



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Nyström

Trestegstestets gestaltande - från Bern-
konventionen till den nya svenska upp-
hovsrättslagen

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Jonas Nordell

Ämnesområde: Upphovsrätt

VT 2005

Innehåll

1 INLEDNING	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syftesformulering	4
1.4 Avgränsningar	4
1.5 Grundläggande begrepp	4
1.6 Material och metod	4
1.7 Disposition	5
2 TRESTEGSTESTETS UTVECKLING	6
2.1 Immaterialrättens historiska bakgrund	6
2.2 Trestegstestet	7
2.2.1 Problematiken med trestegstestet	9
2.3 Trestegstestets utveckling i Internationell rätt	9
2.3.1 Bernkonventionen	9
2.3.2 Romkonventionen och Genève's fonogramkonvention	11
2.3.3 TRIPS-avtalet	12
2.3.4 WIPO "Internet" Treaties	13
3 TOLKNING AV TESTET	16
3.1 Trestegstestets olika kriterier i internationell rätt	16
3.2 WTO:s tolkning av trestegstestet	17
3.2.1 Tolkningsen	18
3.3 Trestegstestet i Infosoc-direktivet	19
3.3.1 De tre stegen	20
3.3.2 Funderingar kring testets uppbyggnad i Infosoc-direktivet	22
4 INFOSOC-DIREKTIVET - 2001/29/EG	24
4.1 Syftet med Infosoc-direktivet	24
4.2 Ensamrättigheterna i Infosoc-direktivet	25
4.3 Inskränkningarna i ensamrättigheterna	25
5 UPPHOVSRÄTTSLAGEN	28
5.1 Dagens upphovsrätt	28

5.2 Ensamrätten	28
5.2.1 De ekonomiska rättigheterna	28
5.3 Ensamrättens inskränkningar	29
5.4 Trestegstestet och Infosoc-direktivets påverkan på svensk upphovsrättslagstiftning	31
5.5 Trestegstestet i svensk rätt	31
6 LAGÄNDRINGAR I SVENSK RÄTT PÅ GRUND AV INFOSOC-DIREKTIVET OCH TRESTEGS-TESTET	33
6.1 Förändringar på grund av lagen	33
6.2 Tillgängliggörande för allmänheten	33
6.2.1 Mångfaldiganderätten	33
6.3 Överföringsrätten	34
6.3.1 Spridningsrätten	34
6.3.2 Offentligt framförande	34
6.3.3 Inskränkningar i offentliga framföranden	35
6.3.4 Offentlig visning	36
6.4 Inskränkningarna	36
6.4.1 Framställning av tillfälliga exemplar	37
6.4.2 Exemplarframställning för enskilt bruk	38
6.4.3 Framställning av exemplar inom undervisnings- verksamhet och av samlingsverk för användning vid undervisning	41
6.4.4 Framställning av exemplar inom arkiv och bibliotek	41
6.4.5 Framställning av exemplar m.m. åt personer med funktionshinder	42
6.4.6 Återgivning av konstverk i kritiska och vetenskapliga framställningar m.m.	43
6.4.7 Återgivning av konstverk och byggnader	44
6.5 Rimlig kompensation	44
6.5.1 Avtalslicens	45
7 AVSLUTANDE DISKUSSION	46
7.1 Inledande noteringar	46
7.2 Effekter av Infosoc-direktivet och trestegstestet	46
KÄLLFÖRTECKNING	49
Offentligt tryck	49
Betänkanden	49
Utredningar	49
Remissammanställning	49
Lagrådsremiss	49
Propositioner	49
EG-rättsakter	50
Internationella rättsakter	50
Litteratur	50

Böcker	50
Artiklar	51
Internetkällor	52

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	53
Internationellt	53

Sammanfattning

Upphovsrättens mål är att skapa en väl avvägd balans mellan upphovsmännen och allmänheten. I och med att vi lever i ett informationssamhälle där möjligheter för var och en att utnyttja verk och prestationer genom digitaliseringen har ökat, så har balansen förskjutits. En skapare av en skyddad produkt eller ett skyddat verk måste kunna ha ensamrätt att dra ekonomisk fördel av sitt skapande. Mot denna ensamrätt väger man allmänhetens intressen och möjligheter att ta del av verket. Om det inte görs något åt den rådande urholkningen av upphovsrätten kommer skaparglädjen och kreativiteten att avta, vilket i längden får negativa konsekvenser för näringslivet.

Upphovsrätten är i stort behov av att moderniseras och stärkas i och med intåget av all ny teknik. Sverige måste i samband med införlivandet av det så kallade Infosoc-direktivet 2001/29/EG uppdatera och anpassa den svenska upphovsrättslagen efter EU:s regler. På så sätt hoppas man genom lagstiftningsåtgärder kunna förhindra en allt för snabb urholkning av upphovsrätten och återställa obalansen.

I 1886 års Bernkonvention finner man en regel som kallas trestegstestet, vilket syftar till att skapa balans mellan upphovsmän och allmänheten. Många tror sig veta vad denna regel innebär och hur den tillämpas, men i själva verket finns det inte någon direkt klar definition av den. Regeln finns också uttryckt i Infosoc-direktivets art. 5.5, vilken föreskriver att man i särskilda fall med stöd av denna regel, kan tillämpa inskränkningar och undantag i ensamrätten. Motsvarigheter till trestegstestet finns i andra tidigare konventioner och i ett direktiv. Sverige står nu inför en implementering av Infosoc-direktivet och därmed svårigheten att förena gamla och nya inskränkningar med direktivets art. 5.5. Det återstår att se om de nya reglerna kommer att kunna bidra till att återställa balansen eller om de istället får vågen att tippa över åt andra hållet.

Förkortningar

Art.	Artikel
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
E.I.P.R	European Intellectual Property Law Review
EU	Europeiska Unionen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
KLYS	Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPS	Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 - om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
PK	Pariskonventionen för industriellt rättsskydd
Prop.	Proposition
URL	Lag (1960: 729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation - Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten
WTO	World Trade Organization, Världshandelsorganisationen
WPPT	WIPO Performance and Phonogram Treaty

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Upphovsrättens mål är att skapa en väl avvägd balans mellan upphovsmännen och allmänheten.¹ I och med att vi lever i ett informationssamhälle där möjligheter för var och en att utnyttja verk och prestationer genom digitaliseringen har ökat, så har balansen förskjutits.² En skapare av en skyddad produkt eller ett skyddat verk måste kunna ha ensamrätt att dra ekonomisk fördel av sitt skapande. Mot denna ensamrätt väger man allmänhetens intressen och möjligheter att ta del av verket. I dagens informationssamhälle har det genom den digitala tekniken blivit vanligt med intrång i upphovsmannens ensamrättigheter. Om det inte görs något åt den rådande urholkningen av upphovsrätten kommer skaparglädjen och kreativiteten att avta, vilket i längden får negativa konsekvenser för näringslivet.³

Upphovsrätten är i stort behov av att moderniseras och stärkas i och med intåget av digital teknik. Sverige måste i samband med införlivandet av Infosoc-direktivet 2001/29/EG uppdatera och anpassa den svenska upphovsrättslagen. Genom lagstiftningsåtgärder hoppas lagstiftarna kunna återställa denna obalans och förhindra en urholkning av upphovsrätten.

I 1886 års Bernkonvention finner man en regel som kallas trestegstestet, vilket avser att skapa balans mellan upphovsmän och allmänheten. Många tror sig veta vad denna regel innebär och hur den tillämpas, men i själva verket finns det inte någon direkt klar definition av regeln. Regeln finns också uttryckt i Infosoc-direktivets art. 5.5, vilken föreskriver att man i särskilda fall med stöd av denna regel, kan tillämpa inskränkningar och undantag i ensamrätten. Motsvarigheter till trestegstestet finns i andra tidigare konventioner och i ett direktiv.⁴ Sverige står nu inför en implementering av Infosoc-direktivet och därmed svårigheten att förena gamla och nya inskränkningar med direktivets art. 5.5.⁵

¹ Ds 2003:35, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 1.

² Bodström Thomas, Lager Christine, Lagrådsremiss – Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 1.

³ Westman Daniel, NIR 2002 s. 227 – 229, se även remissyttrande från KLYS och COPYSWE-DE över DS 2003:35 - Upphovsrätten i informationssamhället, s. 2.

⁴ Lagrådsremissen om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 79 – 81.

⁵ Rosén Jan, Inledningsförfarande XI Nordiska Upphovsrättssymposiet Helsingfors 2 - 4 juni, NIR 2003, s. 2.

1.2 Syftesformulering

Syftet med uppsatsen är att utreda vad trestegstestet är och hur det kommer till uttryck i Infosoc-direktivet. Vidare kommer jag att utreda om trestegstestet har beaktats hitintills i den svenska upphovsrättslagstiftningen och hur det kommer att materialiseras i samband med införlivandet av direktivet.

1.4 Avgränsningar

Tyngdpunkten i arbetet ligger på den del inom immaterialrätten som upphovsrätten behandlar. Studien kommer att beröra de internationella områden som trestegstestet tidigare materialiserats i. Fördjupningen ligger på Infosoc-direktivet och de områden som trestegstestet berör. Jag kommer att ta upp de viktigaste ändringarna och inskränkningarna i svensk rätt som föranleds av implementeringen av direktivet och trestegstestet. De närstående rättigheterna kommer inte att behandlas i någon större utsträckning, utan omnämns endast i samband med inskränkningarna. Tekniska skyddsåtgärder och ingående redogörelser angående piratkopiering utelämnas helt i detta arbete. Eftersom direktivet ännu inte har införlivats i samtliga medlemsländer har jag valt att inte göra en komparativ studie.

1.5 Grundläggande begrepp

När begreppet *upphovsman* används syftar det endast till den specifika person eller personer som skapat verket. När begreppet *rättighetsinnehavare* används syftar det även till närstående rättigheter eller till rättighetshavare som rättigheterna överlåtits till.

Trestegstestet benämns i många sammanhang även som *trestegsregeln*. För att underlätta och förenkla använder jag i detta arbete genomgående begreppet trestegstestet.

1.6 Material och metod

Detta arbete grundas på försöken att anpassa internationella rättskällor till digitalsamhället. Frågeställning är knuten till EG-rätten och kommande nationell rätt. Arbetet är en litteraturstudie där jag med hjälp av traditionella rättskällor, såsom lagtext, förarbeten, rättspraxis, doktrin, EG-rättsliga källor och internationella konventioner har försökt besvara mina frågor.

Vid uppsatsens slutförande, finns det ännu ingen färdig proposition för hur den nya upphovsrättslagen kommer att se ut efter införlivandet av Infosoc-direktivet. Däremot kom det en lagrådsremiss i mitten på januari 2005 och ett remissyttrande i början av februari 2005, vilka är vägledande för den kommande propositionen. Mina slutsatser grundas därför på den informa-

tion som hitintills funnits att tillgå. En annan viktig källa som jag har använt mig av under studien är Martin Senftlebens bok om trestegstestet. Denna behandlar testet ur en internationell och EG-rättslig synvinkel.

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel 2 med en kort presentation av immaterialrättens utveckling och trestegstestets tillkomst. Därefter utvecklas syftet med trestegstestet och hur det har gestaltats i skilda internationella konventioner och fördrag.

Mot denna bakgrund görs sedan i kapitel 3 en djupare tolkning av själva trestegstestets uppbyggnad främst enligt Martin Senftlebens fördjupning om trestegstestet i internationell och europeisk rätt och utifrån en tolkning av WTO.

Vidare följer i kapitel 4 en presentation av syftet med Infosoc-direktivet och hur trestegstestet kommer till uttryck däri. För att förstå hur direktivet och trestegstestet påverkar den nya upphovsrätten presenteras ensamrättigheter och inskränkningar i Infosoc-direktivet.

I kapitel 5 redogörs för ensamrättigheter och inskränkningar i den nuvarande svenska upphovsrättslagen. Härfter följer även en presentation av trestegstestets tidigare tillämpning i svensk rätt och hur det kommer till uttryck i den nya lagen.

De inskränkningar som berörs och ändras i och med implementeringen av Infosoc-direktivet och trestegstestet presenteras i kapitel 6.

Kapitel 7 innehåller ett resonemang angående de slutsatser som jag har kommit fram till och svar på mina frågeställningar.

2 TRESTEGSTESTETS UTVECKLING

2.1 Immaterialrättens historiska bakgrund

Utvecklingen inom immaterialrätten gick förr i tiden relativt långsamt och kunde lätt kontrolleras. På grund av den långsamma utvecklingen var det möjligt att upprätthålla en bra balans mellan ensamrättsinnehavaren av en immateriell rätt och samhället. Genom Gutenbergs tryckprocess blev det i mitten på 1400-talet lättare att framställa flera exemplar av ett verk. Det tryckta materialet spreds och en ny marknad växte fram. Genombrottet för immaterialrätten skedde tack vare industrialiseringen under 1800-talet när man hade lärt sig att behärska effektiva mångfaldigandemetoder. De flesta industriländerna hade i slutet på 1800-talet en relativt hanterbar och utvecklad immaterialrättslagstiftning.⁶

Vid den tidpunkten träffades internationella överenskommelser som t.ex. Pariskonventionen om industriellt rättsskydd från 1883, vilken reglerar skydd för patent, mönster, varumärken m.m. och Bernkonventionen om upphovsrätt från 1886.⁷ Sverige har varit medlem av Parisunionen sedan 1885 och Bernunionen sedan 1904.

Den internationella organisationen World Intellectual Property Organization, som administrerar PK och BK, har sitt säte i Genève och är en så kallad Special Agency under FN.⁸ Eftersom antalet medlemmar i WIPO är många och spridda över världen har det varit svårt att få till stånd viktiga reformer.⁹ På grund av dessa svårigheter gick en del länder samman och förhandlade om immaterialrättsliga frågor inom ramen för det dåvarande General Agreements on Tariffs and Trade-avtalet. 1993 ledde förhandlingarna till ett nytt omfattande avtal om Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-avtalet). TRIPS trädde i kraft i industriländerna 1996, u-länderna fick längre anpassningstid på sig. GATT har sedan ombildats till en internationell organisation, WTO (World Trade Organisation) med säte i Genève.¹⁰ 1994 ratificerades TRIPS-avtalet av den svenska regeringen. PK och BK senaste texter ligger som grund till TRIPS-avtalet, men avtalet innefattar även viktiga regler om hanteringen av immaterialrätt och biläggande tvister genom panelförfaranden. Avtalet behandlar väsentli-

⁶ SOU 1956:25, s. 34 - 36.

⁷ Ploman Edward, Hamilton Clark, Copyright Intellectual property in the information age, s. 47.

⁸ Abbott Frederick, Cottier Thomas, Curry Francis, The International Intellectual Property System: Commentary and Materials, Part One, s. 359, se även Koktvegard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, Upplaga 7:1, s. 21 - 29, 38 - 39.

⁹ Jfr Olsson Henry, NIR 2004 nr 6.

¹⁰ Olsson Henry, Festskrift till Gunnar Karnell, s. 526.

ga nyskapelser som sträcker sig längre än WIPO kan styra över. Cirka 140 länder har tillträtt TRIPS.¹¹

Den senaste tiden har immaterialrätten genomgått en explosionsartad utveckling och blivit enormt populär. Detta har berott dels på stora möjligheter till ekonomisk vinning och dels på att den har nyskapande egenskaper. Genom datorer och den nya tekniken har var och en fått möjlighet att tillgängliggöra immaterialrätten i hemmet. På samma sätt har immaterialrätten globaliserats och sprids lätt över hela världen. Idag kämpar man för att finna en balans mellan ensamrättsinnehavaren som måste få kompensation för det han skapar, fri konkurrens och mellan den enskilde och allmänheten. Denna balans hoppas man återfinna genom nya lagstiftningsåtgärder som anpassas till digitaliseringen.¹² Åtgärder har vidtagits på internationell nivå för att kunna anpassa den upphovsrättsliga lagstiftningen till den tekniska utvecklingen. Anpassningsåtgärderna resulterade år 1996 i två nya fördrag, WIPO Copyright Treaty och WIPO Performances and Phonograms Treaty. Inom EU resulterade arbetet sedermera i Infosoc-direktivet.¹³

2.2 Trestegstestet

I ovannämnda internationella lagstiftningsåtgärder har det genomgående funnits en regel som använts för att försöka styra balansen mellan upphovsmännen och samhället. Denna regel, trestegstestet, har också krävt en anpassning till den teknikorienterade omgivning vi lever i idag.

Trestegstestet har sitt ursprung i den analoga upphovsrättsvärlden. Det fungerar som ett instrument som sätter gränser för inskränkningar i exklusiva rättigheter samt påvisar redan existerande upphovsrättsliga begränsningar. Trestegstestet hindrar användarna från att inkräkta på upphovsmännens rättigheter. Uppgiften för trestegstestet är att garantera en upphovsrättslig balans. För att upprätthålla den ändamålsenliga balansen mellan rättsinnehavare, samhälle och tredje man har man i lagstiftningen infört begränsningar i ensamrätten. Upphovsmannen är tilldelad starkt upphovsrättskydd, men användarna kan dra nytta av förmånen att kunna göra intrång i upphovsmannens ensamrättsområde som tillåts i den omfattning det är nödvändigt för att kunna tillgodose användarnas intressen.¹⁴ Bakgrunden till trestegstestet är rätten för upphovsmannen och den utövande konstnären att tillgodogöra sig alla utnyttjanden som har ekonomisk betydelse. Varje yrkesmässigt eller på annat sätt systematiskt utnyttjande av upphovsmannens eller den utövande konstnärens prestationer skall medföra ersättning till denne, oav-

¹¹ Jfr www.juridicum.su.se/iri/karc/karc990414.htm, Claesson Renman Katarina, Modern upphovsrätt – Framväxten och utvecklingen av ett globalt rättssystem genom internationella överenskommelser, s. 2 - 5.

¹² Koktvegard och Levin, s. 21 - 29, 38 - 39.

¹³ Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 51 - 52.

¹⁴ Senftleben Martin, Copyright, Limitations and The Three-Step-Test – An analysis of the Three-Step-Test in International and EC Copyright Law, s. 295.

sett hur verket sprids eller utnyttjas.¹⁵ Trestegstestet finns i ett antal internationella konventioner och i två tidigare direktiv. Det allra första trestegstestet finner vi i art. 9.2 i Bernkonventionen som kom till 1886. Trestegstestet blev formellt erkänt i exemplarframställningsrätten först vid revisionen av BK vid Stockholmkonferensen 1967. Revisioner har skett av BK ungefär vart 20:e år.

Testet föranleddes av svårigheterna att gemensamt finna en formulering som kunde garantera det legitima intresset hos upphovsmannen och samtidigt lämna tillräckligt stort utrymme för nationella lagar för att tillfredsställa sociala och kulturella behov. Medlemsstaterna vägrade att vidga ensamrätten för konstnärer och författare och ville samtidigt inte överge de befintliga undantag som de hade i sin nationella lagstiftning. Problemet var att finna en formulering som tillät undantag och samtidigt beakta de olika undantag som fanns i nationell lagstiftning. Lösningen blev att man införde kriterier som berättigar inskränkningar i ensamrätten i vissa särskilda fall. Testet förutsätts ta tillräcklig hänsyn till alla medlemsstaters intressen för att bibehålla sina begränsningar angående ensamrättigheter till exemplarframställning. Det sätter upp gränser för inskränkningar i upphovsmännens rättigheter.¹⁶ Man bör inte se inskränkningarna i upphovsrättsmannens rättigheter som ett undantag från en huvudregel, utan snarare som ett instrument som finns till för att balansera och upprätthålla upphovsmannens rättigheter jämte säkerställandet av en användares frihet att bruka verket. Om inga inskränkningar fanns i upphovsmannens ensamrätt så skulle verkets marknadsvärde minska och det skulle innebära en skada för upphovsmannen själv.¹⁷ Ett upphovsrättssystem som är i balans med upphovsmannens behov stimulerar kreativiteten och är mer effektivt än en spiralliknande utveckling som endast förlänger upphovsmannens exemplarframställningsskydd.¹⁸

Genom testet utövas direkt kontroll på så sätt att trestegstestet själv grundar normerna för granskning som en nationell lagstiftare måste uppfylla när han önskar införa inskränkningar. Det syftar på tre kriterier som används när man bestämmer om undantagen kan göras från de exklusiva rättigheterna till mångfaldigande. BK ger i artikel 9.2 medlemsstaterna möjlighet att införa inskränkningar i upphovsrättsmannens rättigheter om undantaget anpassas enligt trestegstestet. Artikeln renodlades från omfattande typiska drag av inskränkningar härledda från 1967 års Stockholmskonferens. Testet lyder:

“ Medlemsstaterna ges möjlighet att besluta om undantag och inskränkningar i exemplarframställningsrätten:

- 1) i vissa särskilda fall,
- 2) förutsatt att det inte gör intrång i det normala utnyttjandet av dennes verk eller andra alster och

¹⁵ Sammanställning av remissvar över Ds 2003:35, s. 65.

¹⁶ Senftleben Martin, s. 43 - 44.

¹⁷ Decker, The Three-Step Test, Copyright World February 2001 s. 25, Heide, The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive, E.I.P.R.1999 s. 105.

¹⁸ Senftleben Martin, s. 302.

3) inte inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen”.¹⁹

Texten betonar att undantagen endast är tillämpliga vid specifika ändamål. Motiveras inte ändamålen är de otillåtna.

2.2.1 Problematiken med trestegstestet

Det råder en ovanlig dubbeltydighet över trestegstestet. Å ena sidan skapas spelrum åt medlemsstater som söker skydd åt sina inskränkningar. Å andra sidan försöker man kontrollera inskränkningarna i ensamrätten till exemplarframställning. Det primära problemet med dubbeltydigheten är den hårfinna balansen mellan medgivande och reservationer i lagarna om upphovsrätt. Med trestegstestens omfattande bredd och uppskattade styrka i internationella förpliktelser skulle man anse det vara självklart med en förklaring om vad testet betyder. Förvånansvärt så är det precis tvärt om. Trots att regeln antogs enhälligt vid Stockholms diplomatiska konferens, finns det fortfarande meningsskiljaktigheter angående dess omfattning och de olika villkoren som utgör testet.²⁰ Trestegstestens exakta innebörd är svår att fastställa eftersom testet är väldigt abstrakt och svårtolkat, på grund av dess tolkningsutrymme. Man får dock inte glömma att trestegstestens värde är just att det präglas av öppenhet.²¹

Efter trestegstestens introduktion vid Stockholmskonferensen återkom det genom en materialisering i art. 13 i TRIPS-avtalet 1994, men då inbäddat i handelssammanhang. När testet inkorporerades i art. 10 i WCT-avtalet blev det vägvisare för anpassningar till inskränkningar i den digitala miljön och en bas för möjligheter att utveckla nya begränsningar. Genom trestegstestens inkorporering i tidigare nämnda artiklar, samt i art. 16 i WPPT-avtalet 1996 och databasdirektivet art. 6.3, har regeln nått ett betydligt större område att tillämpas på.

2.3 Trestegstestens utveckling i Internationell rätt

2.3.1 Bernkonventionen

Upphovsrätten är ett område med en hög grad av internationell prägel. Som tidigare nämnts, finns en rad internationella överenskommelser genom vilka de anslutna länderna ger skydd åt varandras verk och prestationer. En av de viktigaste och äldsta överenskommelserna inom upphovsrättsområdet är

¹⁹ Sam Ricketson, *The Berne Convention for protection of literary and artistic works: 1886 - 1986*, Text of Berne Convention (Paris Act), s. 934.

²⁰ Heide Thomas, *The Berne Convention and the Proposed Copyright Directive*, Opinion: (1999) E.I.P.R., s. 105.

²¹ Senftleben Martin, s. 82 - 87.

Bernkonventionen för skydd för litterära och konstnärliga verk, vilken har stått som förebild till andra internationella överenskommelser. På grund av avsaknaden för skydd utanför landets gränser ingick 1886 en liten men betydande grupp europeiska länder avtal om skydd för litterära och konstnärliga verk.²² BK är en internationell folkrättslig konvention som skyddar upphovsmännen till litterära och konstnärliga verk, samt föreskriver hur vi skall behandla medlemmarna från andra konventionsstater från upphovsrättslig synpunkt. Idag har BK tillträtts av 150 länder.²³ Grundstrukturen och huvudprinciperna i BK är att den nationella lagstiftningen endast gäller på territoriet (territorialitetsprincipen), samtidigt som konventionen uppställer minimikrav som den nationella rätten måste leva upp till. Vid ratificering måste minimireglerna för upphovsrättslig skydd vara uppfyllda. Främmande länders verk skall ges samma skydd som det egna landets verk, så kallad nationell behandling. Minimireglerna omfattar såväl ideella som ekonomiska rättigheter, bland annat ensamrätt att mångfaldiga ett verk och utnyttja det för offentligt framförande.²⁴ Ensamrätten finner vi i BK art. 9.1 som lyder: ”Upphovsmännen till litterära och konstnärliga verk som skyddas av denna konvention, skall ha ensamrätt att bevilja framställning av exemplar, på alla tänkbara sätt och i vilken form som helst”.²⁵

En grundläggande regel i BK är att den förbjuder medlemsländerna att göra det upphovsrättsliga skyddet beroende av några som helst formkrav. Upphovsrätt skall kunna uppnås formlöst och inträda i och med verkets födelse i vilken konventionsstat som helst.²⁶ Genom BK:s minimiregler om skydd för ensamrätten kan man göra undantag eller begränsningar från de exklusiva rättigheterna att framställa exemplar som en upphovsman förfogar över. Kriterierna för att möjliggöra en begränsning finner man BK i art. 9.2, det så kallade trestegstestet. Vart och ett av stegen måste vara uppfyllt för att kunna göra ett undantag från ensamrätten.

- 1) Det första kravet är att exemplarframställning är tillåten endast i särskilda fall, vilket innebär att omständigheterna måste vara exceptionella eller väldigt speciella.
- 2) Det andra kravet är att exemplarframställningen inte får strida mot det normala bruket av verket, det vill säga att det inte strider mot hur upphovsmannen normalt förväntas utnyttja sitt verk.

²² Ricketson Sam, Barrister, Victorian Bar, The Center for Copyright Studies Ltd, The Three-step Test, deemed quantities, libraries and closed expectations, s. 20.

²³ Ploman Edward, Hamilton Clark, Copyright Intellectual property in the information age, s. 49 - 50.

²⁴ www.juridicum.su.se/iri/karc/karc990414.htm, Claesson Renman Katarina, Modern upphovsrätt - Framväxten och utvecklingen av ett globalt rättssystem genom internationella överenskommelser, s. 2.

²⁵ Ricketson Sam, Barrister, The Three-step Test, deemed quantities, libraries and closed expectations, s. 20.

²⁶ Koktevegaard och Levin, s. 40 - 41.

²⁷ Ricketson Sam, The Berne Convention for protection of literary and artistic works: 1886-1986, s. 482 - 485.

- 3) Det tredje och sista kravet innebär att utnyttjandet inte får inverka oskäligt mycket på upphovsmannens legitima intressen.²⁷

Inskränkningar som är tillåtna i vissa avseenden är bland annat rätten att framställa exemplar, citera ur skyddade verk och använda dem i illustrativt syfte inom undervisning, använda verk i samband med rapportering av dagshändelser samt att göra s.k. efemära upptagningar av radio- och televisionssändningar.

Oskäligt förfång kan undvikas genom att utge ersättning, som till exempel vid en tvångslicens. Detta innebär dock inte att utnyttjande som står i strid med normalt nyttjande kan rättfärdigas med ersättning i form av en royalty under tvångslicens, sådant nyttjande kan inte anses gå under normalt nyttjande av verket.²⁸ Trots att BK saknar skydd för digitalt utnyttjande av verk, ger den ett kraftfullt uttryck för grundläggande principer som skyddar ensamrätten och förser de nationella upphovsrättsliga lagarna med riktlinjer om hur de bör utforma sina egna skydd.²⁹

BK blev 1996 kompletterad med WIPO WPPT och WCT som trädde i kraft 2002. Tanken är att medlemsländerna genom det nya avtalet skall uppdatera upphovsrätten till dagens tekniska förhållanden. EU har ännu inte tillträtt WCT. Först när samtliga länder genomfört Infosoc-direktivet kan EU tillträda WCT.³⁰

2.3.2 Romkonventionen och Genève's fonogramkonvention

Romkonventionen (RomK) från 1961 om skydd för närstående rättigheter, d.v.s. skydd för konstnärer, fonogramframställare och radioföretag, spelar också en stor roll på upphovsrättens område.³¹ I art. 15, 7, 10 och 13 i RomK finns undantag från rättigheter som artister, musikproducenter och radioorganisationer innehar. Undantagen är fakultativa, det vill säga de är tillämpliga endast om de finns i den nationella lagstiftningen i landet där man gör anspråk på ensamrätten. I art. 15.1 tillåts konventionsstaterna att göra undantag i ensamrätten genom sina lagar och regler om det gäller:

- 1) för enskilt bruk
- 2) tillfälligt utnyttjande vid korta avsnitt i samband med rapportering av dagshändelser
- 3) efemära upptagningar

²⁸ www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B s. 1 - 2.

²⁹ Ricketson Sam, Barrister, Victorian Bar, The Three-step Test, deemed quantities, libraries and closed expectations, s. 19.

³⁰ Koktevegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 40 - 41.

³¹ Koktevegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 42.

- 4) användning enbart i undervisningssyfte och vid vetenskaplig forskning

Art. 15 .2 föreskriver att utan hänsyn till art. 15.1 kan vilken konventionsstat som helst i sina lagar och regler föreskriva samma undantag och begränsningar angående skyddet för artister, producenter och radioorganisationer som gäller i de nationella lagarna och reglerna angående skydd för kopiering av konstnärliga och litterära verk. Hur som helst får tvångslicenser tillämpas endast i den utsträckning då de är förenliga med denna konvention. Eftersom de nationella reglerna på området för närstående rättigheter är relativt olika från land till land har inte RomK nått så stor utbredelse.³²

Fonogramkonventionen som kom till år 1971 har något större omfattning än RomK. Trots det når man inte någon effektiv ordning på området. Olovlig kopiering är ett stort problem i dagens tekniksamhälle.³³ Fonogramkonventionen utformades för att komma åt problemet med piratkopiering av fonogram. Den kräver specifikt att medlemsstaterna skyddar musikproducenter mot obehörig eller otillåten kopiering av utgivna skivor. Producenterna är skyddade mot illegala kopior, import och den kommersiella distributionen.

Art. 6 i konventionen tillåter medlemsstaterna att föreskriva undantagen som är tillåtna enligt art. 15.2 i RomK. Tvångslicenser är tillåtna endast i tre fall, vilka är:

- 1) dubbleringen är enbart till för undervisning och vetenskaplig forskning
- 2) licensen gäller endast för territoriet och sträcker sig inte till export
- 3) skälig ersättning har betalats

Art. 7.1 föreskriver en säkerhet för skydd av exemplarframställning och närstående rättigheter som finns i varje lands lag och i internationella avtal.³⁴

År 1997 kompletterades RomK med ett nytt WIPO-avtal, WIPO Performance and Phonogram Treaty (WPPT). EU tillträdde detta avtal år 2000.

2.3.3 TRIPS-avtalet

En annan viktig överenskommelse inom immaterialrättens område är TRIPS-avtalet, vilket kom till i samband med omförhandlingar av GATT. I samma förhandling ombildades Världshandelsorganisationen (WTO) 1994.

³⁵ Huvudsyftet med detta avtal var inte enbart att skydda upphovsrätten,

³² www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B s. 2 - 3.

³³ Ploman Edward, Hamilton Clark, Copyright Intellectual property in the information age, s. 76 - 77.

³⁴ www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B s. 3.

³⁵ Abbott, Cottier, Curry, The International Intellectual Property System, s. 320 - 325.

utan att minska förvanskningar och hinder i internationella affärer.³⁶ Då trestegstestet på nytt framträdde i detta sammanhang fick det en bibetydelse, till skillnad mot när det introducerades i BK. Avtalet innehåller dels en allmän förpliktelse att tillämpa Bernkonventionens bestämmelser om det upphovsrättsliga skyddet, dels en rad specialregler om skydd för datorprogram och databaser. På 1980 talet oroades man över de överträdelser som skedde av immateriella ensamrätter i flertalet länder, samt bristen på tvingade åtgärder för efterlevande av reglerna.³⁷ Genom TRIPS-avtalet inkorporerades normer från Bernkonventionen för skydd av exemplarframställning, samtidigt som man lade till detaljerade regler om säkerställanden av immaterialrätter när överträdelser har skett.³⁸ TRIPS är ett mycket effektivt tvistelösningssinstrument som bygger på innehållet i de stora internationella konventionerna. Via en Dispute Settlement Body som fungerar som en internationell domstol löser man tvister om hur TRIPS-avtalet tillämpas. TRIPS kräver att medlemsländerna har effektiva straff- och processrättsliga regler som förhindrar intrång i det upphovsrättsliga skyddet.³⁹ Sverige bands till TRIPS-avtalet genom sin anslutning till Världshandelsorganisationen år 1996.

Art. 9 i TRIPS-avtalet anger avtalets relation till BK. Den kräver att medlemmarna lyder art. 1 - 21 i BK och dess appendix, förutom art. 6*bis*. Genom att referera till art. 9.2 i BK inkorporerades trestegstestet i TRIPS-avtalet, men det uttrycktes även separat genom en helt egen artikel.⁴⁰ Art. 13 föreskriver att konventionsmedlemmarna skall begränsa undantag och inskränkningar i de exklusiva rättigheterna till vissa särskilda fall som inte inkräktar på det normala utnyttjandet av verket och som inte inkräktar oskäligt på upphovsmannens legitima intressen. Artikeln kom till för att göra befintliga regler på upphovsrättsområdet universella. En sorts materialisering av skyddsnormerna i BK skedde genom TRIPS. Artikelns förlängning tillämpligheten av trestegstestet i art. 9.2 BK så att den kan tillämpas även på alla förfoganden och inte endast på exemplarframställning av verk.⁴¹

2.3.4 WIPO "Internet" Treaties

När den internationella upphovsrätten ställdes inför problemet med en snabb teknologisk utveckling ansåg man inte att en revision till av BK kunde gö-

³⁶ Jfr Ödegaard Magnus och Wagle Mediaas Anders, *Opphovsrett i digital verden*, Oslo 1997, s. 55 - 56.

³⁷ www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B, s. 3 - 4.

³⁸ Olsson Henry, *Festskrift till Gunnar Karnell*, s. 526 - 527.

³⁹ www.juridicum.su.se/iri/karc/karc990414.htm, Claesson Renman Katarina, *Modern upphovsrätt – Framväxten och utvecklingen av ett globalt rättssystem genom internationella överenskommelser*, s. 3, se även Abbot, Cottier, Curry, *The International Intellectual Property System*, s. 363 - 365.

⁴⁰ www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B s. 3 - 4.

⁴¹ Per Lager m.fl., *Motion till riksdagen 1999/2000: K19*, med anledning av prop. 1999/2000:35 *Upphovsrätten och offentlighetsprincipen*, 2000-01-21, se även *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, art. 9 och art 13.

ras. På en diplomatisk konferens i Wien år 1996 antogs istället WPPT- och WTC-avtalen vilka får anses närmast som anslutningsavtal till BK. WIPO-fördragen föreskriver att författare, konstnärer och producenter innehar en omfattande rättighet till exemplarframställning. Rättigheten att framställa exemplar används idag för att bekämpa piratkopiering som sker både privat och via Internet. Fördragen bekräftar Bernkonventionens krav på att de skall skydda alla sätt och former av kopiering.⁴²

WCT – fördraget om upphovsrätt

WCT är inte en reviderad text från BK som skall ersätta tidigare revisioner från Stockholm och Paris, det är istället ett specialavtal under art. 20 i BK som behandlar flertalet frågor som uppkommit i och med intåget av det digitala samhället, specifikt Internet. WCT är både ett protokoll till BK, mellan konventionsstater anslutna till BK och WCT och ett fristående avtal mellan medlemmar av BK och icke-medlemmar och mellan icke-medlemsländer. Art. 1.4 i WCT kräver att icke-medlemsländer rättar sig efter art. 1 - 21 i BK. Ensamrätten till framställning av exemplar och undantagen som tillämpas i BK art. 9.2, blir genom WCT art. 1.4 tillämplig även i ett digitalt samhälle. I samband med begränsningar och undantag i ett digitalt samhälle användes trestegstestet för att uppnå de utsatta målen. Testet betonar vikten av att bibehålla balansen mellan uphovsmännen och allmänhetens intresse, specifikt för undervisning, forskning och tillgång till information, som återspeglas i BK. Frågorna som behandlas i och med digitalsamhällets intåg är bland annat erkännandet av distributionen av nya exklusiva rättigheter, uthyrning och kommunikation med allmänheten, skydd mot kringgående åtgärder och skydd för hantering av information i samband med exemplarframställning. Andra bestämmelser försöker klargöra omständigheterna som är oklara i den nuvarande BK-texten, såsom definitionen av datorprogram och kompilering av data.

Art. 10 i WCT är av stort intresse i detta sammanhang eftersom den behandlar undantagen och begränsningarna i både WCT och BK. På så sätt förs Bernkonventionens trestegstest in i WCT och därmed kriterierna för hur begränsningarna skall bedömas.⁴³ Art. 10.1 WCT föreskriver att ”avtalsparter får genom detta fördrag, i nationell lagstiftning, föreskriva begränsningar i uphovsmännens tillskrivna rättigheter angående konstnärliga och litterära verk, i särskilda fall då det inte inkräktar på det normala utnyttjande av verket och inte strider mot uphovsmännens legitima intressen”. Tillhandahållandet av art. 10 tillåter avtalsparterna att föra in och utöka begränsningar och inskränkningar i ett digitalsamhälle, som accepteras i BK, på ett lämp-

⁴² www.juridicum.su.se/iri/karc/karc990414.htm, Claesson Renman Katarina, Modern upphovsrätt – Framväxten och utvecklingen av ett globalt rättssystem genom internationella överenskommelser, s. 3 - 4.

⁴³ Ricketson Sam, The Three-step Test, deemed quantities, libraries and closed expectations, s. 20 - 21, se även Wipo Copyright Treaty art 1.4 och art. 10.

⁴⁴ www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B s. 4., se även WIPO Copyright Treaty, art. 10.

ligt sätt i de nationella lagarna. På liknande sätt kan avtalsparterna föra in nya undantag och inskränkningar som är lämpliga i ett digitalsamhälle.

Art. 10.2 föreskriver att när avtalsparterna tillämpar BK skall de begränsa undantagen från rättigheterna som finns däri, till särskilda fall som inte står i strid med normal utnyttjande av verket eller som oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intresse. Denna artikel kräver att trestegstestet som intagits i art. 10.1 WCT tillämpas på BK inskränkningar och begränsningar. Art. 10.2 varken begränsar eller utvidgar omfattningen på tillämpligheten av inskränkningar och undantag som tillåts i BK. Trestegstestet i WCT är inte enbart avsett för att kontrollera anpassningen till de gängse utsatta inskränkningarna i digitalsamhället, utan även för att vägleda nya undantag.⁴⁴

WPPT - fördrag om framföranden och fonogram

WPPT är ett fristående fördrag vilket var tänkt att förse konstnärer och fonogramproducenter med samma skydd som fanns i RomK. Fortfarande är RomK och TRIPS-avtalet de internationella verkande instrumenten när det gäller rättigheterna knutna till radiosändningar. Art. 16.1 i WPPT har samma innehåll som art. 15.2 RomK:

16 (1) Avtalsparter får i sina nationella lagar föreskriva samma sorts begränsningar och inskränkningar för skydd av artister och skivproducenter som de föreskriver i sina nationella lagar angående skydd för litterära och konstnärliga verk.

16 (2) Avtalsparterna skall begränsa alla inskränkningar till rättigheter som finns i detta fördrag, till att gälla endast i särskilda fall då de inte inkräktar på normalt utnyttjande av artisters skivor och inte inkräktar på artisters eller producenters legitima intressen.

Till skillnad från art. 15.1 RomK så utvidgar inte WPPT art. 16.2 möjligheterna till undantag eller inskränkningar i konstnärers och fonogramproducenters rättigheter. Den för helt enkelt in trestegstestet genom att skriva vid ”alla begränsningar och inskränkningar i rättigheter som tillhandahålls genom detta fördrag”.⁴⁵

⁴⁵ www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reprots_Simplifications - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B s. 3 - 5, se även WIPO Performances and Phonograms Treaty, art. 16.

3 TOLKNING AV TESTET

3.1 Trestegstestets olika kriterier i internationell rätt

Trestegstestet formar en enhetlig beståndsdel i internationell upphovsrätt vilken alltid består av samma delar. Först talar man om att inskränkningarna får ske i vissa särskilda fall, den grundläggande regeln. Denna regel följs sedan av två villkor som begränsar omfånget av regeln, nämligen att inskränkningarna inte får inkräkta på det normala utnyttjandet av verket och att begränsningarna inte står i strid med upphovsmannens legitima intressen. Alla kriterier måste vara uppfyllda för att kunna tillämpa en inskränkning. Testets normerande ramar kan summeras på följande sätt:

Kriterium 1: grundläggande regeln: begränsningar få ske i särskilda fall.

Kriterium 2: första kravet som avgränsar och beskriver den grundläggande regeln mer noggrant: att den inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster- omöjligt med tvångslicens.

Kriterium 3: andra kravet som avgränsar och beskriver den grundläggande regeln mer noggrant: att den inte oskäligen inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen - tvångslicens är här möjlig.⁴⁶

En generell princip är att man använder sig av ramar uppsatta i internationella upphovsrättsliga lagar då man bestämmer omfattningen på de relevanta inskränkningarna. Annars skulle nationella lagar kunna kringgå trestegstestet genom att inte bevilja en ensamrätt inom ett visst område som täcks av trestegstestet.

Trestegstestens initiala funktion är direkt kontroll av nationella redan existerande inskränkningar. Dessutom syftar det till att bestämmelserna stämmer överens med BK. Omfattningen av trestegstestet har hela tiden vidgats i samband med utvecklingen i internationell upphovsrätt. Från början omfattade trestegstestet endast exemplarframställning enligt art. 9.2 BK. Direkt kontroll av nationella begränsningar sker i samband med detta. I TRIPS och WCT fungerar det på samma sätt då det tillämpas på ensamrättigheter som är nyligen antagna i dessa fördrag. Art. 13 TRIPS och art.10 WCT berör även inskränkningar i traditionella exklusiva rättigheter som finns i BK. Syftet med trestegstestet är i detta sammanhang att noggrant undersöka inskränkningar som har antagits i nationell lagstiftning. Även om inskränkningarna redan stämmer överens med de utsatta kriterierna i BK, så måste även trestegstestens kriterier vara uppfyllda. Om inskränkningar i BK ensamrättigheter görs, aktualiseras alltid trestegstestet utöver detta. På så sätt fungerar testet som ytterligare ett skydd.⁴⁷

⁴⁶ Senftleben Martin, s. 105, 131 - 132.

⁴⁷ Senftleben Martin, s. 285 - 286.

3.2 WTO:s tolkning av trestegstestet

Fall WT/DS 160

År 2000 väckte EU talan mot USA angående brott mot undantag i art. 13 TRIPS och en tolkning gjordes av WTO:s tvistemålsförfarande panel angående trestegstestets olika kriterier. USA:s Copyright Act, section 110 (5) (B) ”business exception” ansågs inte följa kriteriet normalt utnyttjande i trestegstestet eftersom pubar, barer och restauranger sände radio och tv utan att betala ersättning för utnyttjandet till upphovsmännen.

Som tidigare nämnts, måste inskränkningarna och undantagen i trestegstestet uppfylla kraven på 1) särskilda fall, 2) inte stå i strid med det normala nyttjandet av verket, samt 3) inte oskäligen inkräkta på upphovsmännens legitima intressen. Om man misslyckas med att uppfylla något av de tre kraven innebär detta ett brott mot TRIPS och då kan bestridas med hjälp av WTO:s ramar.

Steg 1 i art. 13 TRIPS ser till vem som använder sig av undantaget och i vilken proportion undantaget görs. Man får se till vad som anses vara normalt användande i förhållande till användande i speciella fall. I de fall när utnyttjandet sker sällan och tillfälligt anses det tillhöra steg 1. En begränsning utgör ett särskilt fall enligt trestegstestet och kan antas i lagstiftningen, om den stödjer sig på en förnuftig grundmotivering. Villkor i BK som tydligt tillåter antagandet av en inskränkning på en nationell nivå, utgör alltid en förnuftig grundmotivering i det skildrade sammanhanget. En nationell inskränkning som är förenlig med BK utgör därför alltid ett särskilt fall. Användningen av upphovsrättsligt material i industriella arbeten är t.ex. inte ett särskilt fall, åtminstone inte så länge en sådan användning kan kontrolleras i digitala omgivningar.

Steg 2 ser till i vilken mån upphovsrättsinnehavaren utnyttjar sin ensamrätt för att uppnå ekonomisk vinning. Vad som anses vara normalt utnyttjande avgörs genom att ser till det vanliga och typiska användande på marknaden. Ett sätt att avgöra om utnyttjandet är normalt är att se om det är av särskild ekonomisk eller praktisk betydelse. Om en inskränkning eller ett utnyttjande står i strid med det normala utnyttjandet, bedöms utifrån varje enskild exklusiv rättighet. Det innebär att om t.ex. ett undantag i framföranderätten stämmer överens med trestegstestet, betyder det inte automatiskt att rätten till exemplarframställning eller distributionsrätten stämmer överens med testet. Rättighetsinnehavaren skall kunna åkalla varje rättighet separat. En av panelens viktigaste slutsatser hänförs till konsekvenserna av att upphovsrättsinnehavaren avstår från att utnyttja sitt verk. Blotta faktum att upphovsmannen avstår från licensiering av en viss sorts användning, innebär inte att man bortser från kriteriet normalt utnyttjande. Detta betyder att ett undantag inte kan rättfärdigas genom att hävda upphovsmännens motsträvighet till licensiering och att upphovsmän kan göra invändningar mot undantag med stöd av trestegstestet även om de inte tar i anspråk utnyttjandet

av ensamrätten. En konflikt uppstår angående det normala utnyttjandet om en inskränkning försämrar marknaden för en viss typ av verk eller alster.

Steg 3 avser det legitima intresset hos en upphovsman. Det legitima intresset är diskutabelt, svårdefinierbart och komplicerat att urskilja från kriteriet normalt utnyttjande. Panelen fastställde att det legitima intresset täcker varje frågeställning som är av betydelse för en vanlig eller juridisk person, så länge det är förenligt med rättsliga bestämmelser och *"försvarbart i ljuset av de mål som ligger bakom skyddet för ensamrättigheterna"*. Den svåra frågan är att avgöra var tröskeln går för att bedöma ett sådant utnyttjande som oskäligt. Om man enbart ser till den ekonomiska innebörden, ansåg panelen att ett undantag är ett oskäligt utnyttjande om det orsakar eller har en potentiell möjlighet att orsaka en oskälig ekonomisk förlust för ensamrättsinnehavaren. Det legitima intresset är inte nödvändigtvis knutet till ekonomiska frågor.

En indirekt ekonomiskt intressant aspekt som kan komma att bli betydande med intåget av verksinnehåll på Internet är kontrollen över användningen av materialet. Relevanta faktorer med stor inverkan på rättsinnehavaren är bland annat i vilket sammanhang det företes, i den utsträckning som det utsätts för hot om piratkopiering och frekvensen av användningen som en konsekvens av ett undantag. Panelen beaktade vid sin bedömning intressen för upphovsmän i alla länder.

3.2.1 Tolkningen

För första gången tockades trestegstestet i en bindande internationell rättegång. Testet som länge funnits, men som är av generell karaktär, tockades noggrant och analysen visar flertalet fördelar för rättighetsinnehavaren. Beslutet klargör att undantag från exemplarframställning inte kan uttryckas på ett generellt sätt eller förlängas till normalt utnyttjande. De får inte stå i strid med något normalt utnyttjande av verket, oavsett om det redan är nyttjat eller endast har potential att bli nyttjat. Faktiskt eller potentiell ekonomisk skada är den mest iögonfallande faktorn för att bestämma om utnyttjandet av det legitima intresset är oskäligt, men även andra faktorer hos rättighetsinnehavaren skall beaktas vid bedömningen. Undantag kan orsaka mycket mer skada om de används på Internet än om de används i traditionell omgivning. Undantag i traditionell omgivning, såsom privatkopiering, undervisning eller forskningsanvändning eller andra liknande breda undantag i upphovsmännens rättigheter, kan i en digital miljö leda till en ny bedömning om de är förenliga med internationella överenskommelser.⁴⁸

Trots denna rapport var USA motvillig att ändra sin upphovsrättslag så att den stämmer överens med art. 13 TRIPS och WTO:s beslut. Istället valde man i en skiljedom att betala 1 100000 dollar per år i kompensation till Eu-

⁴⁸ Ifpi, Decker Ute, London 2001-The Three Step Test- International standards for limitations in Copyright Guidelines issued by a WTO Dispute Settlement Decision, s. 25 - 27.

ropeiska artister och kompositörer på grund av section 110 (5) (B). Idag är USA:s praxis fortfarande oförändrad och därmed inte förenlig med panelens beslut.

Eftersom denna rapport från WTO var en av de första tolkningarna av trestegstestet kan man inte hävda att den utgör etablerad praxis. Panelrapporter har inte prejudikateffekt på så sätt att man inte kan överklaga deras beslut i kommande tvistemål. Detta beslut måste dock anses ha en relativt stark ställning, eftersom det är ett resultat av en tvist avgjord på internationell nivå med medlemmar från WTO. Man kan dock inte hävda att det är en absolut tolkning som man inte kan frångå.⁴⁹

3.3 Trestegstestet i Infosoc-direktivet

Tillämpningsområdet för art. 9.2 BK gällde från början endast ensamrätten att framställa exemplar, men med senaste tidens utveckling av de internationella regelverken har tillämpningsområdet breddats. Artikel 9.2 gör det till en internationell förpliktelse att nå ett beslut om vad som anses vara ett acceptabelt undantag eller en inskränkning i en upphovsmans ensamrättigheter inom trestegstestens gränsområde.

Trestegstestet har via art. 9.2 BK även successivt nått utbredelse i gemenskapslagstiftningen. I europeisk rätt förekom trestegstestet redan i direktivet om datorprogram art 6.3 och direktivet om databaser art. 6.3. I inget av de tidigare direktiven är testet så snävt uttryckt som i Infosoc-direktivet.⁵⁰ Den senaste tekniska utvecklingen, speciellt Internet, kräver dock kunskap och åtaganden om utvecklingen i Infosoc-direktivet och gör det nödvändigt att förstå innebörden i trestegstestet. I EU:s Infosoc-direktiv tillämpas trestegstestet i helhet på alla rättigheter som man försöker att harmonisera. I Infosoc-direktivets art. 5.5 finner vi alltså motsvarigheten till art. 9.2 i BK. Genom direktivets konstruktion visar trestegstestet i art. 5.5 de existerande internationella kraven för inskränkningar. Trestegstestet fungerar, precis som art. 10.2 WCT, som ett utökat skydd. Testet är av specifikt intresse i Infosoc-direktivet eftersom att det i detta sammanhang har till uppgift att kontrollera antagandet av de 21 valfria undantagen som föreskrivs i direktivets art. 5.⁵¹ ”Undantagen och inskränkningarna som presenteras i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjande av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättighetsinnehavarnas legitima intressen.”⁵² Om medlemsstaterna önskar anta dessa nya inskränkningar, måste de försäkra sig om överensstämmelse med trestegstestet i art. 5.5. Precis som i WIPO Internet Treaties, föreskrivs det i direktivets ingress, stycke 44, att då medlemsstaterna tillämpar

⁴⁹ Senftleben Martin, s. 107 - 110.

⁵⁰ Heide Thomas, The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive, Opinion, 1999 E.I.P.R., s. 105, se även direktiv 91/250/EEG om skydd för datorprogram art 6.3 och direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser, art 6.3.

⁵¹ Senftleben Martin, s. 245 - 253.

⁵² Infosoc-direktivet, art. 5.5.

inskränkningar och undantag bör det ske i överensstämmelse med internationella förpliktelser. Dessutom bör man ta hänsyn till de ökande ekonomiska verkningar som undantagen kan få i den nya digitala miljön. Art. 5.5 är en direkt hänvisning till ingress 44.⁵³

Ett av syftena med Infosoc-direktivet är att bana väg för ratificeringen av WCT och WPPT i EU och i medlemsstaterna.⁵⁴ Direktivet syftar till att gynna investeringar i skapande och innovation som leder till ökad industriell tillväxt och konkurrens. Varje harmonisering av upphovsrätt måste anta starka skyddsåtgärder så att upphovsmännen fortsätter att skapa. Genom harmoniseringen av medlemsstaternas upphovsrättslagar, strävar man efter att etablera en effektiv internationell marknad.⁵⁵ I gällande harmoniseringen av upphovsrättslagarna har trestegstestet enbart en begränsad potential. Det kan inte ändra faktum att 20 av 21 undantag blev frivilliga, däremot kan det uppmuntra en följdriktig tillämpning av undantagen i förekommande fall.

Följande sekvens illustrerar tillvägagångssättet när trestegstestet tillämpas:

- 1) En nationell lag antar en begränsning av en exklusiv rättighet som finns i Infosoc-direktivet
- 2) Förenligheten med listan i punkterna 1, 2, 3 och 4 i art. 5 måste först kontrolleras
- 3) Utöver detta måste trestegstestet i art. 5.5 beaktas

Tolkningen i art. 5.5 följer således tolkningen av trestegstestet på internationell nivå för att hindra att medlemsstater i EU saknar internationella förpliktelser och äventyrar ratificeringen av WIPO Internet Treaties.⁵⁶

3.3.1 De tre stegen

Särskilda fall: Art. 5.5 första kriteriet föreskriver att undantagen och inskränkningarna i punkterna 1, 2, 3 och 4 får tillämpas i vissa särskilda fall och är av generell karaktär. Om man skulle precisera varje undantag mer specifikt skulle detta bidra till splittring snarare än harmonisering. Upphovsrättsinskränkningar som inte uppfyller första kravet strandar direkt. En avgörande fråga i detta sammanhang är om de uppräknade undantagen i listan kan kvalificeras som särskilda fall på samma sätt som i trestegstestet i internationella sammanhang? Tanken var inte att nationella lagar ytterligare skulle konkretisera listan med undantag som får tillämpas endast i vissa särskilda fall enligt art. 5.5. Undantagen i art. 5 som tillåter ”inskränkningar i vissa särskilda fall” visar att nationella lagar inte själva måste skapa särskilda fall genom den uttömmande listan. För att uppfylla kriterierna i art. 5.5 behöver nationella lagar inte sätta upp snävare ramar för inskränkningarna än vad direktivet gör. Genom en enkel överföring av direktivets ramar av-

⁵³ Infosoc-direktivet, ingress 44.

⁵⁴ Senftleben Martin, s. 245 - 253.

⁵⁵ Bruun Niklas, Levin Marianne, Nordell Per Jonas, Norrgård Marcus, Pehrson Lars, Rosén Jan, Rogstad Ole-Andreas, Scovbo Jens, Stenvik André, Ett harmoniserat immaterialrättsligt rättssystem, s. 359.

⁵⁶ Senftleben Martin, s. 354 - 357.

slutas och fulländas hänvisningen till det internationella trestegstestet. Uttrycket i ”vissa särskilda fall” kan hjälpa till att minska en potentiell skada som kan uppstå vid en alltför vidsträckt uppräknning av undantag i Infosoc-direktivet.

Man skall inte dölja fördelen med att inkorporera alla tre kriterier som finns i trestegstestet i art.5.5 i direktivet, direkt i lagen. Om man enbart hänvisar till hela trestegstestet så återspeglas endast gällande internationella förpliktelser. När man inkorporerar direktivet i nationella lagar måste lagstiftarna använda förnuft och förstånd och agera med stor försiktighet och väga upphovsrättskyddet mot motiveringen till ett undantag. Begränsningar skall bibehållas eller inkorporeras endast om det är nödvändigt för en väl avvägd nationell upphovsrättslig balans.⁵⁷

Normalt utnyttjande: Det andra kriteriet i trestegstestet beskriver den grundläggande regeln, ”särskilda fall”. En konflikt med det normala utnyttjandet av verket eller alstret är inte tillåtet. I internationell upphovsrätt uppstår en konflikt angående om utnyttjande av verket är normalt eller inte, när rättighetsinnehavaren blir berövad en faktisk eller potentiell marknadsplats av betydande ekonomisk och praktisk betydelse. Omkring alla dessa faktiska eller potentiella ställningar på marknaden, är den upphovsrättsliga kärnan själva möjligheten att nyttiggöra ett verk som kan medföra en stor inkomstkälla. För att avgöra om handlandet strider mot normalt utnyttjande får man se till varje enskilt fall och varje enskild situation. Inskränkningar som inte uppfyller detta villkor tolereras inte alls.⁵⁸

Oskälighetskränkningar på det legitima intresset: Det tredje kriteriet berör inskränkningar i rättighetsinnehavarens legitima intressen, vilket avser de ekonomiska rättigheterna. Direktivet skyddar inte den ideella rätten. Förverkligandet av målet att nå en upphovsrättslig balans är beroende av det sista kriteriet. Därför kan det anses vara stötspelaren i trestegstestet. Förbudet mot oskäligt utnyttjande av det legitima intresset innehåller ett proportionalitetstest, vilket är förenligt med gemenskapsrätten. Proportionalitetstestet hävdar att ett intrång är i sin ordning om det håller sig inom gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå målet med inskränkningen. I tre fall ger det internationella trestegstestet nationell lag möjlighet att betala skäligt vederlag för att undvika oskäligt utnyttjande. Dessa fall gäller: vid fotokopiering eller liknande exemplarframställning art. 5.2.a, för privat bruk art. 5.2.b samt för sociala institutioner, t.ex. sjukhus och fängelser, av radio- och televisionsutsändningar art. 5.2.e. Möjligheten till skäligt vederlag är till för att undvika oskäligt utnyttjande. Det erläggs när inskränkningen inte håller sig inom skäliga gränser. I direktivet heter det att man betalar en ”fair compensation”, vilket anges i ingress 35. Enligt ingress 36 kan denna möjlighet tillämpas även på de frivilliga undantagen i art. 5, vilket innebär att rättighetsinnehavare kan få ersättning oavsett om förpliktelsen härleds från trestegstestet eller inte. Garantin att få skälig kompensa-

⁵⁷ Senftleben Martin, s. 258 - 267.

⁵⁸ Senftleben Martin, s. 268 - 273.

tion för utnyttjandet av ett verk fråntar alltså inte medlemsstater möjligheten att noggrant bestämma i varje enskilt fall om en skälig ersättning skall erläggas eller inte. Inskränkningarna säkerställer effektiv verksamhet av administrativa organ och minska kostnaden för korrekt administration.

Hela testförfarandet i trestegstestet kan uppfattas som ett förfinat proportionalitetstest. Tvånget att inskränkningarna måste vara ”vissa särskilda fall” och förbudet mot ”konflikt med det normala utnyttjandet” kan uppfattas som instrument som sorterar ut vissa inskränkningar som är uppenbart oförenliga med kraven. De bildar en ingångsport för upphovsrättens sköra balans, som till slut kan avgöras men hjälp av det sista kriteriet, ”förbud mot oskäligt inkräktande på rättsinnehavarens legitima intressen”. Varje tillåten inskränkning som är uppräknad i direktivet har granskats i ljuset av trestegstestet.⁵⁹

3.3.2 Funderingar kring testets uppbyggnad i Infosoc-direktivet

Genom Infosoc-direktivet rekommenderas att trestegstestet i art. 5.5 skall introduceras i nationell upphovsrättslagstiftning. För att förverkliga direktivets vidsträckta mål att harmonisera upphovsrättslagar, skulle det ha varit mer effektivt att använda en öppen formulering istället för att räkna upp inte mindre än 21 inskränkningar. Anledningen till att inskränkningar blev så många berodde på att medlemsstaterna sedan tidigare hade ett stort antal olika sorters inskränkningar i sina lagar och inte kunde enas om vilka som skulle införas i direktivet. Trots att de nuvarande inskränkningarna speglar en stor variation täcker de inte alla fall då en inskränkning kan vara lämplig. Domstolar, inklusive Europadomstolen, skulle ha kunnat uppnå en successiv harmonisering av inskränkningarna i EU:s upphovsrätt om testet hade haft en mer öppen formulering. Baserat på ramarna i art. 5 i Infosoc-direktivet är denna lösning dock inte helt utom räckhåll. Inskränkningarna i listan är inte exakt beskrivna, utan snarare speglar olika typer av inskränkningar där ramarna inte har strikt begränsats. Nationella lagar kan använda detta utrymme för att manövrera genom att placera litterära fotokopior i de uppräddade fallen i nationell lagstiftning som är kombinerad med trestegstestet. Ramarna i art. 5 bör kopieras in så precist som möjligt i nationell lag. Om Europadomstolen skall få i uppgift att avgöra om en inskränkning är tillåten enligt Infosoc-direktivet skulle avgörandet påverka alla medlemsstater som infört inskränkningen ifråga.⁶⁰

När man värderar trestegstestets inflytande på upprättandet av en upphovsrättslig balans i den digitala omgivningen, är faran lika stor att man undervärderar dess justerande möjlighet som att överdriva dess vikt. Varje gång som ett klart avtal om tillåtna inskränkningar inte har kunnat nås, har trestegstestets abstrakta formulering åberopats. Tack vare testets öppenhet har det kapacitet att användas som en kompromissande lösning för att förena

⁵⁹ Senftleben Martin, s. 273 - 281.

⁶⁰ Senftleben Martin, s. 248, 292 – 293, se även Infosoc-direktivet, art. 5.

motstående åsikter. Det är därför en överdrift att påstå att den skapar en balans av specifikt slag. Snarare är det en materialisering av föreställningen om en riktig upphovsrättslig balans som lägger lika mycket vikt på upphovsmännen som på användarna. Idag innehåller alla relevanta internationella fördrag trestegstestet. Testet har både uppgiften att kontrollera traditionella inskränkningar och tillhandahålla vägledning i den digitala miljön. Testet har överlevt en lång utveckling i internationell rätt, men det har haft svårt att hålla takten med framtida utvecklingar. För att reglerna i trestegstestet skulle kunna hålla i många år var det nödvändigt att skapa ett test med flexibla normer istället för att försöka ge precisa riktlinjer baserade på den rådande situationen. För att kunna konkretisera trestegstestet utan att inkräkta på dess flexibla lösning, listade i Infosoc-direktivet inte mindre än 21 inskränkningar i upphovsmannens rättigheter. Uppgiften att bana vägen för vidare utveckling och förbättring av upphovsrätten är nu överlämnad till EU:s medlemsstater och Europadomstolen.⁶¹

⁶¹ Senftleben Martin, s. 304 – 311, se även Infosoc-direktivet, art. 5.

4 INFOSOC-DIREKTIVET - 2001/29/EG

4.1 Syftet med Infosoc-direktivet

På grund av upphovsrättens ekonomiska, handelspolitiska och kulturskapande betydelse är denna en mycket viktig del inom EU. Härtill kommer dess inverkan på kommunikationsmöjligheter, t.ex. genom Internet och television. För att värna om upphovsrättens fortlevnad i den digitala miljön skapades Infosoc-direktivet.

Både inom EU och WIPO har åtgärder vidtagits på internationell nivå för att kunna anpassa och harmonisera den upphovsrättsliga lagstiftningen till den tekniska utveckling som skett de senaste decennierna. Samarbetet inom WIPO som är FN:s organ för immaterialrätt, resulterade 1996 i två nya fördrag, WIPO Copyright Treaty och WIPO Performances and Phonograms Treaty. Inom EU har arbetet resulterat i direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.⁶² Grunddokumentet för EU:s upphovsrätt är EG:s Grönbok av den 7.6.1988 som sedan följts av en rad olika uppdateringar. Av större intresse är kommissionens Grönbok 19.7.1995, KOM (95) 382 om Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och uppföljningsdokument, KOM (96) 586. Slutligen mynnade utvecklingsprocessen ut i Infosoc-direktivet.⁶³ Huvudsyftet med Infosoc-direktivet är att samordna och införliva bestämmelserna i WPPT och WCT i gemenskapen. Därför bygger direktivet på dessa internationella fördrag. Så snart medlemsstaterna har genomfört direktivet är det tänkt att gemenskapen och medlemsstaterna skall tillträda avtalen samordnat genom att samtidigt deponera sina ratifikationsdokument hos WIPO. Medlemsstaternas lagstiftning skall dock genom direktivet harmoniseras i betydligt större omfattning än i WIPO-fördragen. Anpassning och komplettering till upphovsrättslagen till den tekniska utvecklingen skall göras genom direktivet. Det avser också att harmonisera och precisera upphovsrätten så att den inte motverkar handel med varor och tjänster över medlemsstaternas gränser. Investeringar i kreativ och innovativ verksamhet uppmuntras genom att hålla en hög skyddsnivå, vilket skall leda till ökad tillväxt och konkurrenskraft för europeisk industri. En hög skyddsnivå gagnar upphovsmännen och har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. En välgjord avvägning mellan användarintressen och rättighetsinnehavarnas intressen bör dock göras med tanke på att gemenskapen har ambitionen att skapa balans mellan dessa grupper.⁶⁴

⁶² Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 35 - 36.

⁶³ Koktevegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 48 - 49.

⁶⁴ DS 2003:35, Upphovsrätten i Informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, s. 1 - 2, 51 - 52.

4.2 Ensamrättigheterna i Infosoc-direktivet

I artikel 2 - 4 i direktivet finns bestämmelser om ensamrättigheter för upphovsmän och närstående rättighetsinnehavare, vilka är framställare av ljud- och bildupptagningar samt radio- och televisionsföretag och utövande konstnärer. Dessa förfoganderättigheter ges en ökad klarhet i och med direktivet. En uttömmande uppräkningslista av de undantag och inskränkningar som får göras i upphovsmäns och närstående rättighetshavares ensamrättigheter finns i art. 5.⁶⁵

Rätten att tillåta eller förbjuda mångfaldiganden direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, oavsett metod och form, helt eller delvis tillkommer upphovsmännen eller närstående rättighetsinnehavare enligt art. 2 i Infosoc-direktivet. En annan ensamrätt i direktivet är den som föreskrivs i art. 3, att upphovsmännen skall ges en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg. Rätten att göra verken tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer omfattas även av denna ensamrätt.⁶⁶ Ett sådant tillhandahållande på begäran sker när ett verk läggs ut på en webbplats på Internet. En överföring innefattar inte liveframföranden, endast distansöverföringar. Rättigheterna upphör inte till ett verk eller alster när det tillgängliggörs för allmänheten enligt art. 3.1 och art. 3.2. Spridningsrätten är den sista av ensamrättigheterna, art. 4. All slags spridning till allmänheten av verket, original eller kopia, genom försäljning eller på annat sätt, råder upphovsmannen över. Denna rättighet gäller alltså inte närstående rättigheter. Utifall den första spridningen, försäljning av ett exemplar, görs inom gemenskapen och med samtycke från upphovsmannen, anses ensamrätten vara konsumerad. Regional konsumtion gäller enligt direktivet.⁶⁷

4.3 Inskränkningarna i ensamrättigheterna

Inskränkningarna i art. 5 i Infosoc-direktivet var först tänkta att vara ett av de centrala harmoniserande momenten för upphovsrätten i Europa. Mängden och utformningarna av inskränkningarna diskuterades länge på europeisk nivå. De skulle vara få, utvalda, tvingande och läggas till listan i art 5 med trestegstestet i art. 5.5 som bedömningsnorm. På grund av många viljor och önskningsregler om att få behålla undantagsregler i sina nationella lagar mynnade förhandlingarna ut i att art. 5 blev en lång uppräkningslista av alla undantag från ensamrätten som redan förekommer i medlemsländernas upp-

⁶⁵ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 43.

⁶⁶ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, art. 3.

⁶⁷ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 43 – 44.

hovsrättsliga lagstiftningar. Medlemsländerna kan från denna lista med 21 olika alternativ fritt välja bland undantagen.⁶⁸

Möjligheter till undantag och inskränkningar i upphovsmännens ensamrättigheter eller närstående rättsinnehavares rättigheter ges i art. 5 i direktivet. Endast i ett avseende är direktivet tvingande och det gäller tillfälliga kopior, art. 5.1. Kopior som utgör ett inkluderande av underordnad betydelse eller är flyktiga, och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, vars enda syfte är att möjliggöra antingen en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster som inte har någon självständig ekonomisk betydelse, är tillfälliga kopior. Exemplarframställningsrätten skall inte omfatta sådana här tillfälliga former av mångfaldiganden. Denna inskränkning är tvingande.

Medlemsstaterna får inte lov att föra in några undantag eller inskränkningar som går utöver de undantag och inskränkningar som finns uppräknade i art. 5. Dessa undantag är av fakultativ karaktär, direktivet tillåter medlemsstaterna att införa dem i sin lagstiftning, men de behöver inte ha dem.

Från rätten till framställning av exemplar får följande undantag göras enligt direktivet i följande fall:

- ” För fotokopiering eller liknande exemplarframställning (artikel 5.2.a)
- För privat bruk (artikel 5.2.b)
- För bibliotek, utbildningsanstalter, museer och arkiv (artikel 5.2.c)
- För så kallade efemära upptagningar av verk som utförs av radio- eller televisionsföretag (artikel 5.2.d)
- För sociala institutioner, t.ex. sjukhus och fängelser, av radio- och televisionsutsändningar (artikel 5.2.e)

Från rätten att överföra verk till allmänheten och framställning av exemplar får följande undantag göras:

- För användning i illustrativt syfte inom undervisning eller vetenskaplig forskning (artikel 5.3.a)
- För användning av personer med funktionshinder (artikel 5.3.b)
- För användning av verk eller andra alster vid nyhetsrapportering mm. (artikel 5.3.c)
- För citat (artikel 5.3.d)
- För användning i den allmänna säkerhetens intresse och för rapportering av ett rättsligt förfarande m.m. (artikel 5.3.e)
- För användning av politiska tal m.m. (artikel 5.3.f)
- För användning under religiösa eller officiella högtidligheter (artikel 5.3.g)
- För användning av verk t.ex. arkitektoniska verk eller skulpturer, placerade på allmän plats (artikel 5.3.h)
- För inkluderande av underordnad betydelse av ett verk eller annat alster som del i ett annat material (artikel 5.3.h)

⁶⁸ Koktevegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 161 - 167, 180 - 181.

- För att annonsera en offentlig utställning eller försäljning av konstnärliga verk (artikel 5.3.j)
- För användning av i karikatyr-, parodi-, eller pastischsyfte (artikel 5.3.k)
- För användning i samband med demonstration eller reparation av utrustning (artikel 5.3.l)
- För användning av ett konstnärligt verk i form av en byggnad eller en ritning eller en plan av en byggnad i syfte att rekonstruera denna byggnad (artikel 5.3.m)
- För användning genom överföring för enskilda i forskningssyfte eller privata studier genom därför avsedda terminaler i lokaler hos arkiv, bibliotek m.m. (artikel 5.3.n)
- För analog användning i vissa andra fall av mindre betydelse där undantag eller inskränkningar redan finns i nationell lagstiftning (artikel 5.3.o)”

Med hänsyn till syftet med mångfaldigandet och i den utsträckning det är motiverat, får även spridningsrätten inskränkas, enligt art. 5.4. De inskränkningar som tillåts i art. 5.1 till 5.4 får enligt art. 5.5 tillämpas endast i särskilda avsedda fall, som inte strider mot den normala användningen av verket eller annat alster och inte oskäligen inkräktar på upphovsmännens legitima intressen. Lydelsen i nyss nämnda artikel motsvarar innehållet i trestegstestet, BK art. 9.2, WCT art. 10.1, TRPS art. 13 samt WPPT art. 16.2.⁶⁹

⁶⁹ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 42 - 46.

5 UPPHOVSRÄTTSLAGEN

5.1 Dagens upphovsrätt

Sverige har genom att binda sig till internationella överenskommelser och direktiv en skyldighet att följa dessa regleringar. Varje land har dock rätt att utforma sin egen upphovsrättslagstiftning så länge den inte strider mot de internationella åtaganden som gjorts.

Den svenska upphovsrättslagstiftningen från 1960 har i stort sett samma grundinnehåll idag som då den kom till, bortsett från en del ändringar i inskränkningarna. Syftet med skyddet är att stimulera kreativitet och skapande som på lång sikt utgör grunden för samhällsutvecklingen.⁷⁰

5.2 Ensamrätten

Upphovsrättslagen (1960:729) skyddar litterära och konstnärliga verk, men även en del närbesläktade företeelser. I stort sett varje individuell, personlig insats kan skyddas eftersom skyddet uppstår formlöst, 1:1 st. § URL. Krav finns i lagen på att en kreativ insats funnits vid verkets tillkomst, så kallad originalitet.⁷¹ Skyddstiden för ett upphovsrättsligt verk är efter uphovsmannens död 70 år, 43 § URL.⁷²

Upphovsrätten är inte ett absolut skydd mot andra på så sätt att det räcker med en subjektiv nyhet för att skapa upphovsrätt. Var och en som självständigt genom sin egen personliga insats presterar ett verk kan göra anspråk på upphovsrätt.⁷³

5.2.1 De ekonomiska rättigheterna

Upphovsmannen är skyddssubjektet inom upphovsrätten. Rätten till ett verk uppstår när uphovsmannen har skapat det. Om det finns flera uphovsmän och man inte kan urskilja den enskildes bidrag uppstår en samäganderätt, enligt 6 § URL.

Ensamrätten inbegriper två huvudsätt att förfoga över ett verk och dessa är enligt 2 § URL:

- 1) rätten att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av verket, dvs. att framställa exemplar av verket

⁷⁰ Nordell Per Jonas, Rätten till det visuella, s. 207.

⁷¹ SOU 1956:25, s. 61, 65 – 69.

⁷² 1966 förlängdes skyddstiden från 50 år till 70 år. Se Lag (1995:1273) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁷³ SOU 1956:25, s. 66 – 67.

- 2) rätten göra verket tillgängligt för allmänheten, enligt 2 § 3 st. URL innehåller tre förfoganden, nämligen rätten att:
 - framföra verket offentligt
 - att sprida exemplar av verket till allmänheten genom vidareförsäljning mm
 - offentligt visa exemplar av verket offentligt.

Rätten att mångfaldiga verket är en central förfoganderätt. Ensamrätten omfattar inte enbart framställning av identiska exemplar och tillägnande av det ursprungliga skicket, utan även verket i ändrat skick, i översättning, bearbetning i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik. Dessa förfoganderätter kallar man de ekonomiska rättigheterna.⁷⁴ Ett nytt självständigt verk som tillkommer i fri anslutning till ett annat omfattas inte av ensamrätten, enligt 4 § 2 st. URL.⁷⁵

5.3 Ensamrättens inskränkningar

11 § i URL innehåller allmänna bestämmelser om inskränkningar och syftar till att uppnå en lämplig balans mellan upphovsmannen och samhället. Grundläggande för samtliga inskränkningar i kap. 2 är att de bygger på förutsättningen att upphovsmannen ställt sitt verk till förfogande för allmänheten. I flertalet av dem finner man som kriterier för utnyttjande och tillämplighet, att verket skall vara utgivet, offentliggjort eller överlåtet. Har upphovsmannen valt att inte tillgängliggöra sitt verk för allmänheten så kan inte något undantag göras gällande med stöd av kap. 2 URL.⁷⁶

Det råder skilda meningar i flertalet fall om var balansen skall ligga utifrån olika intressenters aspekter.⁷⁷ De olika intressenterna som berörs av upphovsrätten är upphovsmannen själv, förläggaren, konsumenterna och samhället. En viss förskjutning har på senare tiden skett, främst till fördel för upphovsmannen. För att kunna ge allmänheten och tredje man tillgång till vissa skyddade verk måste dock vissa inskränkningar accepteras. Trots allt ligger det ju i allas intressen att ett verk över huvud taget skapas. Utan några som helst begränsningar skulle upphovsrätten bli ett problem snarare än något som gynnar samhället.

Reglerna om konsumtion, 19 och 20 §§ URL, medför en rimlig avvägning mellan rätten som tillkommer förvärvaren av ett upphovsrättsskyddat exemplar och upphovsmannens rätt. Konsumtionsreglerna rör endast spridningsrätten och visningsrätten och betyder att när ett exemplar har överlåtit med upphovsmannens *samtycke* så får det spridas vidare och visas offentligt.

⁷⁴ SOU 1956:25, s. 87 - 96.

⁷⁵ SOU 1956:25, s. 133.

⁷⁶ Jfr Nordell Jonas, Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rhode.

⁷⁷ Jfr Nordell Jonas, Festskrift till Gunnar Karnell.

Enligt lagförarbeten är flertalet av inskränkningarna dispositiva och kan vika för avtal.⁷⁸ Reglerna får dock genom sitt syfte en delvis tvingande karaktär.⁷⁹ Avtalsregleringar som träffar tredje man får ge vika för inskränkningarna. Övriga inskränkningar är av tre olika slag:

- 12 § om privatkopiering ger enskilda personer rätt att framställa exemplar utan upphovsmannens tillstånd och 22 § om citaträtt tillåter omgivningen att citera offentliggjorda verk i den mån ändamålet kräver. Dessa två paragrafer i URL ger möjlighet till *fritt utnyttjande* av verk.⁸⁰
- Begränsat nyttjande mot vederlag, så kallade *tvångslicenser* finns i 18 § 1st. och 26 a) § URL. Ersättning skall erläggas för nyttjandet av verket, men inget tillstånd behövs i förväg.⁸¹
- *Avtalslicenser* är regler av mellanting och innebär att ett kollektivt-avtal mellan organisationer som företräder upphovsmän och nyttjare av ett verk har en utsträckt verkan för utomstående. Sådana här regler finns inom undervisningsväsendet 13 § och 26 d och f § för radio och tv och i 26 i § för vidaresändningar URL. Inom den nordiska rätten spelar avtalslicenser en stor roll.⁸²

Man skulle kunna tro att reglerna skall tolkas med tänkbar restriktivitet i förhållande till huvudregeln i 2 § URL. Lagtekniskt framstår de som inskränkningar i upphovsmannens rätt, men det handlar i själva verket om en mängd specialstadganden av oerhört skilda slag. På grund av detta måste anpassning ske till det särskilda syftet och man kan inte göra några generella tolkningsprinciper. Inskränkningensreglerna i kap. 2 URL är utformade så att de skall stämma överens med Sveriges internationella förpliktelser, främst BK, men även Europakonventionen. Trestegstestet i art. 9.2 BK skall särskilt uppmärksammas eftersom det medger begränsningar i ensamrätten ”i vissa särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande inte för intrång i det normala nyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen”. I svensk domstolspraxis finner vi beträffande kap. 2 URL, en intresseavvägning mellan ensamrättsinnehavaren och den som vill utnyttja ett verk i ett ofta citerat uttalande från propositionen till URL, ”den principiella utgångspunkten är att åt upphovsmannens bör förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse”.⁸³ Domstolarna har ofta funnit skäl att snäva in de inskränkande reglerna och använda en restriktiv tolkning på grund av tillgången till modern teknologi. Teknologin möjliggör kopiering av exemplar i sådan omfattning att det inte rimligen kan anses stå i överensstämmelse med det ändamål som bestämmelsen avser tillgodose. Detta motiverar

⁷⁸ Koktvegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 162.

⁷⁹ Jfr Guibault Lucie, M.C.R, Copyright Limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright, 2002, kap. 2.1.2.2.3.

⁸⁰ SOU 1990:30, s.163 – 164, se även Karnell Gunnar, Karnell om upphovsrätt, Avtalslicenskonstruktionen, principiella och praktiska frågor (NIR 1981 s. 255 – 267) .

⁸¹ SOU 1990:30, s. 165 – 166.

⁸² SOU 1990: 30, s. 166 – 167, Jfr även Bergström Sture, Rättsvetenskapliga studier ägnade till minnet av Phillips Hult.

⁸³ Proposition 1960:17 s. 60.

nya uttryckliga begränsningar i 12 § URL och andra inskränkingsbestämmelser.⁸⁴

5.4 Trestegstestet och Infosoc-direktivets påverkan på svensk upphovsrättslagstiftning

Sedan lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk infördes i svensk rätt har den nya tidens teknik och gemenskapsrätten gjort att lagen behöver reformeras.⁸⁵ Ett flertal EG-direktiv, däribland Infosoc-direktivet, har kommit till för att kunna harmonisera medlemsländernas upphovsrätt.⁸⁶ Hänsyn bör tas, enligt ingress 44 i direktivet, till ökade ekonomiska verkningar som undantag och inskränkningar kan få i den digitala miljön, när medlemsstaterna beslutar om införande av undantag och inskränkningar.⁸⁷ Flera medlemsstater har ännu inte införlivat direktivet i sina lagstiftningar, däribland Sverige. Redan i december 2002 skulle Sverige ha implementerat direktivet i svensk rätt.⁸⁸ Införlivandet är nu på gång i svensk rätt och den svenska upphovsrättslagen kommer att genomgå en hel del nödvändiga anpassningar och kompletteringar för att klara kraven i informationssamhället och i en värld där tekniken och digitaliseringen tar över allt mer. Den svenska upphovsrättslagen är svåröverskådlig och behöver en genomgående teknisk och redaktionell översyn, men främst inriktar man sig nu på att klara kraven som är framställda i direktivet.⁸⁹ I slutet av mars 2005 kommer propositionen till den nya upphovsrättslagen, vilken beräknas träda i kraft tidigast i juli 2005.⁹⁰

Den 20 januari 2005 kom en lagrådsremiss från regeringen rörande Sveriges implementering av Infosoc-direktivet i nya URL. Den 8 februari 2005 följdes denna remiss av ett yttrande från lagrådet. Utifrån dessa förarbeten skall jag försöka fastställa vilka relevanta ändringar som kommer att ske angående ensamrätten och inskränkningarna.

5.5 Trestegstestet i svensk rätt

Med stöd av direktivets art. 5.5 får medlemsstaterna göra inskränkningar och undantag i särskilda fall vilka inte strider mot det normala utnyttjande av verket eller oskäligt inkräktar på rättighetsinnehavarens legitima intressen. I samband med införandet av direktivet i svensk rätt har trestegstestet

⁸⁴ Koktevegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 161 - 167, 180 - 181.

⁸⁵ Lagrådets yttrande, s. 1 - 2.

⁸⁶ Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 583.

⁸⁷ Infosoc-direktivet, ingress 44.

⁸⁸ <http://www.nir.nu/aktuellt.asp?ID=95>, (2004-04-19) Aktuellt – Sverige – Pågående lagstiftningsarbete (2003-07-21) Nordell Per Jonas, se även Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 583.

⁸⁹ Jan Rosén, Inledningsförfarande XI Nordiska Upphovsrättssymposiet Helsingfors 2 – 4 juni 2003, s. 520 –521.

⁹⁰ Malin Bonthron, Justitiedepartementet, muntliga uppgifter.

aktualiserats.⁹¹ När Sverige införlivade och genomförde tidigare internationella konventioner samt databasdirektivet var uppfattningen att trestegstestet utgör en tolkningsbestämmelse som inte uttryckligen måste införas i nationell rätt. I proposition 1996/97:111 kan man utläsa att grundtanken är att medlemsstaterna själva skall bestämma vilka inskränkningar som skall finnas i enlighet med vad som traditionellt gäller hos dem. Tolkning skall företas utifrån trestegstestet, det vill säga att direktivets reglering inte får leda till att en tillämpning oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen eller som hindrar en normal användning av verket.⁹² Någon särskild bestämmelse motsvarande trestegstestet infördes aldrig i svensk rätt när man tillträdde Bernkonventionens Stockholmstext. En genomgång av de svenska inskränkningarnas förenlighet med regeln gjordes istället. Trestegstestet beaktades alltså vid utformningen av de skilda undantagen och inskränkningarna som gjordes i upphovsrätten och till de närstående rättigheterna. När databasdirektivet skulle införlivas med svensk rätt och vid Sveriges tillträde till TRIPS infördes inte heller någon särskild bestämmelse med anledning av trestegstestet.⁹³

I lagrådsremissen har några remissinstanser hävdat att trestegstestet inte bara anses vara en tolkningsregel, utan att ordalydelsen tyder på att den innebär något mer. De framhöll även att det aktuella direktivet behandlar exklusiva rättigheter i större omfattning än WCT, WPPT, TRIPS och databasdirektivet.⁹⁴ Domstolarna ges genom trestegstestet rätt att åsidosätta och begränsa tillämpligheten av regler om inskränkningar i exklusiv ensamrätt. Därför bör man uttryckligen införa regeln i nya URL eftersom det skulle tydliggöra gränserna för inskränkningarna. En sådan lagregel skulle å andra sidan kunna tolkas utvidgande och användas till stöd för utnyttjanden som inte rymms under undantagen eller inskränkningarna.

Ensamrättigheterna representerar förmögenhetstillgångar för rättighetsinnehavarna. Därför skall restriktivitet råda vid införande och tolkningar av inskränkningar i ensamrättigheter. Både enskilda och allmänna intressen skall tillgodoses i ett upphovsrättsligt system så att balans mellan ensamrätt och frihållning kan uppnås. Bestämmelser om inskränkningar bör vara väl avgränsade och så tydliga som möjligt, vilket inte trestegstestens generella formulering uppfyller.⁹⁵ Regeringen anser precis som vid tidigare införlivanden att det saknas anledning att införa trestegstestet i URL. Istället bör testet beaktas vid utformningen av varje enskild inskränkning i upphovsrätten och till de närstående rättigheterna.⁹⁶

⁹¹ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 79.

⁹² Prop. 1996/97:111, s. 23.

⁹³ DS 2003:35, Upphovsrätten i Informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, s. 113 - 114.

⁹⁴ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 79 – 81.

⁹⁵ Jfr Lagrådets yttrande 2005-05-08, s. 3 - 6.

⁹⁶ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 79 - 81.

6 LAGÄNDRINGAR I SVENSK RÄTT PÅ GRUND AV INFOSOC-DIREKTIVET OCH TRESTEGSTESTET

6.1 Förändringar på grund av lagen

Sedan år 1960 har ensamrätten uttryckts som rätten att framställa exemplar och göra verket tillgängligt för allmänheten genom offentligt framförande, offentlig visning eller spridning. Dessa förfoganderättigheter kommer genom direktivet att klargöras genom att bestå av fyra underkategorier, överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten.

Art. 2 - 4 i direktivet innehåller en rad förfoganden som skall tillförsäkras upphovsmän eller närstående rättsinnehavare med ensamrätt. Bestämmelserna innebär inte, ur svensk synvinkel, några större nyheter med praktiska konsekvenser för aktörer.⁹⁷ De ger dock incitament till en ökad klarhet och kräver en viss anpassning i 2 § URL. Upphovsmannen kommer framöver att få ensamrätt till att överföra verk till allmänheten, vilket betyder att upphovsmannens tillstånd kommer att krävas för all distanskommunikation av upphovsrättsligt skyddat material på Internet och i etern och även så kallad leverans på beställning. Det innebär att enskilda kan få tillgång till verken från en plats eller vid en tidpunkt som de själva väljer. Alla tillgängliggöranden av verk på distans, på trådlös eller trådbunden väg kommer att räknas som överföring till allmänheten och kräver därmed tillstånd från upphovsmannen. Mångfaldiganderätten, överföringsrätten och rätten att tillgängliggöra ett verk för allmänheten underkastas en lång rad inskränkningar, som till stor del motsvarar dem som finns i 2 kap. URL, art. 5.3 a) - o).⁹⁸

6.2 Tillgängliggörande för allmänheten

6.2.1 Mångfaldiganderätten

Mångfaldiganderätten i direktivets art. 2 tillerkänns både upphovsmän och närstående rättigheter och innebär att vederbörande har ensamrätt att tillåta eller förbjuda indirekt, tillfälligt eller permanent mångfaldigande oavsett metod eller form, helt eller delvis. Denna rätt framträder i direktivet, precis som i URL, som en absolut grundrättighet och omfattas av varje slags fixe-

⁹⁷ Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 584 - 585.

⁹⁸ <http://www.mediarkivet.se> (2004-04-13), Computer Sweden - Fler nya regler, 2003-03-22.

ring av skyddade verk. Formuleringen gällande exemplarframställning i direktivet tas in i den svenska lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Några implementeringsproblem lär därför inte uppstå angående denna rättighet.⁹⁹

6.3 Överföringsrätten

6.3.1 Spridningsrätten

Spridningsrätten som berörs i art. 4 bör inte heller förorsaka några större problem i samband med implementeringen av direktivet i svensk rätt. Denna rättighet ger upphovsmannen ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning, uthyrning, utlåning eller på annat sätt av originalet eller kopior av verket. Upphovsmannen kan genom att kontrollera den första spridningen bestämma om verket skall ges ut eller inte.¹⁰⁰ Enligt 19 § URL får exemplar som har överlåtits med upphovsmannens samtycke spridas vidare utan dennes samtycke. Rätten till det exemplaret anses vara konsumerad.¹⁰¹ Endast konstverk och musikaliska verk omfattas av denna konsumtionsprincip. Upphovsmannen har kvar sin spridningsrätt när det gäller uthyrning av exemplar av alla typer av verk, utom för byggnader och brukskonst samt angående utlåning av exemplar av datorprogram. När man talar om spridning gäller det en fysisk vara, exemplar och inte elektroniska transmittningar. Vid en överföring i ett elektroniskt nätverk uppstår regelmässigt nya exemplar av verket. Det som till sist når mottagaren är inte detsamma som skickades från början. I elektronisk miljö talar man istället om någon form av annat tillgängliggörande för allmänheten. Idag råder regional konsumtion för upphovsrätten, dvs. att ensamrätten är konsumerad i en viss region bestående av flera länder, då objektet förts ut på marknader i dessa områden. För datorprogram och vissa närstående rättigheter gäller uttryckligen regional konsumtion. I och med direktivets genomförande kommer regional konsumtion gälla för spridningsrätten avseende samtliga verk som omfattas av upphovsrätten samt för närstående rättigheter. Utlåning till allmänheten utan samtycke från upphovsmannen kommer inte att kunna ske av exemplar av datorprogram och filmverk.¹⁰²

6.3.2 Offentligt framförande

Offentligt framförande ger upphovsmännen en rätt att överföra verk till allmänheten, 2 § URL. Framförandet är offentligt om var och en kan få tillträde till den plats där framförandet sker och så länge det inte sker inför en helt

⁹⁹ Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 586, se även Infosoc-direktivet art. 2.

¹⁰⁰ Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 586.

¹⁰¹ SOU 1956:25, s. 96.

¹⁰² Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 57 – 59.

sluten krets.¹⁰³ Överföringsrätten i art. 3 medför förändringar i samband med införlivandet av direktivet i svensk rätt, eftersom den innefattar rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten så att enskilda kan ta del av verket på den plats och tidpunkt som de själva väljer. Artikelns räckvidd begränsas kraftigt genom att överföringen endast syftar till nätmiljön och inte till liveframföranden.¹⁰⁴ Begreppet överföring till allmänheten kommer att införas i lagen som en benämning på alla former av tillgängliggörande för allmänheten av ett verk eller alster som sker på distans, oavsett vilken typ förfogandet avser. På distans sker tillgängliggörandet då det sker på trådlös eller trådbunden väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten sker då enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt de själva väljer. Då verket överförs med hjälp av någon form av teknisk anordning och det inte är fråga om överföring, eftersom publiken är närvarande, så faller det under upphovsmannens ensamrätt att framföra verket offentligt. Offentligt framförande kommer det framöver att anses vara när tillgängliggörande för allmänheten sker på samma plats som där allmänningen kan ta del av verket.¹⁰⁵

6.3.3 Inskränkningar i offentliga framföranden

21 § URL inskränker rätten att framföra offentliga verk på skilda sätt. I och med lagändringen omfattas inte distansöverföringar som televisions- och radioutsändningar av inskränkningarna i 21 §. Därför upphävs förbudet mot att sända ut verk i radio och television.

I vissa fall får utgivna verk framföras offentligt utan tillstånd från upphovsmannen och utan ersättning för utnyttjandet. Om ett framförande av ett utgivet verk inte är det huvudsakliga, tillträdet är avgiftsfritt och anordnandet är utan förvärvssyfte är ett exempel på sådant fall. Ett utgivet verk får även framföras offentligt när det sker i undervisning eller vid en gudstjänst. I lagändringen byts kravet på att verket skall vara utgivet mot att det skall vara offentliggjort.

Sceniska verk och filmverk får idag inte framföras offentligt enligt 21 § URL. Hädanefter kommer ett undantag angående denna bestämmelse att gälla för riksdagen, statliga och kommunala myndigheter, oavsett vilken typ av verk det handlar om. Framförandet får endast ske i riksdagens eller myndigheternas egna lokaler genom en uppkoppling till ett externt nätverk som tillhandahålls i syfte att tillgodose ett allmänt informationsintresse. Eftersom en stor del av befolkningen inte har Internetuppkoppling i hemmet, bör man, för att säkerställa att allmänheten kan nå av samhällsinformationen erbjuda den möjligheten i allmänna bibliotek. Inom undervisningen finns det enligt

¹⁰³ SOU 1956:25, s. 92 – 93.

¹⁰⁴ Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i Informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 588 – 589.

¹⁰⁵ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 55 – 56.

nuvarande lagstiftning goda möjligheter att använda IT. Därför sker det inte någon ändring angående inskränkningar gällande sådant offentligt framförande och överföring till allmänheten.¹⁰⁶

6.3.4 Offentlig visning

Upphovsmannen har ensamrätt att förfoga över sitt verk genom att göra det tillgängligt för allmänheten, t.ex. genom att visa det offentligt. Visning innebär alltid ett förfogande över ett redan existerande materiellt föremål. Visning får enligt 20 § URL ske av ett verksexemplar om de är utgivna. Även konstverk får visas offentligt om exemplaren är överlåtna. Visningsrätten omfattas också av konsumtionsprincipen. Offentlig visning kommer framöver att begränsas till att avse endast sådana fall när exemplar görs tillgängliga för allmänheten på samma plats som där allmänheten kan ta del av dem, utan användning av ett tekniskt hjälpmedel. Distansöverföringar av verk omfattas inte av offentlig visning. Används ett tekniskt hjälpmedel blir det fråga om överföring till allmänheten eller offentligt framförande, beroende på om det är en distansöverföring eller inte.¹⁰⁷

Tillgängliggöranden av verk genom film eller television kommer inte längre att omfattas av visningsbegreppet. Istället anses dessa förfoganden vara överföring till allmänheten eller offentliga framföranden. Konsumtionsrätten angående visning av konstverk genom film och television tas bort. Konstverk som ingår i film, television eller som del i en bild får spridas, framställas exemplar av, överförs till allmänheten och visas offentligt och om förfogandet är av mindre betydelse med hänsyn till innehållet i filmen, televisionsprogrammet eller delen av bilden. Denna ändring stödjer sig på art. 5.3 i direktivet som tillåter inskränkningar i exemplarframställningsrätten och överföring till allmänheten när det är av underordnad betydelse.

I visningsrätten kvarstår endast de fall när man ställer ut en tavla eller en skulptur eller när en bok placeras i ett skyltfönster.¹⁰⁸

6.4 Inskränkningarna

Inskränkningarna i direktivets art. 5 är mycket mer detaljerade och snävt utformade än artiklarna 2 - 4 i direktivet. En mängd inskränkningar som hämtades från medlemsstaternas egna lagar utformades mot slutet av direktivets framväxt till en lång lista. Listan har en uttömmande förteckning över vilka undantag och inskränkningar som alls får förekomma. Endast en av inskränkningarna är tvingande, de andra får lov att föreskrivas av medlemsstaterna. Medlemsstaterna får inte införa andra inskränkningar än dem som

¹⁰⁶ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 193 – 207.

¹⁰⁷ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 10, 58 - 59, 73 – 76, se även Rosén Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, s. 585 - 592.

¹⁰⁸ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 76 – 77.

finns angivna i listan. Befintliga inskränkningar och undantag blir föremål för en ny bedömning där man samtidigt beaktar den nya elektroniska miljön. Målet är att nå en betydande samstämmighet mellan medlemsstaterna avseende inskränkningarna och ensamrättigheterna. Enligt art. 5.5 skall samtliga inskränkningar underkastas trestegstestet som grundades i art. 9.2 BK, men med avseende på alla sorts förfoganden och inte bara mångfaldigande. Eftersom Sverige har valt att inte införa trestegstestet i den nya lagen måste testet beaktas i varje ny och befintlig inskränkning i URL. I texten nedan följer en redogörelse för de viktigaste inskränkningarna och lagändringarna till följd av införandet av direktivet.

6.4.1 Framställning av tillfälliga exemplar

Ensamrätten för upphovsmannen att framställa exemplar innefattar även överföring på en anordning. I den digitala miljön innebär detta en överföring på t.ex. CD-ROM eller en dators hårddisk. Enligt upphovsrättslagen har flyktiga kopior inte ansetts vara självständiga exemplar, vilket grundats på att det krävs en självständig varaktig fixering för att det skall anses vara ett exemplar.¹⁰⁹ Doktinen och den internationella uppfattningen har tidigare varit och är idag, eniga om att framställning av ett upphovsrättsligt relevant exemplar i samband med återgivning i av verk i digital form även omfattas av upphovsmannens ensamrätt. Tekniken som används vid digital användning av verk skapar en mängd kopior. När en förmedling sker via Internet uppstår automatiskt en mellanlagring av materialet redan vid vidarebefordran. Mellanlagringen är nödvändig för genomförandet av överföringen. För att effektivisera vidare överföring sker även en mellanlagring vid s.k. cachning. Vid användning av datorn utan Internetanvändning sker tillfällig lagring på RAM-minnet eller hårddisken. Kopiorna som tillfälligt uppkommer vid vidarebefordran och cachning kallas tillfälliga kopior. Mer varaktiga kopior kan givetvis uppkomma vid vanlig datoranvändning och på Internet.¹¹⁰ Internetförbindelser såsom ADSL och bredband möjliggör kopiering och spridning av upphovsrättsligt skyddade verk i en helt ny omfattning. Globala massutnyttjanden sker genom att personer länkas samman på nätet och lagrar filmer och musik på någon server på Internet. Var och ens enskilda kopiering kan komma ut på Internet och utnyttjas i en omfattning som den upphovsrättsliga lagstiftningen har velat förbehålla rättsinnehavarna.

För att balansera upphovsmännens vidsträckta ensamrätt till exemplarframställning har direktivet i art. 5.1 föreskrivit inskränkningar i exemplarframställningsrätten. Huvudsyftet med art. 5.1 är att låta den som synnerligen lätt i nätmiljön kan åstadkomma ett tillfälligt mångfaldigande, som är av underordnad betydelse, vara oberoende av upphovsrättslig mångfaldiganderätt. Art. 5.1 är tvingande för medlemsstaterna, vilket innebär att nationella regler måste uppnå syftet med artikeln. Ensamrätten till mångfaldigande omfattar inte tillfälliga kopior som är 1) flyktiga eller utgör ett inkluderande av

¹⁰⁹ SOU 1985: 51, s. 62, Jfr Nordell Jonas, Rätten till det visuella, s. 215.

¹¹⁰ Lindberg Agne, Westman Daniel, Praktisk IT-rätt, s. 251 – 253.

underordnad betydelse, 2) utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, 3) vars enda syfte är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett annat verk eller annat alster eller inte har någon självständig ekonomisk betydelse. Sådana kopior är alltså tillåtna att framställa utan att det anses inkräkta på upphovsmannens rättigheter.¹¹¹ Genom att föreskriva att tillfälliga kopior som uppstår vid laglig användning inte omfattas av ensamrätten säkerställer man att tillstånd inte måste sökas hos rättighetsinnehavaren. Så länge den enskilde endast tittar eller lyssnar på en olovligt utlagd förlaga på nätet bryter personen inte mot lagen. Om den enskilde däremot sparar ner den olagligt utlagda förlagan utgör detta en olaglig handling. Själva nedladdningen av otillåtet material omfattas inte av art. 5.1. Exemplarframställningen får inte ha något annat syfte än att möjliggöra överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning. Bestämmelsen omfattar inte litterära verk i form av datorprogram eller sammanställning. I den svenska lagen föreslås en ny paragraf, 11 a § vilken bör utformas med samma lydelse som direktivet. Svårigheten med denna inskränkning är kravet på åtskillnad mellan tillhandahållare av teknik och dem som med tillgång till samma teknik direkt eller indirekt har ett kommersiellt intresse av informationsinnehållet. Mellanhanden får alltså inte ingripa eller ändra informationen på vägen. Anledningen till att inskränkningen är så bred är att rättsinnehavaren är berättigad till rimlig kompensation.¹¹²

6.4.2 Exemplarframställning för enskilt bruk

Art. 5.2.b behandlar mångfaldigande för privat bruk, vilket utförts av en fysisk person utan direkt eller indirekt kommersiellt intresse. Bestämmelsen är öppen för alla tekniker och det är inom denna ram som digital kopiering i nätverken kommer att regleras. Även denna regel innefattar rimlig kompensation till rättighetsinnehavaren. I de fall kopiering för privat bruk medför annat än betydelselöst förfång för rättighetsinnehavaren så skall ersättning utgå. Har rättighetsinnehavarna redan fått betalning i annan form, t.ex. som en del av en licensavgift, behövs inte ytterligare separat betalning erläggas. Enligt 12 § URL får var och en framställa exemplar av offentliggjorda verk för enskilt bruk. Något annat ändamål får exemplaren inte användas för. Ingen ersättning till upphovsmannen skall erläggas i dessa fall. Verket måste ha offentliggjorts av upphovsmannen för att lagligen kunna kopieras. Med enskilt bruk menas den närmaste vänkretsen, familjen och hemmet. Förr innebar den privata sfären inte några problem för upphovsmannen, men med dagens snabba tekniska utveckling är det annorlunda. Exemplar för enskilt bruk kan ta helt andra former och mycket större proportioner med Internet. Innehållet i 12 § motsvarar därför inte längre samhällets förändrande förutsättningar. Det har varit ett problem för många länders upphovsrättslagstiftningar hur man skall avgränsa privata utnyttjanden. Konsumenterna har önskat en extensiv tolkning på så sätt att man vill använda den

¹¹¹ Koktevegaard och Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s. 62 - 64, 83, 100 - 101, 117 - 121, 150.

¹¹² Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 86 – 97.

tillgängliga tekniken utan upphovsrättsliga begränsningar. Upphovsmännen önskar dock undvika en privat massproduktion genom att göra 12 § ännu snävare.¹¹³ Området för den tillåtna kopieringen kommer att bli snävare i och med lagändringen. Syftet med inskränkningarna avseende kopiering för privat bruk är att undvika att upphovsrätten griper in i den rent privata sfären. Lagförslaget till 12 § URL innebär att uttrycket *enskilt bruk* byts ut mot *privat bruk*. Privat bruk indikerar att det inte kan ske för kommersiellt syfte. Som en följd av lagändringen kommer man, till skillnad från tidigare, med väldigt begränsade möjligheter kunna framställa exemplar i på arbetsplatsen. Fortfarande tillåts kopiering åt den närmaste familje- och vänkretsen.

Eftersom digitaliseringen möjliggör en snabb framställning av många och i stort sett identiska kopior, kommer det att införas bestämmelser angående antalet exemplar som får framställas med stöd av inskränkningen. Från att det tidigare har varit tillåtet framställa några 10-tal exemplar, skall man nu endast få framställa ett eller några få exemplar.¹¹⁴ I och med denna ändring ökar den individuella rättighetsförvaltningen för de enskilda rättighetsinnehavarna.

Litterära verk i skriftlig form kommer endast att få framställas i exemplar till *begränsad del* eller *begränsat omfång*. Hur stort omfång som tillåts kopieras beror på hur kopieringskänsligt det aktuella materialet är, men det kommer alltid att vara mindre än halva boken. Endast undantagsvis kommer hela böcker att kunna kopieras. Man valde en regel som begränsar omfattningen på kopieringen, eftersom det är mer effektivt än att förbjuda anlitaandet av utomstående för kopiering av verk. Utan denna begränsning framställs inte nya upplagor lika ofta eller böcker över huvud taget att framställas, eftersom det inte lönar sig.

Vill man tvunget kopiera en hel bok får detta lösas genom avtalslicens enligt 16 § URL för bibliotek och 42 c § URL i den nya lagen för skolkopiering. Krav på att *förlagan* måste vara *lovlig* införs i lagen. När den egentliga förlagan till exemplaret har gjorts tillgänglig för allmänheten utan upphovsmannens tillstånd i 2 § URL är kopiering för privat bruk inte tillåtet. Mycket av det material som tillgängliggörs på Internet har placerats där utan upphovsmannens tillstånd och utan stöd i lagen. Särskilt musik kopieras okontrollerat på Internet, trots att förlagan är olovlig, vilket leder till att upphovsmännen, artisterna och fonogramproducenterna blir utan betalning. Material som lagts ut på nätet utan upphovsmannens tillstånd är alltså inte tillåtet att kopiera.¹¹⁵ Tillfälliga kopior som uppstår vid överföring i digitala nätverk anses inte som en förlaga. Trots att man skriver att förlagan skall vara lovlig, kommer i många fall privatkopiering på Internet att vara tillåten trots att verket har lagts ut på Internet utan upphovsmannens tillstånd. Orsaken är att det exemplar som slutanvändaren kopierar inte är samma exem-

¹¹³ Koktevegaard och Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s. 161 – 167, 180 – 181.

¹¹⁴ SOU 1956: 25, s. 182.

¹¹⁵ DS 2003:35, *Upphovsrätten i Informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG*, s. 1 - 2, 51 – 52.

plar som ursprungligen lades ut. Ett antal nya tillfälliga kopior har uppstått under överföringen och dessa är lovliga enligt den nya inskränkningen i 11 a §. Därför infördes krav på att den egentliga förlagan måste vara lovlig. Det exemplar som först ut på Internet anses vara huvudförlagan. Trots att det finns tillfälliga exemplar i en nätverksserver som är lagliga, medför detta inte att förlagan är att anse som lovlig om verket har gjorts tillgängligt olovligt på en webbsida.

Direktivet föranleder inte någon ändring i sak angående 12 § andra och tredje styckena URL gällande undantag för byggandsverk, datorprogram och databaser samt undantag för att anlita utomstående för kopiering. Fortsättningsvis kommer det inte heller att vara möjligt att med stöd av 12 § att datorprogram eller kopiera framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form.

Det avgörande med lagändringen är inte om man kan kontrollera efterlevnaden i varje enskilt fall, utan det viktiga är att allmänheten får förståelse för upphovsmännens, artisters och producenters rättigheter. Genom att lagen tar avstånd från användningen av olagligt material och informerar allmänheten om förutsättningarna för lagliga alternativ, hoppas man att allmänheten ändrar sitt beteende. Går man ut med information om det nya rättsläget till dem som hjälper till med kopiering, skolor, bibliotek m.fl., kan informationen spridas vidare till andra. Tanken är inte att efterlevnaden skall kontrolleras av informationsspridarna. Den enskilde bär givetvis huvudansvaret för eventuell olovlig kopiering och har skyldighet att hålla sig informerad om rättsläget.

I och med ändringarna ökar möjligheterna för rättighetsinnehavarna att vända sig mot medhjälpare till otillåten kopiering, t.ex. att man ställer kopieringsutrustning till förfogande, samt att komma åt kopiering på arbetsplatser genom att ingå avtalslicens.

Den nya 54 § i URL föreskriver att då en enskild person har överträtt förbudet i 12 § om att använda en olovlig förlaga vid kopiering för privat bruk, skall personen kunna dömas till upphovsintrång endast om den har agerat grovt oaktsamt eller haft uppsåt. Fanns det inte anledning att misstänka att förlagan är olovlig när man utförde kopieringen, bör inte någon ersättningskyldighet gälla. Chansen för att ett stort antal enskilda skall åtalas för olaglig kopiering anses inte vara stor.¹¹⁶

¹¹⁶ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 97 – 121.

6.4.3 Framställning av exemplar inom undervisningsverksamhet och av samlingsverk för användning vid undervisning

Både 14 och 18 §§ i URL innehåller rena inskränkningar angående exemplarframställning inom undervisningsverksamheten. Lärare och elever får enligt 14 § i URL framställa exemplar av sina egna framföranden av verk. Något krav på att verken skall vara offentligtgjorda finns inte. Upptagningarna får endast användas i undervisningssyfte. Denna regel kräver inte någon ändring i och med införandet av direktivet. Enligt 18 § i URL får framställning av samlingsverk för användning vid undervisning eller vetenskaplig forskning göras. Upphovsmannens tillstånd krävs inte i detta fall eftersom regeln är en tvångslicens. Ersättning skall utgå i efterhand för användning av verket. 18 § kräver en lagändring i det avseendet att det klart skall framgå att samlingsverken inte får framställas i kommersiellt syfte. Kommersiella förlag skall inte kunna framställa en sammanställning utan föregående av en beställning från en skola eller annat organ inom undervisningsväsendet.¹¹⁷

6.4.4 Framställning av exemplar inom arkiv och bibliotek

Enligt nuvarande 16 § i URL har bibliotek och arkiv rätt att framställa exemplar i vissa fall för särskilda ändamål. Dessa ändamål är bevarande-, kompletterings- eller forskningsändamål. Bestämmelsen ger lånesökande möjlighet att på begäran få ut korta avsnitt, enskilda artiklar eller material som inte bör lämnas ut i original genom kopiering. Ingen begränsning på framställningsteknik finns. Både digitala och analoga kopior är tillåtna. Kopieringen får företas för användning av analoga läsapparater.¹¹⁸ Art. 5.2.c i Infosoc-direktivet möjliggör inskränkningar i exemplarframställningsrätten till förmån för bibliotek, utbildningsanstalter, museer eller arkiv så länge det inte blir aktuellt med direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell vinning. För att tillmötesgå direktivets krav samt digitaliseringen är det nödvändigt att anpassa arbetsformerna inom institutionerna till den nya tekniken. Man kommer därför att ta bort begränsningen angående exemplarframställning av enskilda artiklar och korta avsnitt för utlämning till lånesökande när det gäller reprografisk framställning genom användning av läsapparater. Läsapparater med digital teknik kommer framöver att kunna användas, vilket möjliggör e-postöverföringar mellan biblioteken. Överföring av material till allmänheten är inte tillåtet enligt direktivet. Det kommer att klargöras att bestämmelsen endast reglerar arkivens och bibliotekens rätt att framställa exemplar för lånesökanden, inte i vilken mån de får tillgängliggöra verken för allmänheten. Andra förfoganden som arkiven och biblioteken tillåts göra framgår i ett nytt stycke, t.ex. att de får sprida enskilda kopierade pappersexemplar till lånesökande, men inte digitala exemplar. Spridning till

¹¹⁷ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 142 – 151.

¹¹⁸ Jfr SOU 1951:36

allmänheten i andra fall och överföring av verk till lånesökande kommer att vara möjligt genom en ny avtalslicensbestämmelse, 42 d § URL. Enligt tredje stycket har arkiv och bibliotek rätt att sprida exemplar.¹¹⁹

6.4.5 Framställning av exemplar m.m. åt personer med funktionshinder

Utgivna litterära eller musikaliska verk får enligt den nuvarande 17 § URL framställas i blindskrift. Några begränsningar för hur ett exemplar får användas finns inte. Utlåning till synskadade och funktionshandikappade som inte kan ta del av ett verk i skriftlig form kan ske genom att bibliotek och organisationer, efter godkännande från regeringen, får framställa exemplar av utgivet musikaliskt eller litterärt verk genom ljudupptagning, t.ex. talböcker. Någon ersättning utgår inte från den institution som framställer talböckerna till upphovsmannen. Istället betalas viss ersättning av allmänna medel till Sveriges Författarförbund som sedan fördelas till författare och översättare. Infosoc-direktivets art. 5.3.b tillåter inskränkningar i rätten till exemplarframställning till förmån för användning av personer med funktionshinder. Inskränkningen som skall ha direkt samband med funktionshindret, får inte sträcka sig längre än vad funktionshindret kräver. Exemplarframställningen får heller inte vara av kommersiell natur. Görs en inskränkning i exemplarframställningsrätten får även en inskränkning av spridningsrätten göras, enligt art. 5.4.

För att personer med funktionshinder skall ha samma möjligheter som andra att ta del av upphovsrättsligt skyddade verk måste de få ta del av verket på ett lämpligt medium. Den svenska lagen kommer att ändras så att exemplar av offentliggjorda litterära och musikaliska verk samt alster av bildkonst skall kunna framställas även på annat sätt än genom ljudupptagningar så att funktionshindrade personer kan ta del av dem. Exemplaren får även spridas till dessa personer. Den nya bestämmelsen innebär att fler verkstyper omfattas av exemplarframställningen än tidigare. Blindskriftsbegränsningen tas bort så att en begränsning till enbart vissa typer av funktionshinder inte längre finns, samt att en anpassning till digitaliseringen sker. Lagtexten ändras från att verket skall vara utgivet till att det skall ha offentliggjorts.

Bibliotek och organisationer, vilka är godkända av regeringen, får i enskilda fall överföra exemplar till funktionshindrade så att de genom exemplaren kan ta del av verken. Ett samband mellan funktionshindret och behovet är ett krav för användningen av det framställda exemplaret. Kravet på att regeringen skall tillåta exemplarframställningen i vissa fall finns till för att motverka missbruk av inskränkningarna.

Trots att ljudupptagningar redan har gjorts av ett verk och det kommit ut i detaljhandeln, får regeringen besluta att bibliotek och organisationer i en-

¹¹⁹ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 151 – 160.

skilda fall får framställa exemplar av offentliggjorda verk för personer med funktionshinder för att de skall kunna ta del av verket. Spridning och överföring av ljudupptagningar till dessa personer är tillåtet. I enskilda fall kan bibliotek och organisationer efter tillstånd från regeringen, framställa exemplar av ljudradio eller television och av filmverk som döva och hörselskadade behöver för att kunna ta del av verket. Exemplaren får överföras och spridas till dessa personer. Förbud mot förvärvssyfte råder för framställning, spridning och överföring av exemplar till allmänheten. Ansvar för ickekommersiellt bruk ligger på framställaren av verket. Exemplaren får inte användas för andra ändamål än för användning av funktionshindrade personer som behöver dem för att kunna ta del av verket.

Ersättning skall utgå till upphovsmannen när organisationer eller bibliotek överför eller överlåter ett eller flera exemplar till den funktionshindrade och personen får behålla exemplaret. Biblioteken och organisationerna som överför exemplaren har ansvar för att deras kopior endast hamnar hos den tänkta målgruppen och inte i orätta händer. Möjligheten till att enbart låna ett exemplar av ett verk tas bort i den nya bestämmelsen, så att en funktionshindrad person har möjlighet att behålla exemplaret mot att en ersättning betalas. Storleken på ersättningen får fastställas genom en skälighetsbedömning med hänsyn till upplagens storlek, verkets art. och den avsedda användningen.¹²⁰

6.4.6 Återgivning av konstverk i kritiska och vetenskapliga framställningar m.m.

Den svenska citaträtten i 22 § URL ger ett mer begränsat utrymme för citering än vad direktivets citaträtt gör, vilket innebär att någon lagändring inte behövs göras. För att tillgodose allmänhetens debatt- och informationsintresse, har en motsvarighet till citaträtten tillkommit, för konstverks del. Enligt 23 § URL får offentliggjorda verk fritt återges i kritiska eller vetenskapliga framställningar i anslutning till texten samt i tidningar eller tidskrifter i samband med en redogörelse för en dagshändelse. Med återgivning menas genom tryck eller liknande förfarande t.ex. på ljudband eller film. För att nå överensstämmelse med direktivet krävs inte någon ändring angående återgivning av konstverk i tidningar eller tidskrifter i samband med redogörelse för en dagshändelse. Med dagshändelse menas en aktuell händelse. Däremot måste en ändring göras angående att offentliggjorda verk inte längre får återges i anslutning till texten i en vetenskaplig framställning om framställningen gjorts i förvärvssyfte. Art. 5.3.a kräver att den vetenskapliga framställning inte får ha gjorts i kommersiellt syfte. Återgivningen får även fortsättningsvis ske i analog och digital form. Krav finns på att källan och upphovsmannens namn alltid skall anges i samband med återgivningen, såvida det inte visar sig vara omöjligt. Den kritiska framställningen av konstverk begränsas till att avse endast återgivning i analog form. Där-

¹²⁰ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 161 – 176.

emot får återgivning av konstverk i kritiska framställningar fortsättningsvis göras i förvärvssyfte.¹²¹

6.4.7 Återgivning av konstverk och byggnader

Enligt 24 § URL får konstverk idag fritt avbildas om de stadigvarande är placerade på eller vid en allmän plats utomhus eller om de ställs ut, är till salu eller ingår i en samling, men i dessa fall endast i meddelanden om utställning eller försäljning och i kataloger. Fri avbildning gäller för byggnader. Begreppet avbilda innefattar måla, teckna och fotografera föremålet, men inte då ett skapande av en skulptur sker eller en ny byggnad sker.¹²²

Direktivet föranleder ej någon ändring när det gäller bestämmelserna om avbildning av konstverk och byggnader. Denna avbildningsrätt inkluderar inte ritningar eller modeller. En ändring sker däremot med anledning av art. 5.3.j på så sätt att konstverk får avbildas endast i den utsträckning som behövs för att främja en annonsering av en offentlig utställning eller försäljning av konstverken. Avbildning av konstverk i kataloger, om konstverket ingår i en samling bibehålls, men blir en ny punkt i paragrafen. Den begränsas så att avbildningen får ske endast i analog form.¹²³

6.5 Rimlig kompensation

Bortsett från de inskränkningar som upphovsmännen måste acceptera på grund av lagen så har de rätt till att få rimlig kompensation när kopiering medför annat än obetydligt förfång. Rimlig kompensation saknar motsvarighet i den nuvarande svenska URL, men finns uttryckt i direktivets art. 5.2.b Med rimlig kompensation avses en svagare form av berättigande för rättsinnehavarna. Digital kopiering bör innefatta en ekonomisk kompensation enligt direktivet, men inte nödvändigtvis analog kopiering. Förhållanden i varje enskilt fall kan påverka formen och nivån på kompensationen. Idag förekommer ett ersättningssystem som kallas kassettersättning som kompenserar tillåten kopiering för privat bruk. En avgift utgår för produkter som är särskilt ägnade för privat kopiering av upphovsrättsligt skyddade verk, t.ex. på CD-skivor, DVD-skivor, videokassetter och mp3-spelare. Via den upphovsrättsliga organisationen Copyswede går avgiften direkt till upphovsmännen, dvs. kompositörerna, artisterna, författarna, skådespelarna m.fl. Tillverkarna och importörerna av produkterna är de som betalar avgiften idag och framöver när anpassningen till den digitala utvecklingen skett. För digitala produkter kommer en megabyteersättning som skiftar i nivå beroende på om anordningen kan användas en eller flera gånger. Ersättning

¹²¹ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 210 - 217.

¹²² SOU 1956:25, s. 264 - 265.

¹²³ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 217 - 223.

per minut kommer att fortsättningsvis att utgå på analoga produkter. Över lag kommer ersättningen att vara högre framöver.¹²⁴

6.5.1 Avtalslicens

Genom en avtalslicens kan en part träffa avtal om användning av ett verk med en organisation som företräder flera upphovsmän och på så sätt få använda andra upphovsmäns verk som inte företräds av organisationen.¹²⁵ En avtalslicens giltighet är beroende av att en organisation har ingått avtal med flertal upphovsmän på området. I nuvarande svenska URL finns regler om avtalslicenser i 13, 26 d, 26 f och 26 i §§.¹²⁶ Avtalslicenserna är en nordisk idé och direktivet tillåter att både gamla och nya avtalslicenser får finnas kvar.¹²⁷

Inom undervisningsområdet finns idag avtalslicenser som underlättar lärares reprografiska kopiering ur upphovsrättsligt skyddade verk, 13 § URL. Genom direktivet sker en utvidgning av avtalslicensen på så sätt att enbart reprografisk kopiering tas bort och även kopiering i digital form får ske av offentliggjorda verk. En lärare kommer att kunna kopiera material från Internet eller kopiera material till elevernas datorer. För att underlätta för bibliotek och arkiv förs i 16 § URL in en bestämmelse som tillåter framställning av kopior av visst material i både analog och digital form, som tidigare endast har fått spridas i pappersform. Arbetet kommer att underlättas genom att det blir enklare med fjärrlån och att skicka kopior med e-post mellan biblioteken.¹²⁸

¹²⁴ www.regeringen.se/sb/d/3254, Frågor och svar angående den nya lagrådsremissen, 2/2-05.

¹²⁵ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 237, se även Nordell Jonas, Rätten till det visuella, s. 338 - 339.

¹²⁶ Kocktvegaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 162 - 163.

¹²⁷ Bergström, Rättsvetenskapliga studier ägnade till minnet av Phillips Hult 1960 s. 74 ff., se även Infosoc-direktivet ingress 18.

¹²⁸ Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m., s. 237, 244 - 255.

7 AVSLUTANDE DISKUSSION

7.1 Inledande noteringar

Målet med upphovsrätten är att uppnå en väl avvägd balans mellan upphovsmännen och allmänheten. Möjligheterna som finns för var och en att lätt och snabbt framställa en digital kopia av material hämtat från Internet har lett till ödesdiga konsekvenser för upphovsmännen. Balansen har rubbats på grund av att befolkningen har åsidosatt efterlevnaden av reglerna. Försäljningen av CD-skivor har sjunkit drastiskt och nya upplagor av böcker produceras inte lika ofta eftersom det inte lönar sig. För att upphovsrätten skall kunna fortleva måste upphovsmännen tjäna på att skapa. Annars dör kreativiteten. För att upprätthålla en upphovsrättslig balans i det digitaliserade samhället, har lagstiftarna vidtagit lagstiftningsåtgärder. Ett instrument som används för att försöka korrigera den upphovsrättsliga balansen är trestegstestet. Detta test tillåter inskränkningar i upphovsmännens ensamrättigheter. Efter att ha studerat trestegstestet närmare är det uppenbart att trestegstestet under lång tid har varit och än idag är, en vägledande bestämmelse med stort inflytande inom upphovsrätten. Med vissa ändringar har testet överlevt i nästan 120 år. Testets tillämpningsområde har successivt förlängts och vidgats för att undvika att bli omodernt i och med den snabba samhällsutvecklingen och digitaliseringen. Idag har trestegstestet nått Europa genom bland annat Infosoc-direktivet och är på väg att implementeras i Europeiska Gemenskapens länder. Syftet med Infosoc-direktivet är att komma till rätta med obalansen mellan det digitaliserade samhället och upphovsrätten, samt att tillträda WIPO-fördragen.

7.2 Effekter av Infosoc-direktivet och trestegstestet

Lydelsen och uppbyggnaden av trestegstestet är i stort sett alltid samma, men tillämpningen av regeln är dock inte helt solklar. Det är just trestegstestets öppna konstruktion som anses vara dess finess. Det ger ett stort tolkningsområde, vilket anses vara både positivt och negativt. Gemensamt för de tolkningar som har gjorts av testet hitintills, är dock att man kommit fram till att undantag i *särskilda fall* är de fall som inte utgör ett normalt användande och inte sker särskilt ofta. I de fall när utnyttjandet sker sällan och tillfälligt anses det tillhöra särskilda fall. Man får även se till vem som använder sig av undantaget. Ett *normalt utnyttjande* anses inte ske då en rättighetsinnehavare blir berövad en faktisk eller potentiell marknadsplats av betydande ekonomisk och praktisk betydelse. Ett inkräktande på det *legitima intresset* är i sin ordning om det håller sig inom gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå målet med inskränkningen.

Oftast uttrycks de tre vägledande kriterierna i testet direkt i en artikel i en konvention eller som en regel i lagen. I vissa fall, som i TRIPS och WTO, fungerar testet som ytterligare ett skydd utöver de restriktioner som redan finns genom en hänvisning till art. 9.2 BK. I Infosoc-direktivet är trestegstestet placerat i art. 5.5, vilken syftar tillbaka på hela art. 5. Till skillnad mot andra konventioner och fördrag som innehåller trestegstestet, så har man i Infosoc-direktivet radat upp alla möjliga tillåtna inskränkningar i en lång lista. På så sätt har man konkret begränsat testet mycket mer än i övriga konventioner och fördrag. Ett av undantagen är tvingande; övriga 20 är fakultativa. Vill medlemsstaterna införa undantag utöver dem som finns i listan, måste de se till att dessa är förenliga med testet. Trestegstestet i Infosoc-direktivet kontrollerar befintliga inskränkningar i nationella lagar och ser till att nya inskränkningar är förenliga med testet. Om nationell rätt innehåller striktare regler än testet torde de få behålla dessa och saknar man några inskränkningar, innebär det inte några problem eftersom man inte behöver ha alla. De bestämmelser som finns på listan, men som inte finns i nationell rätt, utgör inte några större svårigheter eftersom man inte måste införa dem i lagen. På så sätt kan man undvika implementering av inskränkningar som skulle vålla mer problem än nytta. De inskränkningar som finns i nationell lagstiftning skall dock vara förenliga med testet.

Någon exakt och fast tolkning av hur trestegstestet skall tillämpas finns ännu inte. År 2000 väckte EU genom WTO åtal mot USA angående brott mot art. 13 i TRIPS. En grundlig tolkning gjordes då av testet och denna rapport torde väga relativt tungt jämfört med tidigare överväganden och tolkningar av testets tillämpning. Något prejudikatvärde har rapporten dock inte. Effekten av denna rapport blev heller inte såsom önskat. USA har fortfarande inte ändrat sin lag. Istället tvingas USA att betala stora böter till Europeiska upphovsmän. Trots att tolkningen av testet inte anses ha prejudikatvärde så har man med denna rapport kommit ytterligare ett steg på vägen till klarare riktlinjer om hur trestegstestet skall tolkas.

I svensk rätt har trestegstestet aldrig skrivits ner i lagen som en konkret regel. Istället har man valt att beakta kriterierna vid varje enskild inskränkning som berörs. Anledningen till att Sverige inte infört testet i lagen är att lagstiftaren har ansett det vara en tolkningsregel. Vid införlivandet av Infosoc-direktivet har Sverige, precis som tidigare, bestämt sig för att endast använda regeln som en tolkningsregel och beakta den i samband med varje enskild inskränkning som införs. Efter att ha studerat lagrådsremissens förslag till den nya upphovsrättslagen har jag kommit fram till att en del ändringar kommer att ske i våra befintliga inskränkningar i ensamrättigheterna. Ändringarna sker med anledning av att Sverige som medlemsstat i EU måste införliva direktivet och trestegstestet och se till att våra regler är förenliga med direktivet. De viktigaste ändringarna som lagförslaget för med sig är bland annat att upphovsmännens ensamrättigheter kommer att klargöras.

En uttrycklig regel om att upphovsmännen har ensamrätt att överföra sina verk till allmänheten kommer att införas. Alla tillgängliggörande av verk på Internet eller på distans kommer att benämnas som överföring till allmänhe-

ten och kräver upphovsmannens tillstånd. Rätten att framställa kopior för privat bruk kommer att begränsas en del. Kopieringen skall inte vara tillåten om den egentliga förlagan till kopian har framställts eller gjorts tillgänglig för allmänheten utan upphovsmannens tillstånd. Kopiering av litterära verk kommer framöver att begränsas till att avse vissa delar. Endast i undantagsfall kommer hela böcker att få kopieras. För att personer med funktionshinder skall kunna ta del av material, utvidgas deras rätt att använda upphovsrättsligt skyddat material. Möjligheterna för skolor att kopiera digitalt förbättras. Arkiv och bibliotek får bättre möjligheter att använda modern teknik i arbetet. Om dessa utökade inskränkningar kommer att bidra till att allmänheten ändrar sitt beteende är osäkert. En enskild person som har kopierat en olovlig förlaga, kommer endast att dömas för upphovsintrång om uppsåt eller grov oaktsamhet föreligger. Regeringen tror inte att det kommer att ske många stämningar mot enskilda individer som bryter mot lagen. Med de nya reglerna finns det däremot en potentiell möjlighet att ingripa mot enskilda och andra som missbrukar upphovsmännens rättigheter.

Målet med lagändringen är att få allmänheten att förstå och acceptera de nya reglerna och ändra deras beteende genom att påvisa andra möjligheter till framställning av exemplar. En kombination av de nya inskränkningarna och övriga åtgärder som införts i samband med direktivet mot upphovsintrång kan kanske ändra användarnas beteende. En risk som man löper genom att försöka ändra upphovsrättsbalansen är dock att vågen tippar över så att upphovsmännen får för stora rättigheter. Hur den upphovsrättsliga balansen kommer att bli återstår att se i framtiden.

Vid diskussionerna om utformningen av inskränkningarna i nya upphovsrättslagen nämndes trestegstestet endast ett fåtal gånger. Sverige har gjort sina egna tolkningar i lagrådsremissen, angående om varje inskränkning är förenlig med trestegstestet eller inte. Om ändringarna i inskränkningarna är förenliga med direktivet får framtiden utvisa. Upphovsmännen kommer med stor sannolikhet att ställa Europadomstolen inför uppgiften att tolka om vissa inskränkningar som EU:s medlemsstater fört in i nationell lag eller som redan finns i nationell lag, är förenliga med testet eller inte. Resultatet av en sådan prövning är efterlängtat eftersom man i internationell rätt ännu inte nått någon enhetlig tolkning av testet. Förhoppningsvis har inte omfånget på trestegstestet i Infosoc-direktivet begränsats allt för mycket, genom att konkret ange undantagen i en lista. Möjligen kan Europadomstolen bana vägen för en prejudicerande tolkning av denna svårtolkade regel.

Källförteckning

Offentligt tryck

Betänkanden

<http://www2.riksdagen.se/debatt/9900/motioner/1999-00.nsf/motion/K19> (2004-12-08), Motion till riksdagen 1999/2000: K19, med anledning av prop. 1999/2000: 35, Upphovsrätten och offentlighetsprincipen, Per Lager m.fl., (2000-01-21)

SOU 1956:25

SOU 1951:36

SOU 1985:51

SOU 1990:30

Utredningar

DS 2003:35

Remissammanställning

Sammanställning av remissvar över DS 2003:35, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.– (Stockholm, Justitiedepartementet, 2004-05-03)

Lagrådsremiss

<http://www.regeringen.se/content/1/c6/03/74/43/70eb5da5.pdf> (2005-01-20)
Ju 2003/5613/L3 – Bodström, Thomas, Lager, Christine - Lagrådsremiss om Upphovsrätten i Informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., (Stockholm, Justitiedepartementet, 2005)

Magnusson Staffan, Nilsson Bengt-Åke, Pripp Nina, Lagrådets yttrande, utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-02-08.

Propositioner

Prop. 1996/97:111

Prop. 1960: 17

EG-rättsakter

Direktiv (2001/29/EG) om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Direktiv (91/250/EEG) om upphovsrättsligt skydd för datorprogram

Direktiv (96/9/EG) om upphovsrättsligt skydd för databaser

Internationella rättsakter

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works – of September 9, 1886

TRIPS - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April, 1994

WIPO Copyright Treaty – adopted by the Diplomatic Conference on December 20, 1996

WIPO Performances and Phonograms Treaty and Agreed Statements Concerning the WIPO Performances and Phonograms Treaty – adopted in Geneva on December, 1996

Litteratur

Böcker

Abbott Frederick, Cottier Thomas, Curry Francis, The International Intellectual Property System, Commentary and Materials, Part One, (The Hague: Kluwer Law International, 1999)

Bergström Sture, Rättsvetenskapliga studier ägnade till minnet av Phillips Hult, (Stockholm, 1960)

Guibault Lucie, M.R.C., Copyright Limitations and contracts: an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright, (The Hague: Kluwer Law International, 2002)

Karnell Gunnar, Karnell om upphovsrätt, Avtalslicenskonstruktionen, principiella och praktiska frågor, (NIR 1981 s. 255 – 267), (Stockholm: Juristförlaget, 1990)

Koktvegaard, Mogens, Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt (Stockholm: Nordsteds Juridik, 2002)

Lindeberg Agne, Westman Daniel, Praktisk IT-rätt (Stockholm: Nordstedts Juridik, 2002)

Lidgard Hans Henrik: Parallellhandel: Konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA, (Stockholm: Nordstedts Juridik, 2002)

Nordell Per Jonas, Rätten till det visuella, (Stockholm: Jure, 1997)

Nordell Per Jonas, Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rhode, (Stockholm: Mercurius, 1999)

Olsson Henry, Festskrift till Gunnar Karnell, The Revolution international intellectual property law: the World Trade Organization, (Stockholm: Jure, 1999)

Ploman Edward, Hamilton Clark, Copyright Intellectual property in the information age, (Boston: Routledge & Kegan Paul, 1980)

Ricketson, Sam, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, (London: The Eastern Press Ltd London and Reading, 1987)

Senftleben, Martin, Copyright, Limitations and the Three-Step Test- An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law (London: Kluwer Law International, 2004)

Wagle Mediaas Anders, Ödegaard Magnus, Opphavsrett i en digital verden, (Oslo: Cappelen, 1997)

Artiklar

Bruun Niklas, Levin Marianne, Nordell Per Jonas, Norrgård Marcus, Pehrson Lars, Rosén Jan, Rognstad Ole-Andreas, Scovbo Jens, Stenvik André, Ett harmoniserat immaterialrättsligt rättssystem, (NIR 2003:4, s. 359 – 363)

Björkenfeldt Mats, Juridik, teknik och ideérnas framtid, (NIR 2002 s. 251 – 264)

Decker, Ute, The Three Step Test- International standards for limitations in Copyright Guidelines issued by a WTO Dispute Settlement Decision, (London: Ifpi, Copyright World, 2001)

Heide Thomas, The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive, (Opinion, 1999 E.I.P.R.)

Olsson Henry, Den internationella utvecklingen – växande kritik mot immaterialrättssystemet, (NIR 2004 s. 558 – 567)

Rosén Jan, Inledningsförfarande XI Nordiska Upphovsrättssymposiet Helsingfors 2 - 4 juni (NIR 2003 s.519 - 526)

Rosén, Jan, Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG, (NIR 2001 s. 585 - 603)

Westman Daniel, Tekniska åtgärder - teknik, juridik och politik, (NIR 2002 s. 227 – 229)

Internetkällor

www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reports_Simplifications (2004-12-11) - Copyright Law Review Committee- SCAP1- Appendix B1, (2004-08-23)

www.regeringen.se/sb/d/3254, Frågor och svar angående den nya lagrådsremissen, (2005-02-02)

<http://www.mediarkivet.se>, Computer Sweden- (2003-03-22), Fler nya regler, (2004-04-13)

<http://www.nir.nu/aktuellt.asp?ID=95> (2004-04-19), Per Jonas Nordell, Aktuellt – Sverige – Pågående lagstiftningsarbete, (2003-07-21)

<http://www.copyright.com.au/reports%20&%20papers/CCS0202Berne.pdf>, (2004-12-10), Ricketson Sam, Barrister, Victorian Bar, The Center for Copyright Studies Ltd, The Three-step Test, deemed quantities, libraries and closed expectations, (2002)

www.juridicum.su.se/iri/karc/karc990414.htm, (2004 -12-11) Renman Claesson Katarina, Modern upphovsrätt – Framväxten och utvecklingen av ett globalt rättssystem genom internationella överenskommelser, (99-14-14)

www.klys.se/2003/03/-10-10-infosoc-remissvar.htm, (2004-06-04) Remissyttrande från KLYS och COPYSWEDE över Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället, Stockholm, (03-10-03)

Rättsfallsförteckning

Internationellt

WTO Panel Report - WT/DS 160