



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Heidi Kristine Storm Ofteland

Upphovsrättliga
Ensamrätter och Ansvarsfrågor
i en Digital Miljö

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Ulf Maunsbach

Ämnesområde: Upphovsrätt

Höst 2000

Innehåll

<u>SAMMANFATTNING</u>	4
<u>FÖRKORTNINGAR</u>	6
<u>1. INLEDNING</u>	7
<u>1.1 SYFTE OCH PROBLEM</u>	7
<u>1.2 AVGRÄNSNINGAR</u>	8
<u>1.3 METOD</u>	8
<u>1.4 MATERIAL</u>	9
<u>1.5 DISPOSITION</u>	10
<u>2. UPPHOVSRÄTTEN</u>	11
<u>2.1 INLEDNING</u>	11
<u>2.2 ALLMÄNT OM UPPHOVSRÄTTEN</u>	11
<u>2.2.1 Historik</u>	11
<u>2.2.2 Upphovsrättens syfte</u>	11
<u>2.2.3 Skyddet</u>	12
<u>2.2.4 Ensamrätter</u>	12
<u>2.2.5 Offentliggörande och utgivning</u>	13
<u>2.2.5.1 Offentliggörande – 8§ 1 st URL</u>	13
<u>2.2.5.2 Utgivning – 8§ 2 st URL</u>	14
<u>2.2.6 Inskränkningar i upphovsmannens ensamrätter</u>	14
<u>3. ENSAMRÄTTER I EN DIGITAL MILJÖ</u>	15
<u>3.1 RÄTTEN TILL EXEMPLARFRAMSTÄLLNING</u>	15
<u>3.1.1 Problemställning</u>	15
<u>3.1.2 Allmänt om exemplarframställningsrätten</u>	15
<u>3.1.3 Digitala lagringar av verk</u>	16
<u>3.1.3.1 Generellt om digitala lagringar</u>	16
<u>3.1.3.2 Tillfälliga och efemära lagringar av upphovsrättsligt skyddade verk</u>	16
<u>3.1.4 Svensk rätt i förhållande till gemenskapsrätt och internationella konventioner</u>	17
<u>3.1.4.1 Internationella överenskommelser</u>	18
<u>3.1.4.2 Gemenskapsrätt</u>	18
<u>3.1.5 Bör tillfälliga lagringar omfattas av ensamrätten?</u>	19
<u>3.1.6 Sammanfattning och kommentar</u>	20
<u>3.2 TILLGÄNGLIGGÖRANDE FÖR ALLMÄNHETEN</u>	21
<u>3.2.1 Problemställning</u>	21
<u>3.2.2 Allmänt om tillgänglighetsrätten</u>	22
<u>3.2.2.1 Spridningsrätten</u>	22
<u>3.2.2.2 Visningsrätten</u>	23
<u>3.2.2.3 Framföranderätten</u>	23
<u>3.2.3 Tillgängliggörande i digitala nätverk</u>	24

<u>3.2.3.1 Offentligt framförande</u>	24
<u>3.2.3.2 Offentlig visning</u>	26
<u>3.2.3.3 Spridning till allmänheten</u>	27
<u>3.2.4 Hur har frågan lösts internationellt och på gemenskapsrättsligt plan?</u>	29
<u>3.2.5 Rätt till överföring till allmänheten</u>	30
<u>3.2.6 Sammanfattning och kommentarer</u>	31
<u>4. ANSVAR I EN DIGITAL MILJÖ</u>	32
<u>4.1 PROBLEMSTÄLLNING</u>	32
<u>4.2 MELLANHÄNDER PÅ INTERNET</u>	33
<u>4.3 ANSVAR ENLIGT UPPHOVSRÄTTSLAGEN</u>	34
<u>4.3.1 Direkt kränkning</u>	34
<u>4.3.2 Medverkan</u>	35
<u>4.3.3 Konkret bedömning av de olika mellanhändernas ansvar enligt upphovsrättslagen</u>	36
4.3.3.1 Direkt kränkning	36
4.3.3.2 Medverkan	37
<u>4.4 ANSVAR ENLIGT BBS-LAGEN</u>	38
<u>4.5 ANSVAR ENLIGT DIREKTIVET OM ELEKTRONISK HANDEL PÅ DEN INRE MARKNADEN</u>	40
<u>4.5.1 Inledning</u>	40
<u>4.5.2 Ansvarsbestämmelsernas omfattning</u>	41
4.5.2.1 Enbart vidarebefordran	41
4.5.2.2 Cachning	42
4.5.2.3 Värdtjänster	42
<u>4.6 SAMMANFATTNING</u>	44
<u>4.6.1 Upphovsrättslagen</u>	44
<u>4.6.2 BBS-lagen</u>	44
<u>4.6.3 Elektronisk direktiv</u>	45
<u>5. AVSLUTNING</u>	46
<u>LITTERATURFÖRTECKNING</u>	50
<u>KÄLLOR</u>	50
<u>LITTERATUR</u>	52

Sammanfattning

Förutsättningarna för att utnyttja upphovsrättsligt skyddade verk har radikalt förändrats i samband med den digitala tekniken och Internet. Digitaliseringen innebär till skillnad från tidigare tekniker att ett verk snabbt och billigt kan reproduceras till en perfekt kvalitet. Internet erbjuder å sin sida ett nytt sätt att distribuera upphovsrättsligt skyddade verk. Frågan är då om de nya utnyttjandeformerna är tillämpliga också i en digital miljö eller om ändringar i lagstiftningen är erforderliga.

Det finns otvivelaktigt många fördelar förknippade med uppkomsten av den digitala tekniken som används på Internet, men samtidigt representerar den nya Internettekniken en del problem. Användarna av Internet kan i stor grad uppträda anonymt på Internet och denna faktor gör det svårt att hitta en eventuell gärningsman för det fall att en överträdelse av upphovsrätten sker. Vid missbruk av skyddade verk på Internet har frågan då väckts om de aktörer som gör det skyddade materialet tillgängligt på något sätt kan ansvara för tredje mans olagliga handlingar.

Enligt den svenska upphovsrättslagen tillerkänns upphovsmännen exklusiva ensamrätter, nämligen rätten att framställa exemplar av sitt verk samt rätten att göra sitt verk tillgängligt för allmänheten. Tillgängliggöranderätten är i sin tur indelad i tre olika förfoganden: offentlig visning, offentligt framförande samt spridning till allmänheten.

Exemplarframställningsrätten är oberoende av att viss teknik används, vilket framgår av 2§ URL. Digital lagring som sådan omfattas sålunda av denna ensamrätt. Frågor rörande de tillfälliga digitala lagringar som uppstår på olika ställen i överföringsprocessen i datornätverk är mera problematiska. Enligt svenska förarbeten omfattas inte sådana kortvariga lagringar av upphovsmännens ensamrätt därför att de inte är tillräckligt självständiga. Det föreslagna EG-direktivet om harmonisering av upphovsrätten anger att all typ av lagring skall omfattas av ensamrätten, men att vissa typer av tillfälliga lagringar skall undantas från ensamrätten. Vid utformningen av WIPO-fördragen antogs aldrig förslaget om att ensamrätten också skulle omfatta tillfälliga kopior. Fördragen är således tysta i detta hänseende. Utvecklingen inom EU och internationellt tyder på att exemplarframställningsrätten skall omfatta all typ av digital lagring. Eftersom svensk rätt presumeras vara i överensstämmelse med gemenskapsrätten kommer konsekvensen förmodligen bli att den svenska tolkningen måste överges.

Upphovsmannens framföranderätt och visningsrätt är tillämpliga i vid tillgängliggöranden i digitala nätverk enligt svensk rätt. Framförandet respektive visningen anses ske redan vid överföringen till den nätanslutna servern. Slut användarnas aktivitetsgrad påverkar inte bedömningen.

Spridningsrätten aktualiseras inte vid nätverksöverföringar då exemplar måste föreligga i fysisk form, vilket får till följd att inte heller utgivningsbegreppet är tillämpligt.

WCT's och det föreslagna upphovsrättsdirektivets införande av en ny ensamrätt, *rätten till överföring till allmänheten*, som omfattar samtliga överföringar av verk som sker till nätverk kommer att lösa en del problem. Istället för att bedöma tillgängliggörandet på den nätanslutna servern som framförande eller visning, vilket enligt min uppfattning inte är tillfredsställande, kommer den nya ensamrätten täcka samtliga förfoganden, vare sig det är framförande, visning eller spridning.

Vad avser tjänstelevererande mellanhanders ansvar för brott mot upphovsrätten begångna av tredje man är brottsbalkens bestämmelser om medverkan tillämpliga. Ansvar förutsätter någon form av aktivitet, jfr. BrB 23:4. Underlåtenhet att hindra brott föranleder dock inget ansvar eftersom mellanhänderna inte befinner sig i någon garantställning. BBS-lagens ansvarsbestämmelser gäller inte nätverksoperatörer eller internetleverantörer. Värdtjänst innehavare kan bli ansvariga i vissa fall. Ansvaret avser dock enbart underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt BBS-lagen och inte för brott mot upphovsrätten. Direktivet om elektronisk handel på den inre marknaden reglerar i viss utsträckning ansvarsfrågor för mellanhänderna. Ansvarsfrihet inträder om leverantören uppfyller de krav som uppställs. Med hänsyn till gällande rättsläge kan mellanhänder således bli ansvariga för tredje mans olagliga handlingar. Helhetsintrycket är dock att det krävs mycket för att ansvar skall aktualiseras för dessa aktörer.

Förkortningar

BBS	Bulletin Board System
BK	Bernkonventionen
BrB	Brottsbalken
EG	Europeiska Gemenskapen
EIPR	European Intellectual Property Review
EU	Europeiska Unionen
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
NIR	Nordisk Tidskrift för Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd 1
Prop.	Regeringens Proposition
RAM	Random Access Memory
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty

1. Inledning

1.1 Syfte och Problem

Internet och den digitala teknikens förmåga att producera, kopiera, manipulera och överföra material har ställt upphovsrätten inför nya utmaningar.

Den digitala tekniken, som i realiteten enbart består av binära tecken, d.v.s. ettor och nollor, skiljer sig fundamentalt från tidigare tekniker. För att kunna förstå de förändringar som den nya teknologin innebär, måste man se på vad som fanns innan. I den analoga världen levererades böcker i pappersform, musik i form av vinylplattor eller magnetband och radio spelades in på magnetiska band och överfördes via analoga signaler till människor inom ett område. För upphovsmännen fanns inget reellt hot mot deras rättigheter, därför att den analoga tekniken till sin natur hindrade detta. Den digitala tekniken och Internet däremot gör det möjligt att producera ett obegränsat antal perfekta kopior till en mycket låg kostnad. Digitaliseringen innebär att verk kan användas i många olika typer media, de kan kopieras med en perfekt kvalitet, de kan manipuleras och spridas till hela världen: lätt, snabbt och billigt.

Osäkerhet har funnits och finns fortfarande beträffande frågan huruvida upphovsrätten är tillämplig på de nya utnyttjandeformer som sker vid överföringar i nätverk och påkallar en utredning av rättsläget beträffande de upphovsrättsliga ensamrätternas tillämplighet i en digital miljö.

Internets kännetecknas av det är globalt, anonymt och erbjuder unika möjligheter att göra material tillgängligt för miljontals människor. Möjligheterna att missbruka skyddade verk är därför mycket större än via traditionella spridningskanaler. För att det upphovsrättsliga systemet skall kunna fungera på ett tillfredsställande sätt och skydda upphovsmännen mot missbruk av deras rättigheter krävs ett effektivt ansvarssystem.

Eftersom det är relativt svårt att spåra de egentliga inkräktarna, har frågan aktualiserats om de aktörer som på något sätt är inblandade i spridningen, överföringen eller lagringen av olagligt material kan hållas ansvariga för olagliga handlingar som initierats av tredje man.

Med beaktande av det ovannämnda avser uppsatsen att behandla två huvudfrågor:

- Den första rör tillämpningen av gällande upphovsrättsliga ensamrätter i digitala kommunikationsnätverk: Är gällande ensamrätter tillämpliga vid nätverksöverföringar eller är en ny ensamrätt erforderlig?
- Den andra huvudfrågan handlar om ansvarsfrågor för överträdelser av upphovsrätten på Internet: Kan tjänstelevererande mellanhänder ansvara för tredje mans olagliga handlingar på den grund att de tillhandahållit de tekniska möjligheterna?

1.2 Avgränsningar

Frågan om hur olika förfoganden i datornätverk bedöms upphovsrättsligt sett, exempelvis länkning eller bildskärmvisning, har inte diskuterats, utan uppsatsen behandlar enbart frågan om gällande ensamrätter är tillämpliga i en digital sammanhang och då särskilt på Internet.

Vad gäller ansvarsdelen och frågan om de tjänstelevererande mellanhändernas eventuella ansvar för överträdelser begångna av tredje man på Internet, har uppsatsen begränsats till att behandla de tre aktörer som oftast är inblandade vid överföring av material på Internet: värdtjänst innehavare, internetleverantörer och nätverksoperatörer.

1.3 Metod

Arbetet behandlar frågeställningarna med utgångspunkt i svensk rätt och är först och främst ett studium av traditionella inhemska rättskällor: lagstiftning, förarbeten, rättsfall och juridisk doktrin. Som medlem av EU utgör gemenskapsrätten också en viktig del av de svenska rättskällorna, vilken följdaktligen också har beaktats.

Upphovsrätten är i utgångspunkten en nationell angelägenhet. Tendensen är dock att upphovsrätten blir stadigt mera global. Med tanke på Internets världsomspännande natur är det viktigt att utformningen av rättigheter i nätverkssammanhang inte avviker för mycket mellan de olika länderna. Det har därför varit naturligt att även studera utländska källor. Dessa har också varit till hjälp där svenska rättskällor inte varit tillräckliga.

Då upphovsrätten i stor grad formas av internationella konventioner på området har även dessa beaktats vid behandlingen av de ovannämnda problemställningarna.

1.4 Material

Nedan följer en övergripande översikt över det material som använts i arbetet.

Upphovsrättslagen (URL) är den lag som reglerar upphovsrätten och är själva utgångspunkten för uppsatsen¹. Bland förarbetena har särskilt de som är relevanta i förhållande till Internet och digital teknologi studerats. Auktorrättskommitténs betänkande från 1956 utgör fortfarande en betydelsefull källa vad gäller tolkningen av upphovsrättens grundbegrepp². Vid tillkomsten av upphovsrättslagen ansåg lagstiftaren bland annat att det var viktigt att ha sådana grundbegrepp som skulle behålla sin giltighet så länge som möjligt, särskilt med tanke på den tekniska utvecklingen³. Trots att hänsyn tagits till den tekniska utvecklingen har dock inte alla de problemställningar som uppkommit de senaste åren reglerats. Därför har också förarbeten av nyare datum använts. Databaspropositionen och delbetänkandet om upphovsrätt och datorrätt har varit till hjälp vid tolkningen av begreppet exemplar⁴.

I den mån förarbetena inte har varit klargörande, har rättspraxis och juridisk doktrin varit till stor hjälp vid tolkningen av de olika problemställningar.

På det gemenskapsrättsliga området har det ändrade förslaget till direktiv om harmonisering av medlemsstaternas upphovsrätt och närstående rättigheter varit viktigt, särskilt vad avser tolkningen av de olika ensamrätternas tillämplighet vid överföringar av verk i nätverk⁵. Vidare har även databasdirektivet och direktiv om elektronisk handel beaktats, bland annat vid tolkningen av exemplarframställningsbegreppets tillämplighet på tillfälliga lagringar av verk samt för utredningen av ansvarsfrågorna för de olika aktörer på Internet⁶. Av andra gemenskapsrättsliga källor som använts i detta arbete kan nämnas Kommissionens Grönbok om Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, vilken identifierar vissa nyckelfrågor för tillämpningen av upphovsrätt på den nya digitala teknologin⁷.

¹ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

² SOU 1956:25.

³ SOU 1956:25 s 92.

⁴ Prop. 1996/97:111; SOU 1985:51.

⁵ KOM (99) 250 slutlig.

⁶ Direktiv 2000/31/EG.

⁷ Direktiv 96/9/EG; KOM (95) 382.

Av internationella källor har givetvis Bernkonventionen (BK), upphovsrättens grundpelare använts i viss utsträckning⁸. WCT har dock varit en mycket viktigare källa, då den i mycket större grad behandlar de problem som aktualiserats i samband med den nya teknologin⁹.

1.5 Disposition

I kapitel 2 ges en generell översikt av upphovsrätten. Därefter följer kapitel 3 vilket behandlar frågeställningen om ensamrätternas tillämplighet i nätverk. Frågan om ansvar för de tjänstelevererande mellanhändernas ansvar behandlas i kapitel 4.

⁸ Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

⁹ WIPO Copyright Treaty.

2. Upphovsrätten

2.1 Inledning

För att undersöka frågan om hur det upphovsrättsliga skyddet i en digital värld tillvaratas, krävs en genomgång av relevanta bestämmelser i upphovsrättslagen. Inledningsvis ges därför en allmän översikt över upphovsrätten.

2.2 Allmänt om upphovsrätten

2.2.1 Historik

Upphovsrätten kan delas in i två olika traditioner: den anglo-amerikanska traditionen och den kontinentaleuropeiska. Skillnaden dem emellan historiskt sett är att den förra tillkom som ett försök på att reglera marknaden. Den var ett privilegium som tilldelades vissa boktryckare i medeltiden, vilket gav dem rätt att kopiera en viss bok. Den senare bygger på en naturrättslig tankegång: tanken att all egendom, materiell som icke-materiell, är en naturlig rättighet. Trots fundamentala skillnader i ursprunget till de två traditionerna finns många likheter, bland annat med hänsyn till ensamrätterna¹⁰.

2.2.2 Upphovsrättens syfte

Lagstiftaren uttryckte vid tillkomsten av upphovsrättslagen att upphovsmannen bör ha en ekonomisk rätt att utnyttja sitt verk.¹¹ Denna tanke bygger på den gamla och vedertagna principen om att var och en har en rätt att njuta frukterna av sitt arbete. Den ekonomiska aspekten för upphovsmannen är således en viktig faktor.

Vidare anses de upphovsrättsliga ensamrätter stimulera det andliga skapandet i samhället. Detta är i sin tur med på att främja samhällets sociala, kulturella och ekonomiska utveckling.¹²

¹⁰ Olsson 1998 s. 25 f.

¹¹ SOU 1956:25 s. 61.

¹² Olsson 1998 s. 29.

2.2.3 Skyddet

Upphovsrätt är en tidsbegränsad rätt som författare, komponister, skapande konstnärer och andra har till sina verk¹³. Huvudinnebörden av upphovsrätten är att den som har skapat ett sådant verk genom bestämmelser i lag ges vissa rättigheter att föfoga över sitt verk, bland annat när och hur hans verk skall offentliggöras. Upphovsmannens rättigheter indelas i två huvudkategorier: de ekonomiska och de ideella rättigheterna, vilka jag återkommer till i punkten 2.2.4.

Det upphovsrättsliga skyddet uppstår automatiskt vid skapandet av verket. Skyddet är sålunda formlöst. För att åtnjuta upphovsrättsligt skydd krävs att det skall vara fråga om ett litterärt eller konstnärligt verk, jfr. 1§ URL. Ett verk i upphovsrättslig mening anses föreligga om det är resultat av en individuell andligt skapande verksamhet¹⁴. Alstret måste med andra ord uppnå verkshöjd¹⁵. Ett verk anses uppnå verkshöjd om sannolikheten för att två personer oberoende av varandra skapar samma produkt är obefintlig eller mycket ringa¹⁶.

2.2.4 Ensamrätter

Upphovsrättslagen ger upphovsmannen både ekonomiska och ideella ensamrätter. De ekonomiska ensamrätterna återfinns i 2§ URL medan de ideella framgår av lagens 3§. Dessa ensamrätter är exklusiva rättigheter, vilket innebär att ingen annan än upphovsmannen kan råda över dessa rättigheter annat än genom avtal¹⁷.

De ekonomiska rättigheterna är indelade i två huvudgrupper. Den första avser rätten att framställa exemplar och den andra avser rätten att göra sitt verk tillgängligt för allmänheten, jfr. 2§1 st URL. Tillgängliggöranderätten har i sin tur delats in i tre olika typer av föfoganden: rätten att sprida verket till allmänheten, rätten att visa ett verk offentligt samt rätten att framföra ett verk offentligt, jfr. 2§3 st URL. Med allmänheten avses enligt förarbetena tillgängliggöranden som sker utanför den privata sfären¹⁸.

Förutom de ekonomiska rättigheterna har upphovsmannen ideella rättigheter till sitt verk. De omfattar för det första rätten till att bli namngiven, jfr. 3§1 st URL. Vidare omfattar de rätten att motsätta sig förhållanden som gör att verket kränks, jfr. 3§2 st URL. De ideella

¹³ Koktvedgaard/Levin 2000 s.29.

¹⁴ Olsson 1998 s. 33.

¹⁵ Se Olsson 1998 s. 53 ff. för en mera utförlig behandling av verkshöjdbegreppet.

¹⁶ Koktvedgaard/Levin 2000 s. 78.

¹⁷ SOU 1956:25 s 97.

¹⁸ SOU 1956:25 s 93 f.

rättigheterna är oberoende av de ekonomiska rättigheterna och kan som huvudregel inte överlåtas.

De ovan angivna rättigheter i 2 och 3 §§ URL är uttömmande, vilket innebär att upphovsmannen inte med stöd i upphovsrättslagstiftningen kan åberopa flera eller andra rättigheter än de som där är stadgade¹⁹. Utnyttjanden av verket som inte inryms under dessa bestämmelser är sålunda tillåtna för andra än upphovsmannen.

För att upphovsmannens ensamrätter inte skall bli för omfattande har inskränkningar gjorts i upphovsmannens rättigheter, jfr. 2 kap. URL.

2.2.5 Offentliggörande och utgivning

Offentliggörande eller utgivning av ett verk medför vissa oåterkalleliga rättsverkningar. Med upphovsman avses här inte enbart den ursprungliga upphovsmannen utan den som innehar rättigheterna till verket. Betydelsen av ett verks första offentliggörande eller en utgivning innebär att vissa oåterkalleliga rättsverkningar inträder.

2.2.5.1 Offentliggörande – 8§1 st URL

Enligt 8§1 st URL anses ett verk offentliggjort när det gjorts tillgängligt för allmänheten på lovligt vis. Rekvisitet "lovligen" innebär i de flesta fall ett krav på att upphovsmannen skall samtycka till att verket görs tillgängligt för allmänheten²⁰. Kravet motiveras med att de flesta upphovsrättsligt relevanta utnyttjanden omfattas av upphovsmannens ensamrätt och ett samtycke är då en förutsättning för att verket skall kunna utnyttjas. I vissa situationer krävs dock inget samtycke eller offentliggörande för att ett verk skall kunna utnyttjas. Som exempel kan nämnas bestämmelsen om framställning av exemplar inom vissa arkiv, jfr. 16§ URL.

Begreppet "göres tillgängligt för allmänheten" har samma innebörd som i 2§ 3 st. URL, se ovan under punkten 2.2.4. När ett verk offentliggjorts får ett verk fritt utnyttjas i enlighet med inskränkingsbestämmelserna i 2 kap. URL.

¹⁹ Prop. 1960:17 s 52.

²⁰ SOU 1956:25 s 162 f.

2.2.5.2 Utgivning – 8§2 st URL

Enligt 8§2 st URL sker en utgivning när exemplar av verket med upphovsmannens samtycke förs i handeln eller på annat sätt sprids till allmänheten. I detta ligger dels ett krav om att verket fixerats i exemplar dels ett krav om att exemplaren måste spridas till allmänheten²¹. Av detta följer att ett offentliggjort verk inte alltid anses som utgivet. Exempelvis medför en offentlig visning av ett exemplar av ett verk ingen utgivning av verket. Ett utgivet verk kommer dock alltid anses vara offentliggjort.

I 8§2 st URL anges två alternativa spridningsätt. Spridningen kan ske antingen genom att exemplar förs i handeln eller genom att de på annat sätt sprides till allmänheten. "Sprides till allmänheten" innebär enligt 2§3 st URL att exemplaren "utbjudes till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprides till allmänheten".

2.2.6 Inskränkningar i upphovsmannens ensamrätter

Upphovsmannens ensamrätt har begränsats genom inskränkingsbestämmelserna i 2 kap. URL. Syftet med dessa bestämmelser har huvudsakligen varit att åstadkomma en balans mellan rättighetshavarens individuella intresse av att kunna utnyttja sitt verk och samhällets intresse av att få tillgång till upphovsrättsligt skyddat material²². Det är enbart de ekonomiska rättigheterna som är föremål för inskränkningar. De ideella rättigheterna berörs inte alls, jfr. 11§1 st URL.

²¹ SOU 1956:25 s 163 f.

²² SOU 1956:25 s. 177.

3. Ensamrätter i en digital miljö

3.1 Rätten till exemplarframställning

3.1.1 Problemställning

Traditionellt har frågan om vad som utgör ett exemplar i teknisk eller upphovsrättslig mening inte medfört några större svårigheter att avgöra. När man gjorde en kopia av en bok framställdes såväl tekniskt som upphovsrättsligt ett exemplar. Datortekniken, digitaliseringen och kommunikationsnätverk som Internet har emellertid ändrat denna bilden något och det är inte alltid lika självklart att avgöra om en exemplarframställning i upphovsrättslig mening skett eller inte. Vid överföring av material i ett datornätverk uppstår nämligen tillfälliga kopior. Det samma sker i arbetsminnet (RAM) till datorn när ett verk som till exempel är lagrat på hårddisken öppnas eller när man får upp en skärmbild vid surfning på Internet. Dessa temporära kopior försvinner i de flesta fall när datorn stängs av. De är dessutom oftast automatiska och tekniskt nödvändiga för att överhuvudtaget kunna ta del av verket.

Vad jag följdaktligen avser utreda i detta avsnitt är frågan huruvida tillfälliga och efemära lagringar av upphovsrättsligt skyddade verk i allmänhet utgör exemplar i upphovsrättslig mening enligt upphovsrättslagen samt också diskutera huruvida sådana lagringar bör omfattas av ensamrätten.

3.1.2 Allmänt om exemplarframställningsrätten

Upphovsmannen ges i 2§1 st URL en ensamrätt att framställa exemplar av sitt verk. Enligt förarbetena förstås exemplar som "varje föremål, i vilket verket är nedlagt eller fixerat, likgiltigt med vilken teknik detta skett; ett litterärt eller musikaliskt verk kan ligga i manuskript, tryck, grammofonskiva eller upptagning av annat slag"²³. Det är utan betydelse om ett eller flera exemplar framställs, jfr. 1§1 st URL. Det är heller inget krav att hela verket reproduceras för att vara att utgöra ett exemplar i upphovsrättslig mening²⁴.

Vad gäller frågan om verk som lagras på anordningar där verket inte direkt är synligt, har lagstiftaren reglerat situationen genom att ta in en bestämmelse i 2§2 st URL. Andra stycket är en precision av första stycket. Det är alltså inte enbart kopior som kan ses direkt som

²³ SOU 1956:25 s 93 f.

²⁴ SOU 1956:25 s 94.

utgör exemplar, utan även sådana kopior som inte är omedelbart synliga anses vara upphovsrättsligt relevanta exemplar. Som exempel på kopior som inte är omedelbart synliga kan nämnas grammofonskivor och filmsatser. Det är sålunda fråga om exemplarframställning även när ett verk "överförs på en anordning som kan återge verket"²⁵. Föreligger en fixering kommer det vara ett exemplar i upphovsrättslig mening, oavsett vilket medium det fixeras i och oavsett om det kan observeras direkt eller indirekt med hjälp av andra tekniska hjälpmedel.

3.1.3 Digitala lagringar av verk

3.1.3.1 Generellt om digitala lagringar

Innan de tillfälliga lagringarnas rättsliga status behandlas, vill jag säga några ord om digitala kopior i största allmänhet. Det finns ju andra digitala kopior som är mer bestående, så som lagring på en hårddisk, CD-rom eller diskett. Verk som är lagrade på ett sådant sätt är inte omedelbart synliga, utan kommer först till synes efter att lagringsmediet kopplas till en dator. Sådana självständigt fixerade lagringar anses enligt förarbetena utgöra exemplar i upphovsrättslig mening.²⁶

3.1.3.2 Tillfälliga och efemära lagringar av upphovsrättsligt skyddade verk

Ovan har framkommit att verket måste fixeras i ett föremål för att det skall vara ett exemplar i upphovsrättslig mening. I ordet fixering ligger ett krav om självständighet.²⁷ Frågan är bara hur självständig och varaktig fixeringen måste vara för att det skall vara ett exemplar.

Upphovsrättslagen uttalar inget om att ett exemplar skall vara av viss varaktighet för att kunna karaktäriseras som exemplar i upphovsrättslig mening och det kan verka som om också tillfälliga exemplar omfattas av reproduktionsrätten. Om man emellertid läser 2§ i samband med bestämmelsen om spridning av exemplar i 19§ URL, kan det verka som att lagen bygger på förutsättningen att exemplaret är så självständigt att det i sig kan spridas till allmänheten.²⁸ Auktorrättskommitténs betänkande från 1956 innehåller inga särskilda uttalanden beträffande tillfälliga kopior, vilket förmodligen kan förklaras med att den problemställningen inte varit särskilt aktuell på den tiden.

²⁵ Prop. 1960:17 s. 60.

²⁶ Prop. 1996/97:111 (elektronisk version), pkt. 5.4.5 Förfoganderätten (www.riksdagen.se).

²⁷ Prop. 1996/97:111 (elektronisk version), pkt. 5.4.5 Förfoganderätten.

²⁸ Prop. 1996/97:111 (elektronisk version), pkt. 5.4.5 Förfoganderätten.

De förarbeten som till en viss grad behandlar problemställningen om tillfälliga lagringar är det om upphovsrättsligt skydd av datorprogram och det om skydd av databaser.²⁹ I avsaknad av relevanta källor beträffande andra verk än databaser och datorprogram, har jag använt dessa förarbeten vid tolkningen.

Sverige införde i 1989 skydd för datorprogram. Utredningen från 1985 uttalar vad gäller flyktiga framställningar att de inte är att anse som exemplar i upphovsrättslig mening om de inte "fryses".³⁰ Vad som ligger i ordet "fryses" är inte helt entydigt, men det kan verka som om det är ett krav om att framställningen måste ha en viss varaktighet och att tillfälliga kopior inte skulle omfattas av ensamrätten.

Enligt databaspropositionen omfattar lagtexten även tillfälliga exemplar, men de måste vara så självständiga att de i sig kan spridas till allmänheten.³¹ Som exempel på fixeringar som inte är tillräckligt självständiga nämns bland annat verk i digital form som kommer upp på en bildskärm eller verk i digital form som fixeras i en dators hårddisk och som försvinner när datorn stängs av.³² Vidare har uttalats att exemplarframställning kräver ett aktivt handlande.³³ Enligt databaspropositionen faller de automatiska tillfälliga lagringar som sker exempelvis i en dators RAM minne utanför exemplarframställningsrätten.

Med anledning av det ovannämnda torde således sådana tillfälliga och flyktiga lagringar av verk i digital form falla utanför upphovsmannens exemplarframställningsrätt enligt gällande svensk rätt i dag.

3.1.4 Svensk rätt i förhållande till gemenskapsrätt och internationella konventioner

Som medlem av EU är Sverige bunden av de gemenskapsrättsliga regler som finns. Svensk rätt presumeras vara i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Beträffande de internationella överenskommelser som Sverige har anslutat sig till antas också svensk rätt stämma överens med dessa. Frågan är då om det att utesluta tillfälliga lagringar från exemplarframställningsrätten är i överensstämmelse med internationella överenskommelser och EG-rätt.

²⁹ SOU 1985:51; Prop. 1996/97:111.

³⁰ SOU 1985:51 s 57.

³¹ Prop. 1996/97:111 (elektronisk version), pkt. 5.4.5 Förfoganderätten.

³² Prop. 1996/97:111 (elektronisk version), pkt. 5.4.5 Förfoganderätten.

³³ Prop. 1996/97:111 (elektronisk version), pkt. 5.4.5 Förfoganderätten. Se även NJA 1996 s 79.

3.1.4.1 Internationella överenskommelser

På upphovsrättsrättens område utgör Bernkonventionen själva grundpelaren. Under diplomatförhandlingarna i 1996 om de nya WIPO-fördragen, *WCT och WCCT*, fanns ett förslag om att Bernkonventionens reproduktionsrätt skulle tolkas på det sättet att även tillfälliga kopior skulle omfattas av upphovsmannens reproduktionsrätt:

"7(1) The exclusive right accorded to authors of literary and artistic works in Article 9 (1) of the Berne Convention of authorizing the reproduction of their works shall include direct and indirect reproduction of their works, whether permanent or temporary, in any manner or form."³⁴

Detta förslag väckte två viktiga frågor. För det första den om vilket omfång den temporära mångfaldiganderätten skulle ha: Omfattar gällande rätt redan även tillfälliga kopior eller skapas härigenom en ny rätt? Vidare var det fråga om vilket omfång undantagen till en sådan rätt skulle ha³⁵.

Förslaget stötte emellertid på mycket motstånd. En gemensam faktor för de som motsatte sig förslaget var en oro för att förstöra balansen mellan upphovsrätten och utvecklingen av informationssamhället³⁶. Den föreslagna artikel 7(1) antogs således inte och följdaktligen torde inte tillfälliga kopior omfattas av Bernkonventionens reproduktionsrätt.

3.1.4.2 Gemenskapsrätt

Frågan om de tillfälliga kopiornas rättsliga status har också varit föremål för diskussion på gemenskapsrättslig nivå. Enligt databasdirektivet omfattas även tillfälliga kopior av upphovsmannens exemplarframställningsrätt³⁷. Såväl temporära som varaktiga framställningar av exemplar, som helt eller delvis, oberoende av sätt eller form faller under upphovsmannens ensamrätt³⁸. Om hela eller en väsentlig del av innehållet av en databas tillfälligt överförs på en annan anordning för att kunna visas på en bildskärm, omfattas detta av upphovsmannens mångfaldiganderätt och tillstånd krävs således³⁹.

³⁴ Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Conference, prepared by the Chairman of the Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention, Article 7, WIPO Document CRNR/DC/4, p 29, August 30, 1996.

³⁵ Vinje, Thomas, *The New Copyright Treaty*, EIPR 1997 s 231.

³⁶ Vinje, Thomas, *The New Copyright Treaty*, EIPR 1997 s 233.

³⁷ Direktiv 96/9/EG, Art. 5a.

³⁸ Direktiv 96/9/EG, Art. 5a.

³⁹ Direktiv 96/9/EG, Preambeln, premiss 44.

Vad gäller upphovsrättsliga verk i övrigt innehåller det ändrade förslaget till direktiv om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället en bestämmelse om rätten till mångfaldigande⁴⁰:

"Medlemsstaterna skall föreskriva ensamrätt att, direkt eller indirekt, godkänna eller förbjuda tillfälligt eller permanent mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis⁴¹".

Tillfälliga kopior omfattas enligt denna artikel av upphovsmannens mångfaldiganderätt. Artikel 5 innehåller dock vissa undantag vad gäller tillfälliga kopior:

"A 5 1) Tillfälliga former av mångfaldigande enligt artikel 2, som t.ex. sker i övergångs- eller kompletteringssyfte, inklusive sådana former av mångfaldigande som underlättar att överföringssystem fungerar effektivt, och ingår som en integrerad och nödvändig del i en teknisk process och görs i uteslutande syfte att möjliggöra en användning av verk eller annat material samt saknar fristående ekonomisk betydelse, skall undantas från den rättighet som avses i artikel 2."

Enligt preambeln skall vissa handlingar då tillfälliga mångfaldiganden sker, exempelvis sådana handlingar som ingår i en teknisk process eller som uteslutande syftar till att möjliggöra utnyttjande av ett verk eller av skyddat material och som inte har något ekonomiskt värde i sig, omfattas av detta undantag. Webbläsning och även vissa former av förberedande lagring (caching) skall således omfattas av detta undantag⁴².

3.1.5 Bör tillfälliga lagringar omfattas av ensamrätten?

Argumenten för och emot att tillfälliga lagringar av verk bör omfattas av reproduktionsrätten är många.

För en användare kommer konsekvensen vara bland annat att han inte kan surfa på Internet utan att framställa ett exemplar i upphovsrättslig mening då en kopia framställs i RAM-minnet på datorn. Om sådana lagringar som uppstår i RAM-minnet när en användare till exempel läser ett verk som är tillgängligt på Internet omfattas av ensamrätten, kommer det i praktiken innebära att upphovsmännen vill få en exklusiv rätt att läsa⁴³.

Vidare har det hävdats av vissa att om man tillämpar en sådan rätt i en digital kontext kommer exemplarframställningsrätten bli en rätt att förhindra användandet av verket, "...which hitherto has been seen as anathema to the fundamental principles of copyright

⁴⁰ KOM (99) 250 slutlig.

⁴¹ KOM (99) 250, Artikel 2.

⁴² KOM (99) 250, Preambeln, premiss 23.

⁴³ Fitzpatrick, Simon, *Copyright Imbalance: US and Australian Responses to the WIPO Digital Copyright Treaty*, EIPR 2000, s. 219.

jurisprudence”⁴⁴.

Andra har igen uttalat att tillfälliga lagringar av verk kan jämföras med att hålla upp ett verk mot en spegel: "...holding a mirror up to a book would be an infringement because the book's image can be perceived there for more than a transitory duration, i.e. however long one has the patience to hold the mirror”⁴⁵.

På den andra sidan står de som är för att temporära lagringar skall anses vara exemplar. Dansken Mads Bryde Andersens argument för att de också skall inkluderas i exemplarframställningsrätten är bland annat att data som finns i arbetsminnet till en dator kan vara där permanent om inte strömtillkopplingen bryts. Dessutom anser han det vara problematiskt att laborera med ett tidskriterium i definitionen av begreppet exemplar⁴⁶.

Sammantaget verkar det vara svårt att använda sig av ett tids- eller varaktighetskriterium när det skall avgöras om en upphovsrättsligt relevant framställning av exemplar skett eller inte, utan istället bör det avgörande kriteriet vara om det är möjligt att återskapa verket. Det är dock viktigt att upphovsmannens ensamrätt inte blir alldeles för omfattande, utan att inskränkningar införes för vissa typer av temporära lagringar som är en teknisk nödvändighet för att exempelvis kunna läsa eller se ett verk. Sådana lagringar som ur ekonomisk synvinkel är viktiga för upphovsmannen bör förbehållas denne.

3.1.6 Sammanfattning och kommentar

Enligt gällande svensk rätt torde tillfälliga och efemära digitala kopior inte omfattas av det upphovsrättsliga exemplarbegreppet. Det ändrade förslaget till direktiv om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället stadgar dock att även sådana tillfälliga kopior ingår i mångfaldiganderätten, vilket förmodligen torde leda till att Sverige, som medlem i EU, måste anpassa sig till det föreslagna direktivet. Inskränkningar gäller för vissa typer av tillfälliga kopior enligt förslaget, vilket torde innebära att exempelvis tillfälliga lagringar i RAM-minnet på en dator omfattas av undantaget.

Internationellt finns ingen konsensus på området. Reproduktionsrätten enligt Bernkonventionen omfattar inte tillfälliga och efemära lagringar. I avsaknad av en internationell reglering, är resultatet att de nationella staterna har löst frågan på olika sätt och

⁴⁴ Christie, A., *The Proposed Copyright Transmission Right*, (1995) 6 Australian Intellectual Property Journal, p. 143.

⁴⁵ Samuelson, Pamela: *Legally Speaking: The NII Intellectual Property Report*, Communication of the ACM, December 1994.

⁴⁶ Bryde Andersen, Mads, *Opphavsretten og den nye teknologi*, NIR 1995 s 616-629.

bara i Norden är det redan skillnader i lagarna. Bland annat kan nämnas att den danska upphovsrättslagstiftningen omfattar upphovsmannens ensamrätt även tillfälliga kopior⁴⁷.

Vad gäller frågan om sådana lagringar bör omfattas av ensamrätten till exemplarframställning är svaret jakande. För att säkra förutsebarheten av lagen, bör även tillfälliga lagringar av verk omfattas av exemplarbegreppet. Varaktigheten bör inte vara det avgörande kriterium, utan istället bör avseende fästas vid om det som finns lagrat i minnet kan användas för att återskapa verket. Samtidigt bör det införas en del inskränkningar i lagen som undantar vissa typer av tillfälliga lagringar från ensamrätten, bland annat webbläsning eller andra lagringar som är tekniskt nödvändigt för att kunna nyttja ett verk.

3.2 Tillgängliggörande för allmänheten

3.2.1 Problemställning

Är gällande upphovsrättsliga tillgängliggörandeformer tillämpliga i datornätverk? Förarbetena är ganska tysta i detta hänseende. Från rättspraxis kan nämnas BBS-fallet där Högsta domstolen tycks förutsätta att någon form av tillgängliggörande sker när ett verk göres tillgängligt i ett nätverk⁴⁸.

Som tidigare nämnts finns tre former av tillgängliggöranden som innefattas i upphovsmannens ensamrätt: spridning till allmänheten; visning för allmänheten samt offentligt framförande. Gemensamt för dessa tre förfoganden är att de måste ske utanför den privata sfären, jfr. "tillgängliggörande för allmänheten" i 2§1 och 3 st URL.

Upphovsrätten har genom åren anpassat sig ny teknologi utan att någon ändring av ensamrätterna varit nödvändig. Man kan då fråga sig varför dessa inte skulle vara tillämpliga också i en datoriserad värld. Förklaringen ligger i det att datortekniken uppvisar många skillnader jämfört med tidigare tekniker, vilket gör det nödvändigt att närmare utreda huruvida ensamrätterna är tillämpliga eller inte.

Tendensen internationellt samt inom EU går mot införandet av en ny ensamrätt, som kan synes vara bättre anpassad till de överföringar som sker i datornätverk. Jag återkommer till detta nedan under punkten 3.2.5.

⁴⁷ Bryde Andersen, Mads, *Opphavsretten og den nye teknologi*, NIR 1995 s 616-629, särskilt s. 617.

⁴⁸ NJA 1996 s. 79.

Avsikten är därför att utreda frågan om gällande tillgängliggörandeformer enligt upphovsrättslagen är tillämpliga i datornätverk. Vidare vill jag undersöka om den nya ensamrätten kanske är mera lämplig. I det följande vill jag först redogöra för framförande-, visnings- och spridningsrättens tillämplighet vid nätverksöverföringar. Därefter redogörs för den nya ensamrätten, *överföring till allmänheten*, som både WCT och det föreslagna upphovsrättsdirektivet förespråkar.

3.2.2 Allmänt om tillgängliggöranderätten

Under denna punkten skall jag se närmare på upphovsmannens spridnings-, visnings- och framföranderätt.

Rätten att göra sitt verk tillgängligt för allmänheten är en självständig rätt vid sidan om exemplarframställningsrätten. Denna rätt är som tidigare nämnts tredelad. Indelningen kan förklaras med att olika rättsverkningar inträder för de respektive rättigheterna i samband med utgivning och offentliggörande av verket. Vidare omfattas enbart de förfoganden som sker utanför den privata sfären, jfr. ovan under punkten 3.2.1.

3.2.2.1 Spridningsrätten

Spridningsrätten framstår i första hand som ett komplement till exemplarframställningsrätten⁴⁹. Den har dock en självständig position vid sidan om mångfaldiganderätten, vilket innebär att upphovsmannen till exempel kan tillåta att en exemplarframställning av verket sker utan att samtidigt tillåta en offentlig spridning av dessa exemplar. Genom spridningsrätten ges upphovsmannen en rätt att kontrollera spridningen av exemplar av sitt verk.

Ett verk sprides när ett eller flera exemplar av verket utbjudes till försäljning, uthyrning eller på annat sätt sprides till allmänheten, jfr. 2§3 st URL. Således finns flera alternativa spridningsformer. Med utbjudes betyder att spridningsåtgärden inte behöver vara fullbordad utan det räcker med att exemplaret bjudits ut⁵⁰.

Spridningsrätten är av stor betydelse, bland annat därför att spridning är en förutsättning för utgivning av ett verk enligt 8§2 st URL. Ett flertal rättsverkningar är i sin tur knutet till utgivningen av ett verk, vilka återfinns bland inskränkingsreglerna i 2 kapitlet URL.

Vid spridning av exemplar till allmänheten inträder vidare konsumtion för det överlåtna exemplaret, jfr. 19§ URL, dock med undantag för vissa verkstyper. Förutsättningen för konsumtionen är att ett

⁴⁹ NJA II 1961 s. 40.

⁵⁰ Olsson 1996 s. 62.

exemplar av verket har överlåtits med upphovsmannens samtycke. Den närmare innebörden av konsumtionsprincipen är att rätten till det överlåtna exemplaret utsläcks för upphovsmannen och att den nye innehavaren fritt får sprida just det exemplaret vidare. Sverige tillämpar principen om global konsumtion, dvs att spridningsrätten konsumeras oavsett var i världen den första spridningsrätten ägde rum⁵¹.

Vad gäller frågan om spridningsrätten aktualiseras vid överföring av verk i datornätverk, återkommer jag till nedan under punkten 3.2.3.2.

3.2.2.2 Visningsrätten

En offentlig visning av ett verk föreligger när ett eller flera exemplar av ett verk kan beskådas av allmänheten. Visning av ett verk omfattar i regel bara så kallade statiska verk, till skillnad från framförande där verket är utsträckt i tiden⁵². Exempelvis kommer en tavla som ställs ut på ett museum att bedömas som visning, medan en sammanhängande återgivning av en mängd fotografiska bilder kommer att bedömas som ett framförande⁵³.

Visningsrätten omfattar både direkt och indirekt visning. Indirekt visning kan vara visning av ett verk med hjälp av en teknisk anordning, som till exempel genom TV⁵⁴.

3.2.2.3 Framföranderätten

Att ett verk framförs innebär att det uppförs, utförs eller framförs⁵⁵. Till skillnad från visning, som gäller "statiska verk", omfattar framföranderätten som redan nämnts verk som är "utdragna i tiden"⁵⁶. Musikaliska verk, filmverk och litterära verk är alla exempel på verk som kan vara föremål för ett framförande.

Framföranderätten tar sikte på sådana framföranden som sker utanför den privata sfären, jämför begreppet "offentligt" i 2§3 st URL. Ett framförande anses offentligt om vem som helst i princip kan äga tillträde⁵⁷.

Det typiska offentliga framförandet sker ofta inför en närvarande krets av människor, som till exempel en live-koncert eller en teaterföreställning. Det är dock inget krav att framförandet sker direkt

⁵¹ Olsson 1996 s. 137.

⁵² Lindberg/Westman 1999 s. 172.

⁵³ Ugeskrift for Retsvæsen, Afdeling A, 1975 s. 30 H (billedbog).

⁵⁴ Olsson 1996 s. 65.

⁵⁵ Olsson 1996 s. 58.

⁵⁶ Lindberg/Westman 1999 s. 172.

⁵⁷ Mattson, Dag, Karnov 1999/2000 s. 1016 not 15.

utan även indirekta framföranden, som till exempel inspelningar av ett musikaliskt verk, bedöms som ett framförande⁵⁸.

Vidare är det inget krav på att någon faktiskt måste närvara för att framförandet skall anses vara offentligt. Ett verk som ställs till rådighet för en obestämd krets av människor med det föremål att man skall kunna lyssna eller se utgör ett offentligt framförande⁵⁹. Det avgörande kriteriet är således inte om allmänheten faktiskt tar del av framförandet utan att man har en möjlighet att ta del av det⁶⁰.

3.2.3 Tillgängliggörande i digitala nätverk

3.2.3.1 Offentligt framförande

Ett framförande innebär som nämnts att verket framförs, utförs eller uppförs. Den första frågan som uppstår är om ett framföranderätten är tillämplig i datornätverk? För det fall att det är möjligt är frågan därnäst när framförandet skall anses ske? Sker framförandet redan vid uppladdningen till den nätanslutna servern eller sker det när "publiken" besöker platsen där inspelningen ligger? Ytterligare ett problem är att avgöra om de individer som från hemmet eller jobbet surfar på Internet till en tid och en plats som de själva bestämmer utgör den allmänhet som avses i upphovsrättslagen.

På samma sätt som TV och radio är Internet ett medium varigenom exempelvis musik och teater kan förmedlas. Framföranden torde därför också vara möjliga på Internet.

Svårare är det att avgöra när framförandet skall anses ske? Sker framförandet redan vid överföringen till servern eller när de olika slutanvändarna väljer att ta del av det? Logiskt sett sker ett sådant indirekt framförande först när man väljer att lyssna på exempelvis en musikinspelning. I Internetsammanhang vill då framförandet kunna ske på två sätt. Antingen ligger inspelningen lagrad på ett sådant sätt att den aktiviseras omedelbart när någon besöker webbplatsen eller så vill inspelningen aktiviseras först efter att användaren klickat på en ikon på webbsidan eller laddat ner filen till hårddisken. Situationen är identisk med den att en person väljer att lyssna på en CD-skiva med musik i sitt eget hem eller i en skivaffär. Hon väljer själv när hon vill ta del av det och framförandet anses ske när hon trycker på play-knappen.

Förarbetena säger ingenting om när ett framförande skall anses ske i kommunikationsnätverk. I MP3-målet var frågan om länkning till

⁵⁸ SOU 1956:25 s. 93.

⁵⁹ NJA 1986 s. 702, *Radiohandlarmålet*.

⁶⁰ Mattson, Dag, Karnov 1999/2000 s. 1016 not 15.

upphovsrättsligt skyddat material var ett brott mot upphovsrättslagen⁶¹. HD resonerade kring hur överföringar i nätverk skulle bedömas upphovsrättsligt sett. Spridning var överhuvudtaget inte möjligt, jfr. nedan under punkten 3.2.3.2. Med tanke på att det här var fråga om länkning till musikfiler var det heller inte fråga om visning. Enligt HD kunde länkningen endast vara framförande.

Det kan således verka som om framförandet anses ske redan vid överföringen till den nätanslutna servern. Enligt min mening är det att försöka tolka överföringar till en server som ett framförande en för långtgående tolkning eftersom framförandet de facto först sker när någon på något sätt öppnar filen. Visserligen sägs det i förarbetena att varje framställning av ett verk som inte innebär dess fixering i ett exemplar skall innefattas under begreppet offentligt framförande, men jag anser det vara olämpligt att försöka placera det som traditionellt skulle ha bedömts som spridning under begreppet offentligt framförande⁶². Det är ju egentligen en typ av spridning som sker vid överföringar till en nätanslutna server. Det ovannämnda talar för att man kanske bör utvidga tillgänglighetsrätten med en ny och bättre anpassad ensamrätt.

Ett annat problem är Internets interaktiva natur. Sker framförandet på TV eller radio i traditionell mening är det alltid till en bestämd tid. Internet skiljer sig i detta hänseende genom att materialet som lagrats på nätanslutna servrar är tillgängligt hela tiden. Inget visas till en bestämd tidpunkt utan materialet aktiviseras först när slutanvändaren väljer att besöka webbplatsen. Internet är således en interaktiv tvåvägs kommunikation där användarna genom sin aktivitet avgör när och om de önskar ta del av materialet. Har det någon betydelse för framföranderättens tillämpning att det är slutanvändaren som avgör när och om han vill ta del av verket?

Det finns många situationer där slutanvändaren själv väljer tidpunkten för när han kommer att ta del av verket. Som exempel kan nämnas skivaffärer där kunderna kan lyssna till musik. Kunden väljer själv när han kommer att lyssna. Detta anses vara ett offentligt framförande. En person kan också som nämnts ovan välja att lyssna på ett musikaliskt verk hemma och där väljer han också själv tidpunkten. I doktrinen har uttalats att en överförings interaktivitet inte är den avgörande faktorn vid bedömningen om det är ett framförande eller inte⁶³. Den faktor att användaren själv väljer tidpunkten torde därmed inte ha någon betydning för framföranderättens tillämplighet.

⁶¹ Högsta domstolens dom 2000-06-15 mål nr. B 413-00.

⁶² NJA II 1961 s 53 f.

⁶³ Tómasson, E., *Digital teknologi*, NIR 1997 s. 350.

Offentliga framföranden av verk i datornätverk är således möjliga och framförandet får anses ske redan genom uppladdningen till en nätansluten server.

Det återstår då att undersöka huruvida offentlighetsrekvisitet är uppfyllt. Internet kännetecknas av människor som från sina hem, från sina jobb kopplar upp sig till Internet. Utgör dessa människor den allmänhet som avses i upphovsrättslagen?

Offentlighetsrekvisitet har varit föremål för prövning i flera rättsfall. I NJA 1980 s 123 var frågan om ett offentligt framförande skett då ett hotell tillhandahållit radio och tv på hotellrummen varigenom verk kunde vidareändas genom en centralantenn. Enligt HD var detta ett offentligt framförande eftersom hotellets gäster var att anse som allmänheten. Det avgörande kriteriet var inte om gästerna faktiskt lyssnade på radio eller tv utan det avgörande var möjligheten att ta del av verken. I ett senare rättsfall prövades frågan om det att spela upp musik med det syftet att demonstrera radioapparaters ljudåtergivning var att anse som offentligt framförande även om det bara var ett par personer som samtidigt tog del av verken⁶⁴. HD fann att det var fråga om offentligt framförande därför att demonstrationen skett i en affärslokal som varit tillgänglig för allmänheten. I MP3-målet verkar HD förutsätta att det att göra ett verk tillgängligt på Internet uppfyller offentlighetsbegreppet⁶⁵.

Det ovannämnda visar att det inte krävs att många personer måste ta del av verket samtidigt för att det skall vara ett offentligt framförande. Det är heller inget krav att någon faktiskt tar del ut av ett verk utan det avgörande är att det finns en möjlighet för ett obegränsat antal personer att ta del av det. Offentlighetsbegreppet torde således vara tillämpligt på de förfoganden som sker på Internet, visserligen under förutsättning att materialet ligger öppet tillgängligt för alla och envar om de skulle önska att ta del av ett verk.

3.2.3.2 Offentlig visning

En offentlig visning av ett verk vil som nämnts föreligga när ett eller flera exemplar av ett verk kan beskådas direkt eller indirekt av allmänheten. Den bedömning som gjorts ovan under framföranderätten vad avser offentlighetsbegreppet, tidpunkten för när framförandet anses ske och interaktivitetens betydning för framföranderättens tillämplighet gäller också för visning och

⁶⁴ NJA 1986 s. 702.

⁶⁵ Högsta domstolens dom 2000-06-15 mål nr. B 413-00. Se även Westman, Daniel, *Rättsläget kring länkning fortfarande oklart*, Lov & Data nr. 62: (<http://www.juridicum.su.se/iri>) (15-01-2001).

visningsrätten torde med beaktande av detta vara tillämplig i nätverkssammanhang.

En fråga som inte berörts är frågan om visningsrätten kan vara föremål för konsumtion i nätverk. Enligt 20§ URL får nämligen exemplar av utgivna verk visas offentligt. För visningsrättens konsumtion krävs för det första att exemplar av verket varit föremål för utgivning enligt 8§2 st URL. Utgivning anses ske då upphovsmannen gett sitt samtycke till att exemplar av verket föres i handeln eller sprides till allmänheten, jfr. 8§2 st URL.

Det första problemet rör begreppet exemplar. Enbart de exemplar som omfattas av utgivningen kan vara föremål för konsumtion. Vid överföring av exemplar till en nätansluten server förblir dock originalexemplaret i avsändarens dator medan en kopia överförs. Kopian omfattas inte av utgivningen och följdaktligen inträder inte konsumtion. Kopian får således inte visas offentligt eftersom den inte omfattas av utgivningen.

Om upphovsmannen väljer att utge verket på Internet är frågan om vilka exemplar som omfattas av utgivningen. Denna fråga har egentligen ingen praktisk betydelse då utgivning inte är möjligt i nätverk, jfr. nedan under punkten 3.2.3.3. För det exemplar som placeras på servern, kommer konsumtion inträda och exemplaret får visas för offentligheten. Slutanvändarna vill dock inte få tillgång till detta exemplar, utan nya exemplar vill istället framställas. De nya exemplaren omfattas inte av utgivningen och följdaktligen anses inte visningsrätten vara konsumerad.

3.2.3.3 Spridning till allmänheten

Är spridning i upphovsrättslig mening möjlig i datornätverk? Frågan kan verka synnerligen oproblematiske, men digitaliseringstekniken har komplicerat bilden något. Vid överföring av verk på Internet förblir nämligen det ursprungliga exemplaret där det ligger lagrat medan exakta kopior av verket överförs. Frågan har betydelse särskilt i två avseenden: För det första är spridning en förutsättning för att ett verk skall anses utgivet enligt 8§ 2 st URL och för det andra inträder konsumtion för de exemplar som har spridits, dock med undantag för vissa verkstyper, jfr. 20 § URL.

Spridning föreligger när "exemplar av ett verk utbjudes till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprides till allmänheten", jfr 2§3 st URL. Exemplar av verket måste således föreligga. Vidare måste exemplarspridningen vara riktad mot allmänheten.

När föreligger ett upphovsrättsligt relevant exemplar? Av förarbetena framgår att spridningsrätten är knuten till förekomsten av exemplar

som är så självständiga att de i sig kan spridas till allmänheten⁶⁶. Detta måste ses i samband med konsumtionsprincipen i 19§ URL vilken stadgar att när exemplar av vissa typer av verk överlåts, så kan exemplaret i fråga fritt överlåtas vidare till andra. Det verkar således som om tanken bakom spridningsrätten är att exemplar skall kunna spridas i flera omgångar. Den som har erhållit ett exemplar skall fritt kunna överlåta detta till andra utan upphovsmannens tillstånd.

Digitala exemplarframställningar kan vara exemplar i upphovsrättslig mening under förutsättning att lagringen är tillräckligt självständig, jämför resonemanget ovan under 3.1.3.2 om digital exemplarframställning. Den kopia som mottagaren hämtar ned utgör ett exemplar under förutsättning att det lagras permanent. Fixeringen anses vara tillräckligt självständig och kan följdaktligen överlåtas vidare.

Om mottagaren inte lagrar kopian på ett mera bestående sätt utan bara hämtar in det i RAM-minnet är fixeringen enligt gällande svensk rätt inte tillräckligt självständig, jfr. punkten 3.1.3.2 om exemplarframställning. Kopior som lagrats i en dators RAM-minne kan med beaktande av detta inte fritt cirkulera på marknaden.

Det problematiska är emellertid kravet om att exemplaret skall överlåtas, därför att det enbart är kopior av verket som överförs. Det exemplar som finns hos den som överför verket förflyttar sig inte utan istället är det en kopia som överförs och hämtas ned. Önskar mottagaren därefter att överlåta det exemplar som han har erhållit till någon annan via ett nätverk är det enbart en kopia av dennes kopia som överförs vidare.

I förhållande till konsumtionsprincipen uppstår i denna sammanhang en del svårigheter. Konsumtionsprincipen innebär som nämnts att upphovsmannens rätt till just det exemplaret utsläcks när exemplaret överlåts. Den nye innehavaren kan då fritt sprida vidare just det exemplaret.

Konsekvensen vid överlåtelser i nätverk är att konsumtion aldrig kommer att inträda eftersom det enbart är kopior som framställs. Det ursprungliga exemplaret förblir hos avsändaren. Vid överföringen framställs alltså ett nytt exemplar. Spridningsrätten omfattar ingen rätt att mångfaldiga verket utan mångfaldiganderätten är förbehållen upphovsmannen.

Frågan om spridningsrättens tillämplighet i nätverkssammanhang prövades i MP3-fallet⁶⁷. Med hänvisning till förarbetena uttalade HD

⁶⁶ Prop. 1996/97:111 s. 32.

⁶⁷ Högsta domstolens dom 2000-06-15 mål nr. B 413-00.

att spridning av verk förutsätter att exemplaret föreligger i fysisk form⁶⁸.

Spridningsrätten torde med beaktande av det ovannämnda således inte vara tillämplig i nätverkssammanhang. Följderna av detta är flera. För det första kommer utgivning aldrig kunna ske i nätverk eftersom spridning är en förutsättning för utgivningen. De rättsverkningar som följer av utgivningen vill därmed aldrig kunna inträda.

För det andra kommer det uppstå en lucka i upphovsmannens ekonomiska rättighetsskydd. Om upphovsmannen till exempelvis ett litterärt verk önskar sprida sitt verk i digital form via nätverksöverföringar, vill spridningsrätten inte aktualiseras. Väljer han däremot att sälja via traditionella kanaler som bokaffärer och liknande, anses en spridning i upphovsrättslig mening ha skett. Den "spridning" som således sker vid nätverksöverföringar täcks inte av någon av ensamrätterna. Det är helt klart att den "spridning" som sker via digitala nätverk kan vara av ekonomisk betydelse för upphovsmannen. Följdaktligen är det enligt min mening nödvändigt att utvidga tillgänglighöranderätten på ett sådant sätt att överföringar i nätverk också omfattas.

3.2.4 Hur har frågan lösts internationellt och på gemenskapsrättsligt plan?

Bernkonventionen tillerkänner ingen generell spridningsrätt för de olika verkstyperna, utan det är enbart "cinematographic adaptations of works" som kan vara föremål för spridning⁶⁹. WCT reglerar dock spridningsfrågan och upphovsmännen ges där en exklusiv rätt att "göra originalet eller exemplar av verket tillgängligt för allmänheten genom försäljning eller annan överlåtelse"⁷⁰. Både original och exemplar av verket skall kunna vara föremål för spridning, dock endast exemplar som är fixerade på ett sådant sätt att de kan cirkulera på marknaden⁷¹. Det uppställs ett krav på att verket skall vara fixerat i ett fysiskt föremål för att omfattas av spridningsrätten, vilket följdaktligen betyder att den spridning av kopior som sker i nätverk inte omfattas av denna rätt.

Det ändrade förslaget till upphovsrättsdirektiv innehåller en liknande bestämmelse som den ovannämnda⁷². Enligt förslaget kan spridning av original eller andra exemplar av verk ske genom försäljning eller

⁶⁸ Högsta domstolens dom 2000-06-15 mål nr. B 413-00.

⁶⁹ Bernkonventionen, Art. 14 (1)(i) och Art. 14bis(1)

⁷⁰ WCT, Art. 6.

⁷¹ WIPO Agreed Statements, Concerning Articles 6 and 7.

⁷² KOM (99) 250, Artikel 4 (1).

på annat sätt⁷³. Av förslagets preambel framgår att verket skall ingå i en konkret vara⁷⁴. På samma sätt som i WCT uppställs ett krav på att exemplaret skall vara fixerat i ett fysiskt föremål. Konsekvensen är således att spridningsrätten heller inte enligt gemenskapsrättsliga regler är tillämplig i nätverkssammanhang.

3.2.5 Rätt till överföring till allmänheten

Både WCT och det ändrade förslaget till upphovsrättsdirektiv innehåller en bestämmelse om en ny ensamrätt, *rätten till överföring till allmänheten*. Art. 8 WCT stadgar att:

"[...] äger upphovsmän till litterära och konstnärliga verk uteslutande rätt att låta överföra verken till allmänheten, med tråd- eller trådlös överföring, inbegripet att göra verken tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att personer ur allmänheten kan få tillgång till verken på platser och vid tidpunkter som var och en själv väljer".

Art. 3 (1) till upphovsrättsdirektivförslaget tillhandahåller en praktiskt taget identisk ensamrätt:

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

Enligt förslaget skall denna ensamrätt lösa de osäkerheter vad gäller on-line överföringar av upphovsrättsligt skyddade verk och då särskilt interaktiva överföringar på beställning⁷⁵. Artikelns omfattning omfattar överföring av alla typer av upphovsrättslig skyddade verk. Lokutionen "från en plats och vid en tid som bestäms individuellt" av medlemmarna av samhället preciserar att ett tillgängliggörande för allmänheten sker även om personer väljer själva när och om de överhuvudtaget önskar att ta del av verket.

En sådan ensamrätt vill helt klart lösa många problem. För det första vill problemen med att försöka fastställa vilken typ av tillgängliggörande det är fråga om vid tillgängliggörande via en nätansluten server undanröjas. Överföringsrätten vill vidare fylla den lucka som uppstått med tanke på att spridningsrätten inte är tillämplig i nätverk.

Placeras ett exemplar av ett verk på en server, en bok i digital form, musik, ett fotografi, är detta en överföring till allmänheten och inte spridning, offentligt framförande eller visning. Upphovsmannen har

⁷³ KOM (99) 250, Artikel 4 (1).

⁷⁴ KOM (99) 250, Preambeln, premiss 18.

⁷⁵ KOM (99) 250, Preambeln, premiss 16.

således en ensamrätt att överföra sitt verk i datornätverk.

3.2.6 Sammanfattning och kommentarer

Upphovsmannens framföranderätt och visningsrätt är tillämpliga i vid tillgängliggöranden i digitala nätverk enligt svensk rätt. Framförandet respektive visningen anses ske redan vid överföringen till den nätanslutna servern. Spridningsrätten aktualiseras inte vid nätverksöverföringar då exemplar måste föreligga i fysisk form, vilket får till följd att inte heller utgivningsbegreppet är tillämpligt. En olycklig konsekvens av detta är att en bok som ges ut i pappersformat anses vara utgiven, medan en bok i digital form som görs tillgänglig på Internet ej anses vara det. Utgivning är vidare en förutsättning för vissa av de i andra kapitlet URL angivna inskränkingsreglernas tillämplighet. Bland annat kan nämnas att konsumtion av visningsrätten enligt 20§ URL ej är möjlig. Det är oerhört viktigt att ha en terminologi som är tydlig och som också gäller i nätverkssammanhang. Det är enligt min mening därför erforderligt att ändra lagstiftningen på ett sådant sätt att de oklarheter som finns undanröjs.

Överföring av ett verk till en server är helt klart en form av tillgängliggörande. Min uppfattning är dock att det tillgängliggörande som sker vid överföringen och lagringen på servern inte kan anses vara framförande eller visning. Verket framföres eller vises ju egentligen först när slutanvändarna aktiverar platsen där det lagrats. Förfogandet liknar mer på spridning, men då spridningsrätten inte är tillämplig i nätverkssammanhang måste problemet lösas på annat sätt. Den lösning som både WCT och det föreslagna direktivet om upphovsrätt om införandet av en ny ensamrätt som täcker alla typer av överföringar som sker till datornätverk verkar vara mera lämplig och vill helt klart undanröja många osäkerheter beträffande den rättsliga bedömningen.

4. Ansvar i en digital miljö

4.1 Problemställning

En mycket intressant fråga är den om vem som kan ställas till ansvar för ett eventuellt intrång i upphovsrätten på Internet. Eftersom de upphovsrättsliga ensamrätterna är tillämpliga även i nätverkssammanhang, är det klart att också upphovsrättens ansvarsbestämmelser kan komma att aktualiseras vid en överträdelse. Det intressanta är emellertid inte att utreda inmatarens eller slutanvändarens ansvar, utan istället frågan om mellanhändernas eventuella ansvar för tredje mans olagliga handlingar.

De olika leverantörerna av tjänster på Internet har olika funktioner i lagrings- och överföringsprocessen. Materialet som överförs, lagras, vidarebefordras med mera kan vara av kränkande art. Det kan exempelvis vara fråga om ett upphovsrättsligt skyddat verk, så som en bok, ett datorprogram, en musikfil med mera som personen X lagrar på en server.

Man kan fråga sig om varför dessa mellanhänder skall ställas till svars för tredje mans olagliga handlingar. Ett av de argument som använts för att just dessa aktörer skall kunna ställas till ansvar är att Internet är anonymt i den mening att den som placerar ut det olagliga materialet inte så lätt kan spåras. Det är då mycket lättare att hitta de leverantörerna av olika Internettjänster. Ett annat argument är att de tjänstelevererande mellanhänderna har mycket "djupare fickor" än den egentlige kränkaren, vilket enligt min mening inte är ett välbefogat argument.

Såväl i Sverige som i andra länder har frågan om mellanhändernas ansvar för upphovsrättsintrång varit uppe till prövning⁷⁶. I BBS-fallet var frågan om en innehavare av en elektronisk anslagstavla kunde anses ansvarig enligt upphovsrättslagen för användarnas uppladdning och nedladdning av skyddade datorprogram enbart genom tillhandahållandet av anslagstavlan⁷⁷. Jag återkommer till detta fallet nedan under punkten 4.3.3.1.

Avsikten är således att utreda frågan om mellanhänderna med stöd i upphovsrättslagen eller annan lagstiftning på någon grund kan ansvara för tredje mans ogärningar. Först ges dock en generell

⁷⁶ Se Julià-Barceló, R., *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks*, EIPR 2000, s. 105 ff. för en mer detaljerad genomgång av rättspraxis.

⁷⁷ NJA 1996 s. 704.

översikt över de olika aktörer på Internet som jag valt att se närmare på.

4.2 Mellanhänder på Internet

Med mellanhänder på Internet förstås de aktörer som inte tar del i skapandet eller valet av information som sprids i öppna nätverk så som Internet. I stället intar de olika roller i on-line spridningen av information som tillhandahålls av enskilda användare av Internet. Det finns många olika typer av mellanhänder⁷⁸. Här behandlas dock endast tre olika aktörer: Värdtjänst innehavaren (Host Service Provider); Internetleverantören (Internet Service Provider) samt Nätverksoperatören (Net Work Operator).

Nätverksoperatören (Network Operator)

Nätverksoperatören är den som tillhandahåller nödvändig utrustning för att en överföring av data på Internet skall kunna ske, så som kablar med mera.

Internetleverantören (Access Provider/Internet Service Provider)

Internetleverantören är den som möjliggör tillgången till Internet. Genom avtal med en Internetleverantör kan slutanvändaren således koppla upp sig till Internet.

Värdtjänst innehavare (Host service Provider)

En värdtjänst innehavare tillhandahåller lagringsplats på en nätansluten server. Den som önskar kan hyra lagringsutrymme hos en värdtjänst innehavare. I detta lagringsutrymme kan man ha hemsidor, e-mail konton eller nyhetsgrupper. Allt slags material såsom text, bilder och, ljudfiler kan lagras på en server. Alla hemsidor på Internet finns lagrade på en server.

⁷⁸ För en mer detaljerad genomgång av de olika aktörerna på Internet se Heine, Kasper, *Medverkningsansvaret för opphavsrettskränkelse på Internet*; Julià-Barceló, Rosa, *Liability for on-line intermediaries: A European Perspective*, EIPR 1998 s 453 f.

4.3 Ansvar enligt upphovsrättslagen

Upphovsrätten är en privaträttslig natur, vilket innebär att det i huvudsak ankommer på den enskilde upphovsmannen att själv eller genom en organisation som företräder honom vidta åtgärder mot intrång i hans rättigheter. För att det upphovsrättsliga systemet skall fungera effektivt har det emellertid ansetts nödvändigt att införa ett sanktionssystem.⁷⁹ Det är vidare i allmänhetens intresse att ha ett upphovsrättssystem som fungerar.⁸⁰

En överträdelse av upphovsrätten innebär att någon utnyttjat rättighetshavarens verk på ett sätt som inte är tillåtet, d.v.s. på ett sätt som är förbehållet rättighetshavaren. Kränkning av både den ideella rätten och den ekonomiska rätten kan utlösa ett ansvar, civilrättsligt såväl som straffrättsligt. Utnyttjanden som faller utanför ensamrätterna eller som är tillåtna enligt någon av inskränkingsbestämmelserna i upphovsrättslagens andra kapitel kan således inte leda till något straffrättsligt ansvar.

De subjektiva förutsättningarna för att ett straffrättsligt eller civilrättsligt ansvar skall föreligga är uppsåt eller oaktsamhet. För straffrättsligt ansvar krävs dock att oaktsamheten är grov, jfr. 53§ URL, medan det för ett civilrättsligt ersättningsansvar räcker med culpa av normalgraden, jfr. 54§ 2 st. URL.

Straffskalan är böter eller fängelse i upp till två år, jfr. 53§ URL. Föreligger culpa av normalgraden, grov oaktsamhet eller uppsåt kan skadestånd utdömas för uteblivet vederlag samt lidande eller annat förfång, jfr. 54§ 2 st. URL. Om det inte kan påvisas att culpa av normalgraden föreligger, kan den som utnyttjat verket bli skyldig att utge skäligt vederlag för användningen, jfr. 54§ 1 st. URL.

4.3.1 Direkt kränkning

Den eller de som företar en uppsåtlig eller grovt oaktsam handling som resulterar i en kränkning av upphovsrätten anses vara direkt ansvariga för överträdelsen. Som exempel på direkt kränkning kan nämnas att någon framställer kopior av ett upphovsrättsligt skyddat datorprogram utan rättighetshavarens samtycke eller att någon sprider exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat verk till allmänheten utan upphovsmannens samtycke.

⁷⁹ Olsson 1996 s. 350.

⁸⁰ Olsson 1996 s. 350.

4.3.2 Medverkan

Kan någon medverka till brott upphovsrättslagen? Ansvarsreglerna i URL säger ingenting om detta. Inte heller finns någon hänvisning till brottsbalkens medverkansbestämmelse. Denne var tidigare bara tillämplig på brott som fanns angivna i brottsbalken. Bestämmelsen tillämpades dock över längre tid även på brott inom specialstraffrätten. Eftersom det för straffansvar måste finnas ett uttryckligt lagstöd, infördes i 1995 en ny mening i medverkansbestämmelsen. Medverkan är således straffbelagd även beträffande brott utanför brottsbalken under förutsättning att fängelse ingår i brottets straffskala⁸¹:

"... Detsamma skall gälla beträffande i *annan lag* (min kursivering) eller författning straffbelagd gärning, för vilken fängelse är föreskrivet..."⁸².

Eftersom fängelse ingår i straffskalan enligt 53§ URL kan ansvar utdömas för medverkan till brott mot upphovsrätten.

När det nu konstaterats att medverkansbestämmelsen är tillämplig på upphovsrättsliga brott, uppstår frågan om vem som kan anses ha medverkat till ett brott. Av den anledning är det naturligt att se närmare på brottsbalkens medverkansbestämmelse, vilken lyder som följer:

"Ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning skall ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även annan som *främjat* denna med *råd* eller *dåd* (min kursivering)"⁸³.

Enligt de objektiva förutsättningarna måste gärningen främjas med råd eller dåd. Ordet främja innebär att någon "övat inflytande på händelsesutvecklingen i brottsfrämjande riktning"⁸⁴. Detta kan verka som ett krav på ett aktivt handlande. Med "råd eller dåd" förstås att man psykiskt eller fysiskt medverkat till gärningen⁸⁵. Inom ramen för medverkan görs en åtskillnad mellan anstifan och medhjälp. En anstiftare är den som förmått någon att utföra den olagliga gärningen. Medhjälp består i ett främjande, som inte uppfyller kraven för anstiftan. Den kan vara psykisk eller den kan vara fysisk. Medhjälp kan till exempel vara att uppmuntra eller ge råd beträffande den olagliga gärningen, tillhandahållande av utrustning, jfr. dobbleri i BrB 16:14⁸⁶.

Från rättspraxis kan nämnas en dom där innehavaren av en restaurant ställdes till ansvar för framförande av musik i sina lokal

⁸¹ Zila 1999 s. 13.

⁸² BrB 23:4 1 st. 2 men.

⁸³ BrB 23:4 1 st. 1 men.

⁸⁴ Jareborg 1994 s. 110.

⁸⁵ Jareborg 1994 s. 110.

⁸⁶ Jareborg 1994 s. 113.

utan att erforderligt tillstånd från kompositörerna förelåg⁸⁷. De som framförde musiken hade enbart gjort det för att promotera sitt band, d.v.s. att det skedde på eget initiativ och att de inte fick någon ersättning för framförandet. Restaurantinnehavaren var skyldig att inhämta tillstånd från rättighetsinnehavarna.

I en dom från Högsta domstolen ansågs den person som formellt stod som arrangör vid tillställningen i en klubb ansvarig, även om han faktiskt inte hade någon befattning med verksamheten⁸⁸. Motiveringen för beslutet var att denna person i egenskap av anordnare hade gjort det möjligt för att klubbens verksamhet kunde drivas i avsedda former. Detta omfattade också framförande av musik. Arrangören hade därför en skyldighet att tillse att nödvändiga tillstånd till framförandena förelåg⁸⁹.

4.3.3 Konkret bedömning av de olika mellanhändernas ansvar enligt upphovsrättslagen

4.3.3.1 Direkt kränkning

Den enda leverantören som torde kunna vara direkt ansvarig i vissa fall är värdtjänst innehavaren genom att han medvetet placerar upphovsrättsligt skyddat material på servern. Bedömningen sker sålunda inte på något annat sätt än för vilken som helst annan som publicerat material på Internet. Från svensk rättspraxis kan nämnas BBS-fallet där frågan var om en ägare och systemoperatör av en elektronisk anslagstavla gjort intrång i upphovsrätten genom att tillhandahålla en elektronisk anslagstavla och därigenom gjort skyddade datorprogram tillgängliga för allmänheten. Högsta domstolen fann att innehavaren inte hade gjort intrång i upphovsrätten eftersom denne inte hade handlat aktivt på något sätt. HD tolkade således in ett aktivitetskrav begreppet tillgängliggöra. Enbart tillhandahållandet av den elektroniska anslagstavlan var inte att anse som ett aktivt handlande⁹⁰.

Vad gäller nätverksoperatören och internetleverantören kan inte direkt ansvar utdömas därför att de objektiva förutsättningarna inte finns för handen.

⁸⁷ NIR 1976 s. 330 – 331, Svea Hovrätt, dom den 17. november 1975.

⁸⁸ NIR 1976 s. 333, Högsta domstolen, dom den 9 mars 1976.

⁸⁹ NIR 1976 s. 333, Högsta domstolen, dom den 9 mars 1976.

⁹⁰ NJA 1996 s. 79.

4.3.3.2 Medverkan

Frågan om Internetförmedlares medverkansansvar vid upphovsrättsliga intrång har inte varit uppe till prövning i svensk domstol. Denna fråga har dock varit uppe till prövning i andra länder⁹¹.

Ovan har konstaterats att medverkansbestämmelsen är tillämplig även på upphovsrättsliga intrång enligt 53§ URL. Leverantörens tjänster kännetecknas först och främst av att de tillhandahåller de nödvändiga faciliteter för lagring och vidarebefordran av information.

Tillhandahållandet av faciliteterna uppfyller förmodligen de objektiva förutsättningarna för medverkan, jämför ordet "dåd" i BrB 23:4 1 st. 1 men. Dock krävs uppsåt eller grov oaktsamhet för att ansvar skall komma i fråga.

Beträffande nätverksoperatörer är det mycket svårt att göra gällande någon form av medverkan eftersom de inte alls har någon kontroll över informationen som överförs i nätverket. Internetleverantörer har inte heller någon egentlig kontroll över den information som flyter i nätverket och något medverkansansvar kommer inte att här kunna utdömas.

Värdtjänst innehavarna torde vara den enda gruppen som möjligen kan bli medverkansansvariga för en kränkning av upphovsrätten. Dessa har nämligen ett mycket större inflytande över den information som lagras på servern.

Medverkansansvar är självfallet uteslutet om värdtjänst innehavaren är ovetande om det olagliga materialet. Om han däremot får vetskap eller misstanke om att upphovsrättsligt skyddat material placerats på dennes server av tredje man kan man fråga sig om han uppfyller de subjektiva förutsättningarna för medverkan. Om han skulle anses ansvarig innebär det i realiteten att han blir medverkansansvarig för underlåtenhet att hindra brott. Enligt svensk straffrätt kan endast underlåtenhet att hindra brott göras gällande för personer som befinner sig i en s.k. garantställning, vilket inte värdtjänst innehavarna gör.⁹² Med hänsyn till legalitetsprincipen torde en värdtjänst innehavare som får vetskap om att olagligt material finns på hans server av den anledning inte kunna anses medverkansansvarig.

Om värdtjänst innehavaren däremot uppmuntrar eller gör det enklare för någon att kränka upphovsrätten kan han förmodligen anses ansvarig för medverkan till brott.

⁹¹ Se Julià-Barceló, R., *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks*, EIPR 2000, s. 105 ff.

⁹² Wennberg 1993 s. 23.

4.4 Ansvar enligt BBS-lagen

Sverige och Tyskland är de två enda länder i Europa som har antagit specifika lagstiftningar beträffande ansvarsfrågor för olika typer av internetleverantörer⁹³. I Sverige gäller sedan maj 1998 lagen om elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen).

Vad jag följdaktligen avser undersöka är frågan huruvida någon av mellanhänderna kan ställas till ansvar för tredje mans kränkning av upphovsrättslagen enligt BBS-lagen.

Lagen är tillämplig på elektroniska anslagstavlor. Med elektronisk anslagstavla avses tjänster för elektronisk förmedling av meddelanden⁹⁴. Ett meddelande kan vara både text, bild, ljud eller information i övrigt⁹⁵.

De tjänster som faller utanför lagens tillämpningsområde är för det första tillhandahållande av nätverk eller annan typ av förbindelse för överföring av meddelanden och för det andra tillhandahållande av sådana anordningar som krävs för att kunna ta i anspråk ett nät eller annan förbindelse⁹⁶. Av detta kan man sluta sig till att varken nätverksoperatörer eller internetleverantörer omfattas av BBS-lagen.

Vad gäller värdtjänst innehavare kvarstår dock att utreda om deras tjänster omfattas av lagen. Lagtexten är ganska oklar i detta hänseende. Enligt förarbetena bör det avgörande vid bedömningen om en tjänst faller in under lagen vara om den som använder tjänsten kan ta del av andras meddelanden och sända egna meddelanden till andra⁹⁷. Vidare innefattar begreppet elektronisk anslagstavla "alla tjänster där någon inrättar en möjlighet för användare att sända in egna och ta del av andras meddelanden. Den tekniska lösning som tillhandahållaren valt för tjänsten har därför i princip ingen betydelse"⁹⁸. Att tjänsten ges en annan benämning än elektronisk anslagstavla bör inte heller ha någon betydelse för bedömningen om en tjänst omfattas av lagen⁹⁹. Som exempel på vad som kan utgöra en elektronisk anslagstavla i lagens mening nämns s.k. webbhotell, d.v.s. tjänster där personer kan hyra lagringsutrymme på en server. Det skall dock anmärkas att lagen inte automatiskt är tillämplig bara för att någon tillhandahåller lagringsutrymme¹⁰⁰. Lagringsutrymme för e-post är ett exempel på

⁹³ Se Julià-Barceló, R., *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks*, EIPR 2000, s. 105 ff.

⁹⁴ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 1§.

⁹⁵ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 1§.

⁹⁶ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 2§.

⁹⁷ Prop. 1997/98:15 (elektronisk version), Pkt. 4.2.

⁹⁸ Prop. 1997/98:15 (elektronisk version), Pkt. 4.2.

⁹⁹ Prop. 1997/98:15 (elektronisk version), Pkt. 4.2.

¹⁰⁰ Prop. 1997/98:15 (elektronisk version), Pkt. 4.2.

en tjänst som inte omfattas, eftersom den inte är tillgänglig för andra än e-post innehavaren.

Enligt lagen finns två typer av skyldigheter för tillhandahållaren av tjänsten. Vid underlåtenhet att efterleva dessa kan ansvar utdömas. Tillhandahållaren skall för det första lämna information till alla som ansluter sig till tjänsten om sin identitet och i vilken utsträckning de meddelanden som kommer in blir tillgängliga för andra användare¹⁰¹. Underlåter tillhandahållaren att uppfylla detta krav kan det föranleda böter¹⁰². Förutsättningen är dock att det sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet.

Innehavaren kan vidare ställas till ansvar om han underlåter att ta bort ett meddelande eller underlåter att hindra vidare spridning av ett meddelande som uppenbart kränker någon av de i upphovsrättslagen angivna rättigheterna¹⁰³. Det är osäkert hur ordet uppenbart skall tolkas.

För att kunna fullgöra sina skyldigheter enligt lagen har tillhandahållaren en rätt att kontrollera meddelandena¹⁰⁴. Om tillhandahållaren uppsåtligt eller av grov oaktsamhet bryter mot detta, kan han dömas till böter eller fängelse¹⁰⁵.

Slutligen kan nämnas att både brottsbalken och upphovsrättslagen har företrädare framför BBS-lagen.

Det ovannämnda visar att internetleverantörer och nätverksoperatörer faller utanför lagens tillämpningsområde. Ansvar för värdtjänstinnehavare kan förmodligen utdömas under förutsättning att uppsåt eller grov oaktsamhet föreligger. Det är viktigt att erinra att ansvar för en överträdelse av upphovsrätten inte kan ske med stöd av BBS-lagen, utan ansvar kan enbart utdömas för underlåtenhet att blockera ett meddelande eller underlåtenhet att förhindra vidare spridning av ett meddelande som helt klart kränker upphovsrätten eller de närstående rättigheterna.

¹⁰¹ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 3§.

¹⁰² Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 6§.

¹⁰³ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 5§ 1 st.

¹⁰⁴ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 5§ 2 st.

¹⁰⁵ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen), 7§ 1 st.

4.5 Ansvar enligt direktivet om elektronisk handel på den inre marknaden

4.5.1 Inledning

I juni 2000 antogs ett direktiv om elektronisk handel på den inre marknaden¹⁰⁶. Direktivet reglerar bland annat frågan om internet-leverantörers ansvar för olagliga handlingar vidtagna av tredje part på Internet eller i liknande datornätverk. Bakgrunden för direktivet vad gäller just ansvarsbestämmelserna bottnar i att lagstiftning och rättspraxis i de olika medlemsstaterna uppvisar stora skillnader, vilket kan utgöra ett hinder för den fria handeln på den inre marknaden¹⁰⁷. Exempelvis är det bara Sverige och Tyskland som antagit specifika lagstiftningar beträffande mellanhänders ansvar, medan i andra medlemsländer har domstolarna tagit utgångspunkt i gällande lagstiftning för att utreda ansvarsfrågorna för de tjänstelevererande mellanhänderna¹⁰⁸. Rättspraxis visar att likartade situationer bedöms mycket olika från land till land, vilket gör det svårt att förutsäga resultatet för mellanhänderna¹⁰⁹.

Ansvarsbestämmelserna rörande tjänstelevererande mellanhänders ansvar regleras i artiklarna 12 till 15. Ansvarsregleringen är horisontellt reglerad, d.v.s. att den är tillämplig på alla typer av olagliga aktiviteter på Internet som vidtagits av tredje man¹¹⁰. Det är dock på sin plats att påpeka att bestämmelserna i detta avsnitt inte påverkar den materiella rätten som reglerar de olika förseelser som kan vara aktuella.

Artiklarna tar utgångspunkt i olika typer av aktiviteter eller funktioner som kan föranleda ansvar vid underlåtenhet att efterleva dem. Det skiljs mellan enbart vidarebefordran (mere conduit); cachning (caching) samt värdtjänster (hosting)¹¹¹.

Vidare är ansvarsbestämmelserna negativt formulerade. Detta betyder att en mellanhand som utgångspunkt inte är ansvarig för olagligheter vidtagna av tredje man under förutsättning att den uppfyller vissa i direktivet angivna villkor.

Avsikten är således att redogöra för mellanhändernas ansvar för enligt direktivet.

¹⁰⁶ Direktiv 2000/31/EEG.

¹⁰⁷ Direktiv 2000/31/EEG, Preambeln, premiss 40.

¹⁰⁸ Se Julià-Barcelò, Rosa, *On-Line Intermediary Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks*, EIPR 2000 s 105 ff. för en närmare genomgång.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Direktiv 2000/31/EEG, Art. 12-14.

4.5.2 Ansvarsbestämmelsernas omfattning

Direktivet skiljer som nämnts mellan tre olika typer av online aktiviteter där ansvarsbegränsningar kan göras gällande. Ansvarsfrihet inträder om den som levererar tjänsten uppfyller vissa angivna krav. Om det visar sig att kraven inte uppfylls bör mellanhandens ansvar till typen och omfattningen avgöras enligt nationell lagstiftning¹¹².

4.5.2.1 Enbart vidarebefordran

Artikel 12 omfattar de tjänster som typiskt sett nätverksoperatörer och internetleverantörer levererar: ren vidarebefordran av information i nätverk på tredje mans begäran samt tillhandahållande av tillgång till ett nätverk för tredje man.

För ansvarsfrihet uppställs följande kumulativa villkor:

- a) leverantören skall inte ha initierat överföringen;
- b) leverantören skall inte välja ut mottagaren av den överförda informationen samt
- c) leverantören skall inte välja ut eller ändra den information som överförs.

Vad gäller tolkningen av punkterna a) och b) ger det ursprungliga direktivförslaget en viss vägledning¹¹³. Punkten a) innebär att mellanhanden inte får vara den som beslutat att skicka meddelandet.¹¹⁴ Om mellanhanden automatiskt vidarebefordrar ett meddelande efter begäran av en användare anses mellanhanden inte ha initierat överföringen. Villkoret i punkten b) om att mellanhanden inte skall välja ut mottagaren för den överförda informationen innebär helt enkelt att mellanhanden vidarebefordrar informationen till samtliga adresser som avsändaren angivit.¹¹⁵ Enligt punkten c) får mellanhanden inte på något sätt ändra informationen som överförs. Uppfylls villkoren omfattas leverantören av ansvarsfrihet.

Vid de överföringar som företas i enlighet med det ovannämnda framställs automatiska, mellanliggande och tillfälliga kopior.¹¹⁶ Enligt artikel 12 (2) slipper leverantörerna av ovannämnda tjänster ansvar för sådana kopior som uppstår i överföringsprocessen. Lagringarna skall dock inte tjäna något annat syfte än det att utföra

¹¹² COM (98) 586, s 28.

¹¹³ COM (98) 586 s. 28.

¹¹⁴ COM (98) 586 s. 28.

¹¹⁵ COM (98) 586 s. 28.

¹¹⁶ Se COM (98) 586 s. 28 för en definition av begreppen automatisk, mellanliggande och tillfällig.

överföringen.¹¹⁷ Vidare får lagringarnas varaktighet inte överskrida rimlig tid för vidarebefordran¹¹⁸.

4.5.2.2 Cachning

Bestämmelsen om cachning i artikel 13 behandlar de tillfälliga, automatiska eller mellanliggande lagringar som sker för att vidare överföring av information i ett nätverk skall vara effektiv. Cachning innebär att kopior av material som ofta efterfrågas och som ursprungligen kommer från avlägsna servrar kopieras och lagras på en lokal server. När en användare söker efter just det materialet hämtas det från den lokala servern, vilket tar mycket kortare tid därför att de data som skall överföras har kortare väg att "resa".

Till skillnad från artikel 12(2), vilken bara gäller för sådana tillfälliga lagringar som är nödvändiga för den tekniska processen behandlar artikel 13 den typ av cachning som tjänsteleverantören gör för att effektivisera överföringen i nätverket. För att kunna åtnjuta ansvarsfrihet måste dock vissa villkor vara uppfyllda. Leverantören får bland annat inte ändra informationen, han måste följa de regler som gäller för uppdatering av informationen samt han måste utan dröjsmål avlägsna information som han lagrat så snart han fått kännedom om att den tagits bort från nätet eller gjorts oåtkomlig¹¹⁹.

4.5.2.3 Värdtjänster

Artikel 14 behandlar de tjänster som består av lagring av information som användaren av tjänsten tillhandahållit och som utförs på begäran av denna. Det är typiskt sett värdtjänst innehavare som tillhandahåller denna typ av tjänster.

En åtskillnad har gjorts beträffande straffrättsligt och civilrättsligt ansvar. För straffrättsligt ansvar krävs att värdtjänst innehavaren haft faktisk kännedom om den olagliga informationen medan det för civilrättsligt ansvar krävs att omständigheterna om olagligheterna skall vara uppenbara¹²⁰. För att undgå straffrättsligt ansvar krävs att värdtjänst innehavaren inte hade kännedom om den olagliga informationen eller verksamheten. För att slippa civilrättsligt ansvar krävs att han inte var medveten om sådana omständigheter som gjorde den olagliga verksamheten uppenbar eller när han fått kännedom om eller blivit medveten om den olagliga informationen utan dröjsmål avlägsnar eller gör den oåtkomlig för andra¹²¹.

¹¹⁷ COM (98) 586 s. 28.

¹¹⁸ Direktiv 2000/31/EEG, Art. 12 (2).

¹¹⁹ Se Direktiv 2000/31/EEG, Art. 13 (1) för en översikt över samtliga villkor.

¹²⁰ COM (98) 586 s. 29.

¹²¹ Direktiv 2000/31/EEG, Art. 14(1), pkt. a) och b).

Rekvisitet "faktisk kännedom" föranleder inga särskilda tolkningsproblem. Svårare är det dock att bedöma hur innehavaren skall bli medveten om sådana omständigheter som gör den olagliga verksamheten uppenbar. Varken det ursprungliga eller det ändrade direktiv-förslaget ger någon vägledning¹²².

Värdtjänstinnehavaren kan för det första bli medveten om den olagliga information genom att någon utomstående, t.ex. rättighetshavaren, gör honom uppmärksam på förhållandet.¹²³ Just vad gäller upphovsrättsliga verk kan det vara svårt för värdtjänstinnehavaren att bedöma om informationen är olaglig eller inte, men han har då enligt direktivets artikel 15(2) en möjlighet att informera behörig myndighet om påstådd olaglig verksamhet. Vidare kan en situation kanske anses uppenbar om "trafiken" på vissa webbsidor plötsligt ökar dramatiskt.

Vad gäller innehavarens möjlighet att på egen hand ta reda på vad som lagrats på hans server krävs någon form av övervakning.¹²⁴ Informationen som lagrats på servern är lagrad i form av digital kod. Den digitala koden är inte tillräcklig i sig för att avslöja det olagliga materialet utan varje webbsida måste öppnas för att visualiseras samt analyseras av en person som i sin tur skall bedöma om innehållet är olagligt eller inte. En sådan form av övervakning är mycket tid- och kostnadskrävande. En annan möjlighet att ta reda på vilken information som finns lagrad är att installera ett slags "filter" som antingen fångar upp nyckelord, filnamn eller innehållet i de dokument som finns lagrade på servern.

Eftersom artikel 15(1) anger att mellanhänderna inte får åläggas någon allmän övervakningsplikt kan en värdtjänstinnehavare förmodligen inte på egen hand bli medveten om förekomsten av olaglig information på servern. Det finns då en risk att rättighetshavarna aldrig kommer att kunna påvisa att värdtjänstinnehavarna haft någon som helst kännedom om olagligheterna och chansen att beivra upphovsrättsliga intrång minskar i stor grad.¹²⁵

¹²² COM (98) 586; COM (99) 427.

¹²³ Det kan dock vara svårt för en person som inte har de nödvändiga datakunskaper att ta reda på vem som är värdtjänstinnehavare för en viss webbsida.

¹²⁴ Systemutvecklare Ronny Nordvik ved Høyteknologisenteret i Bergen (Norge) har gett mig information om de olika möjligheter som finns för en värdtjänstinnehavare att bli medveten om vad som finns på servern. (ronny.nordvik@it.uib.no)

¹²⁵ Heine, Kasper, *Medvirkensansvaret for ophavsretskrænkelser på Internet*, NIR 1999 s. 616.

4.6 Sammanfattning

4.6.1 Upphovsrättslagen

Enligt upphovsrättslagen kan ansvar utdömas både för direkt kränkning av upphovsrätten samt för medverkan till intrång i upphovsrätten. Vad gäller direkta intrång är värdtjänst innehavaren den enda aktören som torde kunna vara direkt ansvarig genom att denne själv placerar ut information på sin server. Enligt rättspraxis krävs då någon form av aktivitet från värdtjänst innehavarens sida för att ansvar skall kunna utdömas.

Tillhandahållandet av teknisk utrustning kan uppfylla de objektiva förutsättningarna för medverkansansvar. Nätverksoperatörer och internetleverantörer uppfyller förmodligen det objektiva kravet, men då de inte har någon kontroll över den information som överförs i nätverket uppfyller de inte de subjektiva förutsättningarna för ansvar.

Värdtjänst innehavarna är nog den enda gruppen av mellanhänder där ansvar enligt medverkansbestämmelserna kan aktualiseras. De kan nämligen i mycket större grad påverka det innehåll som placeras på servern. För ansvar krävs dock att han med råd eller dåd främjar brottet.

Den omständighet att en värdtjänst innehavare får kännedom eller misstanke om att olagligt upphovsrättsligt material finns lagrat på dennes server och att han underlåter att vidta åtgärder för att hindra brottet eller avslöja detta torde inte kunna föranleda något medverkansansvar. Underlåtenhet att avslöja eller förhindra brott gäller nämligen endast för vissa personer som befinner sig i en garantställning. För medverkansreglernas tillämplighet krävs att värdtjänst innehavaren på något sätt främjar brottet genom någon form av aktivt handlande.

4.6.2 BBS-lagen

Sedan 1998 gäller lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor. Lagen är tillämplig på tjänster för elektronisk förmedling av meddelanden. Både Internetleverantörers och nätverksoperatörers tjänster faller utanför lagens tillämpningsområde. Värdtjänst innehavares tjänster kan omfattas av lagen under vissa förutsättningar. Ansvar kan utdömas för det första aktualiseras vid underlåtenhet att informera om sin identitet samt för underlåtenhet att ange i vilken utsträckning den information som kommer in blir tillgänglig för andra. För det andra kan underlåtenhet att bort ett meddelande eller underlåtenhet att hindra vidare spridning av ett meddelande som

uppenbart kränker någon av rättigheterna i upphovsrättslagen föranleda ansvar. Ansvar enligt BBS-lagen innebär dock inte ett ansvar för upphovsrättsintrång utan för underlåtenhet att förhindra spridning eller liknande av ett meddelande.

4.6.3 Elektronisk direktiv

Direktiv om elektronisk handel på inre marknaden behandlar mellan-händernas ansvar. Tre typer av aktiviteter omfattas av direktivet: Ren vidarebefordran; cachning samt värdtjänster. Reglerna har utformats som ansvarsbegränsningar och för ansvarsfrihet krävs att leverantören uppfyller vissa krav. Anses han inte infria kraven skall ansvaret bedömas enligt nationell lagstiftning.

De tjänster som internetleverantörer och nätverksoperatörer levererar inryms under ren vidarebefordran. Ansvarsfrihet inträder under förutsättning att leverantören inte initierat överföringen, inte valt ut mottagaren av informationen som överförs samt att han inte ändrat informationen.

Värdtjänst innehavarnas ansvar är indelat i en straffrättslig och en civilrättslig del. För straffrättsligt ansvar krävs att innehavaren skall ha haft faktisk kännedom om att olaglig information lagrats på dennes server. Civilrättsligt ansvar inträder om innehavaren blir medveten om omständigheter om olaglig verksamhet som är uppenbara. För att en omständighet skall bli uppenbar för värdtjänst innehavaren krävs antingen att han övervakar informationen eller att någon gör honom uppmärksam på förhållandet. Eftersom direktivet anger att medlems-länderna inte får ålägga tjänsteleverantörerna någon allmän övervakningsplikt vill en omständighet mycket svårt kunna bli uppenbar.

Att lagstiftaren valt en sådan lösning kan dock förstås. Övervakning av de data som till en var tid finns på en server är mycket tid- och kostnadskrävande. Det kan inte vara rimligt att it-samhällets tjänsteleverantörer skall bära bördan för tredje mans olagligheter. Vad lagstiftaren borde ha tänkt på är emellertid att ange i vilka situationer en värdtjänst innehavare skall anses informerad om den olagliga verksamheten.

5. Avslutning

Slutsatser

Ensamrätterna i en digital miljö

På frågan huruvida gällande ensamrätter är tillämpliga också i en digital sammanhang, har jag kommit fram till följande slutsatser.

Exemplarframställningsrätten gäller fullt ut även i ett digitalt sammanhang. Vad gäller lagring av verk på ett mera permanent sätt, så som lagring på hårddisk med mera, sker en exemplarframställning i upphovsrättslig mening. Tillfälliga och efemära kopior torde med stöd i de svenska förarbetena inte omfattas av upphovsmannens ensamrätt därför att sådana lagringar inte är tillräckligt självständiga. Det kan dock ifrågasättas om denna ståndpunkt är korrekt. Sverige är som sagt bunden även av gemenskapsrättsliga källor och enligt databasdirektivet omfattas temporära kopior av mångfaldigande-rätten. I det ändrade förslaget till upphovsrättsdirektiv omfattas alla typer av mångfaldigande, temporära som icke temporära av upphovsmannens reproduktionsrätt, dock med vissa undantag vad gäller sådana tillfälliga lagringar som är tekniskt nödvändiga för att kunna ta del av ett verk. Konsekvensen är följdaktligen att ensamrätten till exemplarframställning även enligt svensk rätt kommer att omfatta även tillfälliga lagringar.

På frågan om gällande tillgängliggörandeformer av ett verk är tillämpliga i datornätverk har det för det första konstaterats att tillgängliggörandet av verket sker redan vid uppladdningen till den nätanslutna servern. Både vad avser framföranderätten och visningsrätten anses offentlighetsbegreppet uppfyllt under förutsättning att kretsen av mottagare inte är begränsad, d.v.s. att i princip vem som helst kan få tillgång till den plats där materialet ligger lagrat. Vidare utgör interaktiviten inget hinder för ensamrätternas tillämplighet.

Spridningsrätten är inte tillämplig i nätverkssammanhang. Spridnings-begreppet förutsätter nämligen att ett visst exemplar överläts. Vid "spridning" av ett verk i datornätverk förblir emellertid originalet hos avsändaren medan ett nytt exemplar uppstår hos mottagaren, vilket egentligen utgör en otillåten exemplarframställning. Spridningsrätten är också knuten till konsumtionsprincipen i 19§ URL enligt vilken rätten för upphovsmannen till just det överlätna exemplaret utsläcks. Då inget exemplar överläts utan enbart en kopia kommer inte konsumtion att inträda.

Spridning är vidare en förutsättning för att utgivning enligt 8§2 st URL. Eftersom spridningsbegreppet inte är tillämpligt vid överföringar i datornätverk kan en utgivning inte ske i datornätverk. En konsekvens av detta är att de rättsverkningar som är knutna till utgivningsbegreppet inte kan aktualiseras i nätverkssammanhang.

Både internationellt, i form av WIPO-fördragen, och på gemenskapsrättsligt plan går man mot införandet av en ny ensamrätt, rätten till överföring till allmänheten, vilken verkar vara bättre anpassad till upphovsrättsliga förfoganden i en digital miljö. Ensamrätten har inte begränsats till vissa typer av verk, utan täcker såväl verk som utövande artisters framföranden med mera.

Ansvar för de olika leverantörer av internetjänster

På frågan huruvida de olika mellanhänder på Internet kan ställas till ansvar för intrång i upphovsrätten som initierats av tredje man har jag kommit fram till följande slutsatser.

Ansvar enligt upphovsrättslagen aktualiseras inte för internetleverantörer och nätverksoperatörer. Vad gäller värdtjänst innehavare, vilka i mycket större grad har kontroll över det material som cirkulerar på Internet, kan ansvar enligt brottsbalkens medverkansbestämmelse inte inträda för den situation att en värdtjänst innehavare får vetskap eller misstanke om brott. Underlåtenhet att hindra eller avslöja brott gäller enbart för personer som befinner sig i en garantställning, d.v.s. att de har en skyldighet att agera i vissa situationer för att hindra brott. Medverkansreglerna torde dock vara tillämpliga om värdtjänst innehavaren aktivt uppmuntrar till olagligheter.

Internetleverantörers och nätverksoperatörers tjänster omfattas inte heller av BBS-lagens ansvarsbestämmelser. Värdtjänst innehavares tjänster kan komma att omfattas av lagen under förutsättning att informationen som lagrats ligger öppet tillgängligt för alla och envar. Enligt lagen har värdtjänst innehavaren en viss skyldighet att hålla uppsikt över den information som är lagrad på servern. Värdtjänst innehavaren blir dock aldrig ansvarig för ett upphovsrättsintrång, utan ansvaret avser underlåtenhet att förhindra vidare spridning av ett meddelande som kränker upphovsrätten.

Det relativt nyligen antagna e-handelsdirektivet reglerar också ansvarsfrågor för olika typer av tjänster på Internet. Beträffande internetleverantören slipper denne ansvar för den information som denne vidarebefordrar. Förutsättningen är dock att han varken har initierat överföringen, valt ut mottagaren av överföringen eller valt ut eller ändrat de uppgifter som ingår i meddelandet. Ansvarsfrihet inträder även för de tillfälliga kopior som är tekniskt nödvändiga för att genomföra överföringen. I överföringsprocessen uppstår dessutom cachekopior. Också här inträder ansvarsfrihet, dock under

förutsättning att internetleverantören inte ändrar informationen, att han följer de regler som gäller för uppdatering av informationen samt att han utan dröjsmål avlägsnar information som han lagrat så snart han fått kännedom om att den avlägsnats från nätet eller gjorts oåtkomlig för andra.

Ansvar för nätverksoperatörer aktualiseras inte enligt direktivet, därför att de enbart tillhandahåller kablar och liknande och har i mycket liten grad kontroll över den information som överförs i nätverket.

Värdtjänst innehavare kan slippa straffrättsligt ansvar för lagring av information som tillhandahållits av annan och som utförs på begäran av den senare, under förutsättning att han inte haft kännedom om den olagliga informationen, och civilrättsligt ansvar under förutsättning att han inte var medveten om sådana omständigheter som gör den olagliga verksamheten uppenbar eller när han fått kännedom om att olaglig information utan dröjsmål avlägsnar eller gör informationen oåtkomlig.

Kommentarer

Upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning bör också omfatta sådana tillfälliga lagringar som sker vid överföringar i nätverkssammanhang på samma sätt som föreslagits i det ändrade förslaget till upphovsrättsdirektiv därför att det är mycket problematiskt att operera med ett slags varaktighetsrekvisit. Det är dock önskvärt att i den sammanhang införa vissa undantag för sådana lagringar som är en nödvändighet för att man skall kunna ta del av verket.

Då spridningsrätten inte är tillämplig vid nätverksöverföringar samt att denna rätt är avgörande för utgivningsbegreppets tillämplighet bör en ändring införas i lagen, så att verk även kan utges i nätverk. Vidare bör det införas ett förtydligande i lagen om att spridning kräver ett exemplar i fysisk form.

Det kan synas mera lämpligt att införa en ensamrätt såsom den föreslagna ensamrätten i WCT och det ändrade förslaget till upphovsrättsdirektivet. Med en ensamrätt som täcker samtliga överföringar som sker till allmänheten kommer de svårigheter som finns rörande den rättsliga bedömningen av vilken ensamrätt som egentligen aktualiseras att undanröjas och rättsläget kommer att bli mera förutsebart och stabilt.

Helhetsintrycket vad avser mellanhandernas ansvar är att de i verkligheten kommer att anses ansvariga i mycket få situationer. Detta visar sig bland annat i direktivet om elektronisk handel där ett förbud mot en allmän övervakningsplikt införts. Utan någon form av

övervakning kommer det vara svårt att upptäcka förekomsten av olagligt material. Vidare anges det inte i vilka situationer en värdtjänst innehavare skall anses informerad om den olagliga verksamheten eller materialet. Konsekvensen är att rättighetshavarna svårt kommer att kunna påvisa någon som helst kännedom från värdtjänst innehavarens sida om olagligt material.

Litteraturförteckning

Källor

BBS-lagen	Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor.
Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.
Brottsbalken	Brottsbalk (1962:700).
COM (95) 382 final	Green Paper on Coyright and Related Rights in the Information Society, 19. juli 1995.
COM (1998) 586 final	Proposal for a European Parliament and Council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.
COM (1999) 427 final	Amended proposal for a European Parliament and Council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.
Direktiv 91/250/EEG	Rådets direktiv av den 14. maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.
Direktiv 96/9/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser
Direktiv 2000/31/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv av en 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.
KOM (1999) 250 slutlig	Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.
Prop. 1960:17	Kungliga Maj:ts proposition till riksdagen med örslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.
Prop. 1992/93:214	Regeringens proposition om ändringar i upphovsrättslagen.
Prop. 1996/97:111	Rättsligt skydd för databaser (www.riksdagen.se)
Prop. 1997/98:15	Om ansvar för elektroniska anslagstavlor.
SOU 1956:25	Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk.
SOU 1985:51	Upphovsrätt och datorteknik, Delbetänkande 3.
Upphovsrättslagen	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

WCT	CRNR/DC/94, WIPO Copyright Treaty, Genève, 20 december 1996.
WPPT	CRNR/DC/95, WIPO Performances and Phonograms Treaty, Genève, 20 december 1996.
WIPO	WIPO Agreed Statements, Diplomatic Conference on certain Copyright and Neighbouring Rights Questions, Geneva, December 2 to 20, 1996.

Litteratur

- Bryde Andersen, Mads *Opphavsretten og den nye teknologi*, NIR 1995 s 616-629.
- Christie, A. *The Proposed Copyright Transmission Right*, (1995) 6 Australian Intellectual Property Journal, 143.
- Eklund, Magnus *Copyright and the Internet – an International Issue*, JT 1999-2000 s 25.
- Fitzpatrick, Simon *Copyright Imbalance: US and Australian Responses to the WIPO Digital Copyright Treaty*, EIPR 2000, s. 219.
- Heine, Kasper *Medvirkensansvaret for ophavsretskrænkelser på Internet*, NIR 1999 s. 615.
- Jareborg, Nils *Straffrättens ansvarslära*, Uppsala 1994
- Julià-Barceló, Rosa *On-line Intermediary liability issues: Comparing EU and US legal frameworks*, EIPR 2000, s 105-119.
- Julià-Barceló, Rosa *Liability for On-line Intermediaries: A European Perspective*, EIPR 1998, s 453-463.
- Koktvedgaard, M och *Lärobok i immaterialrätt*, 6.upplaga, Stockholm 2000.
- Levin, M,
Lindberg, A. och
Westman, D
Mattson, Dag *Praktisk IT-rätt*, 2. uppl., Stockholm 1999.
- Kommentarer till upphovsrättslagstiftningen*, KARNOV 1999/2000.
- Olsson, Henry *Copyright, Svensk och internationell upphovs-rätt*, 6. upplagan 1996, Stockholm 1998.
- Olsson, Henry *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, Stockholm 1996.
- Samuelson, Pamela *Legally Speaking: The NII Intellectual Property Report, Communication of the ACM*, December 1994.
- Tómasson, E. *Digital teknologi, konsekvenser for retsreglerne og retshåndhævelsen for musik og film*, NIR 1997, s 344 ff.
- Vinje, Thomas *Copyright Imperilled?*, EIPR 1999, s 192-207
- Vinje, Thomas *The New Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, EIPR 1997, s 230-242.
- Wennberg, Suzanne *Introduktion till Straffrätten*, 3. uppl., Stockholm 1993.
- Westman, Daniel *MP3-målet – rättsläget kring länkning fortfarande oklart*, Lov & Data nr. 62:

Zila, Josef

(<http://www.juridicum.su.se/iri/>) (2001-01-15).

Specialstraffrätten, En Introduktion, 2. uppl., Stockholm 1999.

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

NJA 1980 s. 123

NJA 1986 s. 702

NJA 1996 s. 79

Hotellrummen

Radiohandlarmålet

BBS-målet

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

Svea Hovrätt, dom den 17. november 1975.

Högsta domstolen, dom den 9 mars 1976

Dansk rättspraxis

Ugeskrift for Retsvsen. Afdeling A. , 1975 s. 30 H (billedbog).