., Inc. v. Tasini 533 U.S. 483, U.S.2001

Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 574 (1984)

Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834)

Whitney v. California 274 U.S. 357 (1927)

Fall från appellationsdomstolar (Circuit Courts)

Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd, 448 F.3d 605 (2nd Cir. 2006)

Beauharnais v. Illinois, 343 U.S 250, 275 (1952)

Blanch v. Koon,s 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006)

Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Pub. Group, Inc., 150 F.3d 132 (2nd Cir.1998)

Chicago Board of Education. v. Substance, Inc., 354 F.3d 624, (7th Cir. 2003)

Hustler Magazine Inc. v. Moral Majority Inc., 796 F.2d 1148 (9th Cir 1986)

Images Audio Visual Productions, Inc. v. Perini Bldg., C., Inc F.Supp.2d 1075 (E.D.Mich. 2000)

Kelly v. Arriba Soft. Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)

Los Angeles News Service v. Tullo., 973 F.2d 791, (9th Cir.1992)

Magazine Inc. v. Moral Majority Inc., 796 F.2d 1148 (9th Cir 1986)

Maxtone-Graham v. Burtchaell, 803 F.2d 1253 (2d Cir. 1986)

Narell v. Freeman, 872 F.2d. 907, 913 (9th Cir. 1989)

National Rifle Ass'n of America v. Handgun Control Fed'n, 15 F.3d 559 (6th Cir. 1994)

New Era Publication Int'l. v. Henry Holt Co., 873 F.2d 576 at. 583(2.d Cir. 1989)

Nichols v. Universal Pictures Corporation, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930)

Nuñez v. Caribbean Intern. News Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)

NXIVM Corp. v. Ross institute, 364 F.3d 471 (2d Cir. 2004)

*Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*126 F.3d 70 (2d Cir. 1997)

Rosemont v. Random House, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966)

Roy Export Co. v. CBS, Inc., 672 F.2d 1095, (2d Cir. 1982)

Salinger v. Random House, Inc. 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987)

Sid & Marty Krofft Television v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, (9th Cir. 1977).

Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001.)

Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., 626 F.2d 1171, (5th Cir.1980)

Ty, Inc. v. Publications Intern. Ltd., 292 F.3d 512 (7th Cir. 2002).

Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc., 342 F.3d 191, (3d Cir.2003)

Warner Bros., Inc. v. American Broadcasting Cos., Inc, 720 F.2d 231, (2d Cir. 1983).

Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000)

Fitzgerald v. CBS Broadcasting (ännu ej införd i Federal reporter)

District Courts

Amsinck v. Columbia Pictures Indus., Inc 458 F.Supp. 65 (D.C.N.Y.,1978)

Time Inc. v. Bernard Geis Ass., 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968)

Folsom v. Marsh, (9 F.Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841)

Images Audio Visual Productions, Inc. v. Perini Bldg. C, Inc F.Supp.2d 1075 (E.D.Mich. 2000)

Italian Book Corp, v. American Broadcasting Co 458 F. Supp. 65 (S.D. N.Y. 1978)

Opublicerad praxis från Europakommissionen

France 2 v. France, Case 30262/96 (Januari 1997)

De Geïllustreerde Pers N.V. v. The Netherlands (Juli 1991)

Brittiska rättsfall

Ashdown v Telegraph Ashdown v Telegraph Group Ltd (2001) 4 All E.R. 666.

Hyde Park Residence v Yelland (2001) 1 Ch.143

Israeliska rättsfall

C.A. 2790/93, 2811/93, *Eisenman v. Qimron*, 54(3) P.D. 817,