



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anders Olin

Upphovsrättsliga aspekter på Internet-länkar

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Ola Svensson

Immaterialrätt, IT-rätt

VT 2001

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod	6
1.5 Material	7
1.6 Disposition	8
2 ALLMÄN INTRODUKTION TILL UPPHOVSRÄTTEN	9
2.1 Kort historik	9
2.2 Upphovsrättens föremål	9
2.2.1 Skyddsobjektet	10
2.2.2 Verkshöjdskravet	10
2.3 De ekonomiska rättigheterna	11
2.3.1 Exemplarframställningsrätten	11
2.3.2 Tillgängliggörande	12
2.3.2.1 Offentligt framförande	12
2.3.2.2 Offentlig visning	13
2.3.2.3 Spridning	13
2.4 De ideella rättigheterna	14
2.5 Offentliggörande och utgivning	15
2.6 Sanktioner vid intrång	16
2.6.1 Straff	16
2.6.2 Skadestånd	16
2.7 De närstående rättigheterna	16
2.8 Den internationella upphovsrätten	17
3 INTERNET OCH LÄNKARNA - TEJNIKEN	20
3.1 Internet och World Wide Web	20

3.2 Internet-länkar	21
3.2.1 Hypertextlänkar	22
3.2.1.1 "Djupa" länkar	23
3.2.2 Inline-länkar	23
3.2.3 Frame-länkar	24
4 HYPERTEXT- ELLER HÄNVISANDE LÄNKAR	26
4.1 Inledning	26
4.2 Rättsfall	27
4.3 Exemplarframställning	30
4.3.1 Medverkansansvar	31
4.3.1.1 Tillfälliga kopior	32
4.3.1.2 Ansvar för slutanvändaren	34
4.3.1.3 Slutsatser om länkläggarens ansvar	36
4.4 Tillgängliggörande	39
4.4.1 Spridning	39
4.4.2 Framförande och visning	40
4.4.3 Överföringsrätten	42
4.4.4 Mp3-domen - en analys	43
4.4.5 Tillgängliggörande genom hypertextlänkning?	46
4.4.5.1 Medverkansansvar	49
4.5 Behovet av ansvarsbegränsningar	51
4.6 Länkar och skyddet för databaser	53
4.7 Sammanfattande slutsatser	56
5 INTEGRERANDE LÄNKAR – FRAMING OCH INLINING	60
5.1 Inledning	60
5.2 Rättsfall	60
5.3 Tillgängliggörande	61
5.4 Exemplarframställning	65
5.5 Intrång i de ideella rättigheterna	66
5.6 Sammanfattande slutsatser	67
6 AVSLUTANDE KOMMENTARER	69
KÄLLFÖRTECKNING	73
Offentligt tryck	73
Internationella konventioner	73
Litteratur	74
Rättsfall	76
Övrigt webbmaterial	77

Sammanfattning

I juni 2000 avkunnade Högsta Domstolen dom i ett mål som varit föremål för stor uppmärksamhet. I målet var en 17-åring åtalad för att genom att på sin hemsida erbjuda länkar till ”olagliga” s.k. Mp3-filer, musikfiler, ha kränkt de rättigheter som upphovsrättslagen tillerkänner upphovsmän och andra rättighetsinnehavare. Av olika skäl utdömdes inget ansvar i målet men det konstaterades att 17-åringen genom sina länkar tillgängliggjort musikfilerna.

Innevarande arbete tar sikte på att utreda förutsättningarna för att hålla en ”länkläggare” ansvarig för upphovsrättsintrång. Detta sker bl.a. genom en analys av det ovan nämnda Mp3-fallet, där slutsatsen dras att HDs dom i många stycken kan kritiseras. Det konstateras att en i förhållande till HDs dom divergerande syn på hänvisande länkar i mångt och mycket är befogad. Vidare redogörs för de konsekvenser som domen i förlängningen kan tänkas få, där det visas att den även vid en snäv tolkning innebär problem i förhållande till det sätt på vilket länkar används i nätverkssammanhang.

Det konstateras att det som en konsekvens av HDs synsätt finns anledning att införa ansvarsbegränsningar för dem som tillhandahåller hänvisande hypertextlänkar på Internet. Vidare behandlas användandet av dessa länkar i ljuset av bestämmelserna om databaser, varvid slutsatsen dras att användandet under vissa förutsättningar kan innebära ett intrång i de rättigheter som det s.k. katalogskyddet tillerkänner databasproducenter.

I arbetet behandlas också den typ av länkar som brukar betecknas som integrerande. Slutsatsen dras här att länkläggaren i dessa fall nyttjar materialet som om det vore hans eget och tillgodogör sig innehållet inom ramarna för den egna ”tjänsten”. Ett sådant förfarande är, vad konsekvenserna beträffar, att likställa förfoganden som traditionellt faller under begreppet tillgängliggörande. En grundläggande utgångspunkt för upphovsrättslagen är att den skall kunna tillämpas oberoende av vilken teknik som används, och framställningen landar därför i slutsatsen att användandet av dessa länkar är att anse som tillgängliggörande av verksinnehållet.

Avslutningsvis konstateras att ett upphovsrättsligt godtagbart skydd för rättighetsinnehavare kan uppnås även utan den långtgående tolkning av tillgängliggörandebegreppet som HD gjort. Möjligheterna till ett sådant skydd är beroende av ändringar av rätten till kopiering för eget bruk samt den rådande inställningen till vad som brukar benämnas tillfälliga kopior. Som påtalas är sådana förändringar nödvändiga alldeles oavsett problematiken kring länkning i anledning av det kommande EG-direktivet om upphovsrätt i informationssamhället. Med dessa ändringar öppnas möjligheten att ge ett fullgott skydd för rättighetsinnehavarna, samtidigt som verksamheten på Internet inte hämmas i större utsträckning än absolut

nödvändigt. Resonemanget grundas på att en länkläggare, under vissa förutsättningar, kan anses medverka till den olagliga exemplarframställning som sker hos slutanvändarna.

Förkortningar

ARPA	Advanced Research Project Agency
BK	Bernkonventionen (1886) för skydd av litterära och konstnärliga verk
BrB	Brottsbalken
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
HD	Högsta Domstolen
HREF	Hyper Text Reference
HTML	Hyper Text Markup Language
HTTP	Hyper Text Transfer Protocol
IFPI	International Federation of Phonographic Industry
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IMG SRC	Image Source
JT	Juridisk Tidsskrift vid Stockholms universitet
MP3	Moving Pictures Expert Group, audio layer 3
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättskydd
RAM	Random Access Memory
RomK	Romkonventionen (1961) om skydd för utövande konstnärer och radioföretag
SvJT	Svensk Juristtidning
TCP/IP	Transmission Control Protocol/Internet Protocol
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
URL	Universal Resource Locator
U.S.C.A.	United States Copyright Act
VK	Världskonvention (1952) om upphovsrätt
WCT	WIPO Copyright Treaty (1996)
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty (1996)
WTO	World Trade Organization (Världshandelsorganisationen)
WWW	Word Wide Web
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

1 Inledning

1.1 Syfte

I takt med den explosiva expansion som Internet genomgått sedan mitten av 1990-talet har alltfler rättsliga problem som uppstår i samband med användandet uppmärksammats. Inte minst är detta fallet vad gäller upphovsrätten och numera rapporteras ”dagligen” i nyhetsmedia om Napster och andra företeelser som anses inkräkta på de rättigheter som lagen tillerkänner upphovsmän. Genom den digitala tekniken och de möjligheter den erbjuder i form av skapande av perfekta kopior har också Internet till stora delar blivit en tummelplats för dem som önskar ta del av och sprida piratkopierade alster. Inte minst gäller detta musikaliska verk.

Samtidigt har framväxten av Internet inneburit att människor världen över i allt högre grad har fått möjlighet att ta del av information på ett sätt som aldrig tidigare varit möjligt. Värdet av Internet som informationskanal kan med svårighet överskattas, även om stora delar av innehållet knappast är outhärligt. En central roll i denna process spelar de s.k. hypertextlänkar som allmänt kan sägas vara det kitt som håller samman Internet och bildar ett nätverk i ordets sanna bemärkelse. Dessa länkar är en så grundläggande förutsättning för hela Internet-strukturen, att det kan tyckas märkligt att de överhuvudtaget ifrågasätts.

I juni 2000 kom emellertid en dom, det s.k. Mp3-avgörandet, från Högsta Domstolen som är unik på flera sätt. För det första har aldrig tidigare, och heller ej senare, en prejudikatsskapande instans någonstans i världen tagit ställning till de upphovsrättsliga problem som användandet av länkar kan föra med sig. För det andra är domen unik i så måtto att aldrig tidigare någon domstol pålagt en skapare av en hänvisande länk ett omedelbart ansvar för upphovsrättsintrång.

Mitt syfte med föreliggande framställning är att redogöra för de upphovsrättsliga problem som uppkommer i samband med användandet av länkar i nätverksmiljö. Vidare skall jag söka utröna vilka olika perspektiv man kan anlägga för att skydda upphovsmännens rättigheter samt vilka konsekvenser dessa för med sig för det fortsatta utnyttjandet av Internet. Jag kommer härvid att behandla såväl hänvisande länkar som de som brukar betecknas som integrerande.

1.2 Frågeställningar

Den övergripande frågan som framställningen syftar till att besvara är i vad mån användandet av de olika typerna av länkar aktualiserar några upphovsrättsligt relevanta förfoganden. För att besvara denna fråga utgår framställningen i mångt och mycket från en rättsfallsanalys av det s.k. Mp3-avgörandet.¹ De underliggande frågorna är därför dels vilka slutsatser beträffande användandet av länkar i allmänhet som kan dras i anledning av domen, dels vilka konsekvenser dessa slutsatser medför samt slutligen huruvida det finns anledning att anlägga en annan syn på länkning som företeelse än HD givit uttryck för. Förhoppningen är att finna en alternativ lösning som skyddar rättighetsinnehavarna, samtidigt som möjligheterna att använda Internet i enlighet med de ursprungliga intentionerna inte begränsas.

1.3 Avgränsningar

Huvuddelen av innevarande framställning avser att behandla upphovsrättsliga aspekter på hänvisande länkar. Att arbetet främst koncentreras på dessa beror dels på att de är av större principiell betydelse för Internet, dels på att det, åtminstone bland svenska praktiker och teoretiker, föreligger större oenighet om hur dessa skall behandlas. Framställningen i kapitel 5 som behandlar integrerande länkar är därför medvetet mer översiktlig, resonerande och bygger i stora delar på de i det tidigare kapitlet dragna slutsatserna.

Vidare har jag, i anledning av att jag velat belysa kärnfrågorna, valt att avstå från redogörelser för dels de i dessa sammanhang allt vanligare länkavtalen, dels de tekniska skyddsmedel som står till buds för den som vill skydda sig mot ingrepp i form av länkning. Inte heller görs något försök, annat än indirekt, att fastställa i vad mån en länk i sig kan vara föremål för upphovsrättsligt skydd då framställningen tar sikte på skyddet *mot* länkar.

Framställningen är också begränsad till att i huvudsak behandla svensk upphovsrätt, vilken givetvis även innefattar de internationella konventioner som finns på området samt det lagstiftningsarbete som utarbetas inom Europeiska Unionen. Av denna anledning redogörs för utländsk, och då framförallt amerikansk, praxis på området endast i syfte att belysa problemen och paralleller dras endast i den utsträckning de har någon bäring för svensk rätt. Någon uttömmande redogörelse för hur länkar behandlas under amerikansk eller annan utländsk upphovsrätt kommer därför inte att göras.

¹ NJA 2000 s.292.

1.4 Metod

Som alltid när ny teknik uppkommer är det av stor vikt att ha de grundläggande upphovsrättsliga förutsättningarna klara för sig i syfte att möjliggöra en korrekt bedömning av ett eventuellt utnyttjande. Jag har därför valt att inledningsvis relativt grundligt redogöra för det upphovsrättsliga skyddet, samt att i samband med respektive avsnitt dra paralleller till situationer och företeelser som traditionellt är att se som upphovsrättsliga förfoganden, för att klargöra och motivera mina ställningstaganden. Det är här min uppfattning att det inte finns anledning att särbehandla företeelser enbart på grund av introduktionen av ny teknik. De allmänna upphovsrättsliga principerna måste även här få genomslag.

Som torde framgått har jag i detta arbete till stora delar utgått från Högsta Domstolens dom i Mp3-fallet. Att så sker beror dels på det självklara faktum att det är enda fallet där länkar behandlats i svenska domstolar, dels på att det enligt min mening, vilken jag tycks dela med andra, finns anledning att vara kritisk till de ställningstaganden som kommit till uttryck i domen. Från en analys av domen försöker jag sedan dra generella slutsatser beträffande länkning och vilka konsekvenser och möjligen behov av ändrad lagstiftning detta för med sig.

Även om syftet är att applicera svensk rätt på de grundläggande problemen är i sådana här frågor det internationella sammanhanget av stort intresse. Inte minst beror detta på Internets självklart gränsöverskridande egenskaper. I kombination med den i övrigt tunna praxis såväl på det svenska som det europeiska planet dras därför paralleller till hur problemen hanteras inom amerikansk rätt, där länkar sedan länge varit föremål för relativt ingående debatt. Däremot vore det en överdrift att påstå att det ens i USA föreligger någon fastlagd och allomfattande praxis vad gäller länkar.

Analys av problemen och personliga ställningstaganden sker fortlöpande under redovisningen av arbetet. I slutet av redogörelsen för de olika formerna av länkar sammanfattar jag dessa slutsatser. Därför återupprepas dessa inte i fullo i det avslutande kapitlet, utan där ges endast en övergripande redogörelse för de olika perspektiv det går att anlägga, och hur dessa slår mot såväl rättighetshavare som Internet-användare.

1.5 Material

Vad beträffar den grundläggande upphovsrättsliga introduktionen har jag i stor utsträckning förlitat mig på de två ”standard”-verk som Henry Olsson författat. Dessa båda är ”Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar” samt ”Copyright – svensk och internationell upphovsrätt”. I denna del har även auktoritetskommitténs lagförslag flitigt nyttjats.² Vad beträffar den tekniska bakgrunden har i huvudsak använts dels on-line material, dels ett arbete av Petter Rindforth.

Vad beträffar immaterialrättsliga spörsmål i IT-samhället pågår ett ständigt arbete inom såväl Europeiska Unionen som World Intellectual Property Organization, i syfte att anpassa det upphovsrättsliga systemet efter de krav som den nya tekniken ställer. Inom svensk doktrin märks främst ”Praktisk IT-rätt” av Agne Lindberg och Daniel Westman, samt Thomas Carlén-Wendels ”Nätjuridik”.

När det gäller de konkreta frågeställningarna kring användandet av länkar har jag framförallt begagnat mig av ett antal artiklar som skrivits i anledning av det numera bekanta Mp3-avgörandet. Författarna till dessa är Daniel Westman, Per Jonas Nordell respektive Jan Rosén.³ I övrigt omnämns just länkproblemet i relativt förbigående ordalag i den IT-rättsliga litteraturen, även om Carlén-Wendels redogör för en del rättsfall på området.

Internet-länkar har inom det amerikanska rättssystemet orsakat betydligt större debatt än i Europa och en uppsjö arbeten av skiftande kvalitet finns att tillgå on-line. Frågan har dock fått alltmer uppmärksamhet även på det europeiska planet bl.a. till följd av ett, låt vara mindre, antal rättsfall. I Sverige märks, förutom de artiklar som redan nämnts och som skrevs i anledning av Mp3-avgörandet, ett arbete av Anna Gentzschein, ”Internet Links – Legal Implications”, som dock inte är koncentrerat till de upphovsrättsliga frågeställningarna.

Vad gäller de amerikanska rättsfall som refererats har jag i de flesta fall använt mig av kommentarer i artikelform som finns tillgängliga på Internet. I den del som behandlar ansvarsbegränsningar har jag till stora delar förlitat mig på ett arbete av Rosa Juliá-Barceló, i vilket amerikanska och europeiska regler på området jämförs. Slutligen vill jag också nämna den i detta sammanhang ombärliga webbsidan ”The Link Controversy Page” som drivs av Stefan Bechthold vid juridiska fakulteten, Universitetet i Tübingen. På sidan finns en, såvitt jag kan förstå, mer eller mindre uttömmande lista över rättsfall rörande länkar, med hänvisningar till såväl domar och beslut on-line, som artiklar författade i anledning av fallen. Sidan uppdateras kontinuerligt och har varit till stor hjälp under arbetet med denna framställning.

² SOU 1956:25

³ Mp3-avgörandet har sedermera även kommenterats av Karnell i NIR 03/2000 s.493 och Boman/Lindblom i European Intellectual Property Review, 01/2001 s.55.

1.6 Disposition

Kapitel 2 syftar till att ge läsaren en grundläggande förståelse för upphovsrätten och här behandlas de olika rättigheterna var för sig. Vidare redogörs för vissa för upphovsrätten centrala begrepp. I kapitel 3 ges en översiktlig introduktion till Internetmediet. Här presenteras även de olika typerna av länkar ur ett såväl tekniskt som praktiskt perspektiv. I kapitel 4, som är framställningens huvuddel, redogörs för de upphovsrättsliga frågor som uppstår i samband med användandet av hänvisande hypertextlänkar. I detta kapitel görs också ett försök att dra slutsatser från Mp3-fallet samt redogörs för de konsekvenser avgörandet i förlängningen kan tänkas få. Här tas också upp frågan om behovet av ansvarsbegränsningar samt i vilken mån användandet av länkar kan begränsas med anledning av de speciella bestämmelser som gäller för databaser. En mer översiktlig och resonerande redogörelse görs i kapitel 5 angående de integrerande länkarna och hur användandet av dessa bör bedömas ur ett upphovsrättsligt perspektiv. Slutligen redogörs i kapitel 6 för de olika möjligheter som står till buds för att uppnå skydd för upphovsmannens rättigheter som konstaterats i framställningen.

2 Allmän introduktion till upphovsrätten

2.1 Kort historik

Som ett resultat av boktryckarkonstens genombrott på 1400-talet, och den därav ökade möjligheten till ”massproduktion” av alster, uppkom ett behov av att skydda andligt skapande. Skyddet var till en början utformat som ett system av olika privilegier för boktryckare och förläggare men kom efterhand att omfatta även de egentliga upphovsmännen, som författare, konstnärer med flera. Dessa tillerkändes en personlig rätt till sina alster, vilka betraktades som deras egendom. Från dessa rättigheter utvecklades sedan det vi idag känner som den moderna upphovsrätten som i huvudsak kan sägas bestå av två ”skolor”, nämligen det anglosaxiska ”Copyright-systemet” och det kontinentaleuropeiska ”droit d’auteur-systemet”. Som framgår av beteckningen grundar sig det anglo-saxiska systemet främst på upphovsmannens rätt att mångfaldiga sitt verk, medan den kontinentaleuropeiska upphovsrätten snarare har sin grund i en rätt för upphovsmannen att bestämma över hur hans verk utnyttjas. Även om de två systemen idag ligger mycket nära varandra vad beträffar den praktiska tillämpningen består dessa grundläggande skillnader i synsättet på upphovsrätten i så måtto att upphovsmännens ideella, eller moraliska, rättigheter åtnjuter ett starkare skydd inom den kontinentaleuropeiska upphovsrätten. En annan betydande skillnad är att föremålen för upphovsrätten, d.v.s. vad som skall anses skyddat, är mera omfattande i den anglo-saxiska rätten.⁴

2.2 Upphovsrättens föremål

Skyddet för upphovsrätten är i Sverige grundlagsskyddat genom regeringsformens 2 kap 19 § som stadgar att ”*författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag*”, nämligen lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Av detta kan man lätt få intrycket att det ställs höga krav på kvalitet och estetik för att ett verk skall vara skyddat enligt upphovsrättslagen. En närmare granskning visar dock att så inte är fallet, utan att en mängd företeelser som man, åtminstone i dagligt tal, skulle tveka att kalla vare sig litterära eller konstnärliga är skyddade under upphovsrättslagen.

⁴ Olsson, Copyright – svensk och internationell upphovsrätt, sjätte upplagan, Stockholm 1998, s.24 ff.

2.2.1 Skyddsobjektet

Upphovsrätten erbjuder skydd för litterära och konstnärliga verk enligt 1 § URL. Uttrycket litterära verk tar i första hand sikte på framställningar i ord i såväl talad, skriven som tryckt form. Det omfattar dock även beskrivande framställningar i form av sifvertabeller, kartor, grafiska verk m.m.⁵ Datorprogram är sedan en lagändring 1989 uttryckligen skyddade enligt 1 § 2 p. URL.⁶ En annan företeelse av stor vikt som räknas som litterärt verk är databaser. Med databaser förstås stora samlingar av information lagrade antingen i digital form eller på annat sätt, t.ex. på papper eller film. I anledning av införlivandet av databasdirektivet, se avsnitt 2.8, infördes fullt upphovsrättsligt skydd även för databaser som inte möter verkskravet genom en ändring i den s.k. katalogregeln i 49 § URL.⁷ Till de konstnärliga verken hör bl.a. filmverk, bildkonst, byggnadskonst, fotografiska verk samt musikaliska kompositioner⁸, varav de sistnämnda inte minst påverkats av den nya digitala tekniken och Internet.

Upphovsrätten till ett verk är inte inskränkt till den form upphovsmannen valt att manifesteras verket i. Ett verk uttryckt i t.ex. en operett är skyddat även för eftergöranden i form av film, böcker etc. Däremot skyddas inte själva motivet eller idéen bakom verket, vilket brukar benämnas verkets ”*innersta kärna*”. Omsatt i ett exempel innebär det här att Kalle Anka i den form han kommer till uttryck i filmer, böcker och serietidningar från Walt Disney är skyddad, men själva idéen bakom, d.v.s. en talande anka i mänskliga kläder, inte är det.⁹ Upphovsmannens teknik och stildrag skyddas inte heller även om dessa är typiska för hans skapande.¹⁰

2.2.2 Verkshöjdskravet

För att ett verk skall vara skyddat enligt URL krävs att det når upp till vad som kan betecknas som en ”viss självständighet och originalitet”, vilket brukar benämnas ”*verkshöjd*”.¹¹ Att exakt definiera vad detta innebär är inte alldeles enkelt. Dock brukar man säga att kravet på verkshöjd är uppfyllt om skapelsen har en så pass unik utformning att två personer som arbetade oberoende av varandra inte skulle kunna komma fram till samma uttryck. Av detta kan man sluta sig till att verkshöjdskravet inte är särdeles svåruppnåeligt och kravet anses allmänt ligga relativt lågt i Sverige.¹² Det bör dock påpekas att ju lägre nivå av individuell särprägel ett verk uppvisar, desto snävare blir omfånget av det upphovsrättsliga skyddet, även om

⁵ SOU 1956:25, s.65.

⁶ Olsson 1998, s.40 f.

⁷ Olsson 1998, s.44 f.

⁸ Olsson 1998, s.38 f.

⁹ Carlén-Wendels, Upphovsrätt i reklam och media, Lund 1997, s..37.

¹⁰ SOU 1956:25, s.68 f.

¹¹ SOU 1956:25, s.66.

¹² Olsson 1998, s.54.

grundkravet på verkshöjd uppnåts.¹³ En annan följd av att upphovsrättsrättsligt skyddade verk uppkommer som ett resultat av andligt skapande är att upphovsmannen måste vara människa.¹⁴ Inte heller detta krav exkluderar särskilt många verk, då det oftast är en människa som på ett eller annat sätt styr även tekniska processer.

2.3 De ekonomiska rättigheterna

Det upphovsrättsliga skyddet av ett verk manifesterar sig i två typer av rättigheter för upphovsmannen, nämligen de ekonomiska och de ideella. De ekonomiska rättigheterna består, enligt 2 § URL, i en exklusiv rätt för upphovsmannen att förfoga över verket dels genom att framställa exemplar av det, dels genom att göra det tillgängligt för allmänheten.

2.3.1 Exemplarframställningsrätten

Exemplarframställningsrätten, i 2 § 1 st. URL, innebär att upphovsmannen har en ensamrätt att fixera sitt verk på en bärare på ett sådant sätt att det ger möjlighet för andra att ta del av det, alldeles oberoende av vilken teknik som används.¹⁵ Som exemplar betraktas inte bara direkta kopior utan även avbildningar som avviker väsentligt från originalet i *utförande* och *format*. Det är viktigt att påpeka att hela verket inte behöver reproduceras för att en exemplarframställning skall föreligga.¹⁶ Även en framställning av ett kortare avsnitt ur t.ex. en text är således att anse som ett exemplar av verket. Kravet är dock att utdraget i sig når upp till verkshöjd.

Exemplarframställningsrätten begränsas genom de inskränkningar i förfoganderätten som återfinns i 2 kap URL. Av dessa är, åtminstone för det här arbetets fortsatta framställning, exemplarframställningsrätten för enskilt bruk av offentliggjorda verk enligt 12 § URL det viktigaste undantaget. Förutom att framställningen skall vara avsett för enskilt bruk krävs för att kunna åberopa privatkopieringsrätten att man endast framställer enstaka exemplar av verket.¹⁷ Datorprogram är helt undantagna från privatkopieringsrätten, liksom framställning av exemplar i digital form av sammanställningar i digital form (databaser), enligt 12 § 2 st. p.2 respektive p.3. Av betydelse är också att det inte är tillåtet att låta en utomstående framställa exemplar av musikaliska eller filmiska verk för enskilt bruk, enligt 12 § 3 st. p.1.

¹³ Carlén-Wendels 1997, s.33 f.

¹⁴ Olsson 1998, s.55.

¹⁵ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar, Stockholm 1996, s.56.

¹⁶ SOU 1956:25, s.94.

¹⁷ Olsson 1996, s.114 ff.

2.3.2 Tillgängliggörande

Utöver den nyss genomgångna exemplarframställningsrätten innefattas i det ekonomiska skyddet även en rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten. Enligt 2 § 2 st. omfattar tillgängliggörandebegreppet att ett verk antingen visas eller framförs offentligt, eller att exemplar av verket sprids till allmänheten. Huruvida dessa tre former är att se endast som *exempel* på tillgängliggöranden eller om uppräkningsrätten är uttömmande har varit föremål för viss debatt. Högsta domstolen har dock i just Mp3-avgörandet slagit fast att ett förfogande måste kunna hänföras till någon av de tre uppräknade formerna för att ett tillgängliggörande skall kunna anses ha skett.¹⁸

2.3.2.1 Offentligt framförande

Begreppet offentligt framförande innefattar såväl "live" –framträdanden inför publik som återgivande genom teknisk hjälp såsom TV och radioutsändningar.¹⁹ Några exemplar av verket framställs inte vid ett offentligt framförande. Som exempel på offentliga framföranden kan nämnas användandet av musik på restauranger, diskotek etc. från antingen levande orkester eller en inspelning.²⁰

En första begränsning i framföranderätten är att endast *offentliga* framföranden är föremål för reglering. Helt privata framföranden är således aldrig föremål för upphovsrättsliga inskränkningar. Offentlighetsbegreppet kan stundom innebära vissa gränsdragningsproblem men som huvudregel kan sägas att framförandet skall ske på ett sätt så var och en som vill skall kunna få tillträde till platsen för framförandet. Att arrangören gjort möjligheten till tillträde beroende av t.ex. erläggande av en entréavgift eller dylikt förtar inte arrangemanget dess karaktär av offentligt framförande.²¹

Med offentliga framföranden likställs vidare i det här sammanhanget framförande i förvärvssyfte inför en större sluten krets, enligt 2 § 3 st. URL. Stadgandet är ämnat att täcka sådana situationer som inte är direkt offentliga och som inte heller kan anses vara av helt privat karaktär. Hit hör t.ex. den s.k. *industrimusiken*, d.v.s. musik som spelas upp för anställda på arbetsplatsen. Förutom förvärvssyfteskravet krävs, enligt 3 st., att framförandet sker inför en "större sluten krets". Som tumregel brukar här anges att en krets om mindre än 20 personer faller utanför begreppet, medan en krets större än 50 personer omfattas av detsamma. För de sammankomster som faller i gränsområdet däremellan beror det på omständigheterna i det enskilda fallet huruvida framförandet skall ses som offentligt eller ej.²²

¹⁸ NJA 2000 s.292.

¹⁹ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, Immaterialrätt, sjätte upplagan, Stockholm 1998, s.52.

²⁰ Olsson 1996, s.58.

²¹ Olsson 1996, s. 58 f.

²² Olsson 1998, s. 90 f.

Inskränkningarna i upphovsmannens rätt till offentligt framförande regleras i 21 § URL, av vilken framgår ”att var och en får framföra utgivna verk offentligt”. Enligt 1 st. p. 1 gäller detta vid tillfällen där framförandet inte är det huvudsakliga, ingen avgift utgår samt anordnandet inte sker i förvärvssyfte. Undantagna från bestämmelsen är, enligt 21 § 2 st. sceniska verk, filmverk samt utsändelser av verk i radio och TV.

2.3.2.2 Offentlig visning

Medan framföranden kan sägas ta sikte på verk som är ”utsträckta i tiden”, såsom t.ex. musik, aktualiseras visningsrätten ifråga om verk av mer ”statisk” natur.²³ En ytterligare skillnad är att visningen är knuten till ett exemplar av verket, som är föremål för antingen direkt eller indirekt visning. Med direkt visning avses fall då ett exemplar av verket visas på en plats tillgänglig för allmänheten. Indirekt visning tar sikte på de fall, då ett verksexemplar görs tillgängligt genom olika tekniska anordningar, såsom overhead, film eller TV.²⁴

Visningsrätten är genom 20 § URL starkt beskuren. Paragrafens första stycke stadgar bl.a. att ”när ett verk har utgivits får de exemplar som omfattas av utgivningen visas offentligt”. Förutsättningen för att ett verk skall anses utgivet är att exemplar blivit spridda till allmänheten med upphovsmannens samtycke (8 § URL). Detta faktum samt att endast de exemplar som faktiskt utgivits fritt får visas får särskilda konsekvenser i en digital miljö, till vilka vi kommer att återkomma senare i framställningen.

2.3.2.3 Spridning

Den tredje formen av tillgängliggörande, spridning, innefattar försäljning, uthyrning och utlåning av exemplar till allmänheten, (2 § 2 st. URL). Av formuleringen, ”eller eljest sprides till allmänheten”, framgår dock att denna uppräkningslista inte är uttömmande. Spridningsrätten skall framför allt ses som ett komplement till exemplarframställningsrätten, men har även betydelse i så måtto att spridning till allmänheten är en förutsättning för att ett verk skall anses utgivet, enligt 8 § 2 st. Spridningsrätten är, liksom rätten till offentlig visning, alltid kopplad till exemplar av verket.²⁵

Rätten att sprida exemplar tar normalt endast sikte på den första spridningsåtgärden och vidareöverlåtelser av exemplar som lovligen spridits till allmänheten faller således utanför upphovsmannens ensamrätt. Med andra ord har den som inhandlat ett exemplar av en bok rätt att sprida denna

²³ Lindberg, Westman, Praktisk IT-rätt, andra upplagan, Stockholm 1999, s.172.

²⁴ Olsson 1998, s.101.

²⁵ SOU 1956:25, s. 94 ff.

vidare genom t.ex. försäljning.²⁶ Denna s.k. *konsumtion* av spridningsrätten behandlas i 19 § URL och av lagtexten framgår att förutsättningen för konsumtionens inträdande är att exemplaret överlåtits med upphovsmannens samtycke. Enligt svensk rätt tillämpas principen om *global konsumtion*, vilket innebär att det är tillåtet att sprida vidare exemplar av verket i Sverige alldeles oavsett var den första överlåtelsen ägt rum.²⁷ Uthyrning av verksexemplar till allmänheten samt utlåning av datorprogram är dock, enligt 19 § 2 st., uttryckligen undantagna från den förfoganderätt som konsumtionen i övrigt tillerkänner förvärvare av ett exemplar.²⁸

2.4 De ideella rättigheterna

Förutom rätten att förfoga ekonomiskt över sitt skapande tillerkänns upphovsmän, enligt 3 §, en ideell rätt till sina verk. Denna rätt är tvådelad och den första delen innefattar en rätt för upphovsmannen att bli namngiven enligt god sed, när exemplar av verket framställs eller det görs tillgängligt för allmänheten, vilket brukar benämnas *paternitetsrätten*. Den andra delen, den s.k. *respekträtten*, ger upphovsmannen skydd mot att verket ändras eller görs tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt eller i ett sådant sammanhang, vilket kan verka kränkande för honom.²⁹

Att upphovsmannens namn skall anges i enlighet med vad som krävs enligt god sed innebär att det i vissa situationer och för vissa typer av verk ibland inte är nödvändigt att alls ange upphovsmannen. Detta gäller t.ex. när musik spelas upp på en restaurang eller diskotek. Namngivningsrätten begränsas inte av de i upphovsrätten, enligt 2 kap URL, gällande inskränkningarna. Detta innebär att upphovsmannen har en rätt att bli namngiven, enligt vad som kan anses vara god sed i den aktuella situationen, även när verket används med hänvisning till de där upptagna fria utnyttjandena.³⁰

Skyddet mot ändringar tar sikte på så väl exemplar av verket som verket som sådant. Ändringar i verket kan bestå av t.ex. strykningar i ett manuskript, förenklingar av ett musikstycke etc., medan ändring av exemplar främst är av betydelse när det gäller konstverk. Att verket återges i ett sammanhang som är kränkande för upphovsmannen kan t.ex. vara att verket används i en pornografisk publikation, i rasistisk propaganda etc. Kravet på att ändringen av verket, eller sammanhanget i vilket det återges, skall vara kränkande för upphovsmannen innebär t.ex. att rena tryckfel eller ändringar som är nödvändiga av redaktionella skäl inte kan ses som intrång i den ideella rätten.³¹

²⁶ SOU 1956:25, s.95 f.

²⁷ Koktvedgaard, Levin, Lärobok i Immaterialrätt, sjätte upplagan, Stockholm 2000, s.124 f.

²⁸ Olsson 1998, s.99 f.

²⁹ Koktvedgaard/Levin, s.133 ff.

³⁰ Olsson 1998, s.107 ff.

³¹ Olsson 1998, s. 109 ff.

2.5 Offentliggörande och utgivning

Offentliggörande och utgivning är två för upphovsrätten mycket centrala begrepp, inte minst då de på olika sätt utgör förutsättningen för att vissa av inskränkningarna i upphovsrätten, enligt 2 kap URL, skall kunna appliceras i det enskilda fallet. Det bör påpekas att även opublicerade verk och rent privata verk också åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Detta skydd är oinskränkt såtillvida att det alltid krävs upphovsmannens tillstånd för utnyttjande. Det är först i och med att ett verk kommit allmänheten till handa som begränsningarna inträder.³²

Enligt 8 § 1 st. URL anses ett verk offentliggjort när det *”lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten”*. Begreppet tillgängliggörande har här samma innebörd som enligt 2 §, vilket innebär att verket sprids, framförs eller visas offentligt. Att offentliggörandet skall ha skett lovligen innebär att det, med undantag av vissa specialsituationer som t.ex. att verket använts i rättsvårdens eller den allmänna säkerhetens intresse, måste ha skett med upphovsmannens samtycke.³³ Det tredje ledet i offentliggörandet är att det ska ha gjorts tillgängligt för allmänheten, vilket innebär att det ska ha lämnat den närmaste familje- och vänkretsen.³⁴

När ett verk skall betraktas som utgivet regleras i 8 § 2 st. URL, där det heter att verket anses utgivet när exemplar av det *”med upphovsmannens samtycke förts i handeln eller eljest blivit spridda till allmänheten”*. Till skillnad från offentliggörande krävs således för att ett verk skall anses utgivet att det skett en spridningsåtgärd. Någon annan form av tillgängliggörande är inte tillräckligt. Detta innebär således att utgivning är en av de former för offentliggörande som stipuleras i 8 § 1 st. Däremot är offentliggjorda verk inte alltid utgivna. En effekt av detta är att de regler som gäller för offentliggjorda verk även gäller för verk som kan anses utgivna, men inte tvärtom. Vad gäller spridningsförfarandet kan sägas att det inte finns något krav på att försäljning skall ha ägt rum, utan även gratisutdelning av exemplar medför utgivning. Precis som vid offentliggörande blir ett verk inte föremål för utgivning med mindre spridningen skett med upphovsmannens samtycke.³⁵

Det tål påpekas att offentliggörande och utgivning gäller för verket som helhet och således inte är kopplat till enskilda exemplar av detsamma. Detta innebär att om ett verk vid något tillfälle uppfyllt kriterierna det för alltid betraktas som offentliggjort eller utgivet oavsett i vilken form det kan tänkas manifesteras.³⁶

³² Olsson 1998, s.69.

³³ URL 26 b §, se även Olsson 1998, s. 69 f,

³⁴ Bernitz m.fl., s.50.

³⁵ Olsson 1998, s.70, Bernitz m.fl. s. 50.

³⁶ Bernitz m.fl., s.50.

2.6 Sanktioner vid intrång

Intrång i upphovsrättslig mening föreligger då någon utan tillstånd förfogar över ett verk på ett sätt som faller inom ramarna för upphovsmannens exklusiva rätt att, i såväl ekonomiskt som ideellt hänseende, kontrollera detsamma. Sanktionerna mot intrång är av både straffrättslig (böter eller fängelse) och civilrättslig (skadestånd) karaktär.

2.6.1 Straff

Straffansvar kan komma ifråga för intrång i såväl de ekonomiska som de ideella rättigheterna och påföljden är, enligt 53 § URL, böter eller fängelse i högst två år. Undantagna från straffrättsligt ansvar är kopiering av datorprogram för eget bruk samt framställning av exemplar i digital form av en sammanställning i digital form i samma syfte.

En förutsättning för straffrättslig påföljd är att uppsåt eller åtminstone grov oaktsamhet beträffande intrånget förelegat. Ansvar kan även ådömas för försök eller förberedelse till intrång enligt 23 kap Brottsbalken (BrB). Vad beträffar kretsen av straffrättsligt ansvariga bedöms även denna utifrån ”vanliga” straffrättsliga regler, och ansvar för medhjälp enligt 23 kap. 4 § BrB kan således aktualiseras även vid brott mot upphovsrättslagen för den som genom ”*råd eller dåd*” främjat gärningen.³⁷

2.6.2 Skadestånd

Skadestånd i anledning av intrång regleras i 54 § URL och kan utgå dels när någon obehörigen utnyttjat ett verk, dels när någon gjort intrång på annat sätt. Enligt första stycket 54 § har upphovsmannen alltid rätt till skälig ersättning för utnyttjandet även om detta skulle ha skett i god tro. Föreligger dessutom uppsåt eller oaktsamhet (av normalgraden) är rättighetsinnehavaren också berättigad till ersättning för ”*förlust, lidande eller annat förfång*”.³⁸ Vad gäller åtgärder som inte innebär utnyttjande av verket, som t.ex. intrång i de ideella rättigheterna, är uppsåt eller oaktsamhet alltid en förutsättning för skadestånd enligt 54 § 3 st.

2.7 De närstående rättigheterna

De närstående rättigheterna syftar till att skydda prestationer som, utan att vara litterära eller konstnärliga verk i sig, har ett nära samband med sådan

³⁷ Olsson 1996, s.354 f.

³⁸ Bernitz m.fl., s.92.

verksamhet och därför är i behov av skydd enligt liknande principer.³⁹ De som åtnjuter detta skydd är, enligt 5 kap URL, utövande konstnärer (45 §), framställare av ljud- eller bildupptagningar (46 §), Radio- och TV-företag (48 §), katalogframställare (49 §) samt framställare av fotografisk bild (49 a §). Skyddet för de närstående rättigheterna följer i stort samma principer som den egentliga upphovsrätten, vilket innebär att rättighetsinnehavarna har ensamrätt att bestämma över olika typer av utnyttjanden.⁴⁰ I vissa delar avviker dock skyddet från det som gäller för den ”rena” upphovsrätten och som exempel kan nämnas att utövande konstnärer och fonogramframställare, enligt 47 §, endast har en rätt till ersättning då deras verk framförs offentligt och således inte kan motsätta sig ett sådant utnyttjande. Sanktionsreglerna när väl intrång skett sammanfaller dock med dem som gäller för intrång i upphovsmännens rättigheter, 57 § URL.

2.8 Den internationella upphovsrätten

Det ligger i upphovsrättens natur att de kontrollrättigheter som tillerkänns upphovsmännen starkt skulle beskäras om de var föremål för strikt nationella begränsningar och upphovsrätten har därför sedan länge en starkt internationell prägel. Den grundläggande regleringen på området är Bernkonventionen (BK) för skydd av litterära och konstnärliga verk som tillkom redan 1886, vilken till stora delar ligger till grund för den svenska upphovsrättslagen (URL). Som huvudprincip skyddar URL endast verk skapade i Sverige eller av den som bor eller verkar här, enligt 61-62 §§ URL. Genom tillträdandet av BK och andra internationella konventioner har dock skapats ett gränsöverskridande skydd som i mångt och mycket gör dessa regler verkningslösa. Enligt BK skall, enligt principen om nationell behandling, utlänningar och deras verk åtnjuta samma skydd som tillerkänns svenska upphovsmän i URL. Från denna huvudregel finns vissa undantag där skyddet blir beroende av *materiell reciprocitet*, d.v.s. att skyddslandets regler endast gäller om det finns motsvarande regel i ursprungslandet.⁴¹

År 1952 tillkom världskonventionen om upphovsrätt (VK), som kan sägas vara en parallellkonvention till BK, dock med en lägre skyddsnivå.⁴² Anledningen till VKs tillkomst var att BK rymmer ett förbud mot krav på verksregistrering eller andra formaliteter som förutsättning för upphovsrättsligt skydd. Bernkonventionen stadgar således att verksskyddet uppkommer formlöst. För länder som USA, vilka före tillträdandet av BK 1988 uppställde krav på sådan registrering innebar VK ett sätt att ändå ingå en internationell överenskommelse och därmed skapa förutsättningar för ett upphovsrättsligt skydd för amerikanska verk utanför nationsgränserna.⁴³ Sverige är bundet av såväl BK som VK, men i relation till länder som

³⁹ SOU 1956:25, s.354.

⁴⁰ Olsson 1998, s.247 f.

⁴¹ Koktvedgaard, Levin, s.57 f.

⁴² Olsson 1998, s.278.

⁴³ Bernitz m.fl. s.28 ff.

antingen tillträtt BK, eller såväl BK som VK, gäller Bernkonventionen med sin högre skyddsnivå.⁴⁴ Bernkonventionen administreras av WIPO (World Intellectual Property Organization) till vars arbete vi återkommer nedan.

Inom ramen för världshandelsorganisationen (tidigare GATT) utformades det s.k. TRIPs-avtalet som trädde i kraft den förste januari 1996. TRIPs-avtalet tillkom framförallt p.g.a. USAs missnöje med det ineffektiva immaterialrättsliga skyddet i många utvecklingsländer och den omfattande hantering av piratkopierat material som detta gett upphov till, vilket inte ansågs möjligt att stävja inom ramarna för det arbete som WIPO utför.⁴⁵ Utan att gå alltför djupt in på TRIPs-avtalets relativt omfattande regleringar kan sägas att det i princip förekriver samma rättigheter och skyldigheter för de anslutna medlemsstaterna som BK. Detta innebär att WTO-länderna har att behandla upphovsrättsliga verk från länder anslutna till WTO enligt samma principer, med vissa undantag, alldeles oavsett om de inte skulle vara anslutna till BK.⁴⁶

WIPO har existerat i en eller annan form sedan 1884, då organisationen fick till uppdrag att övervaka Pariskonventionen, som omfattade 14 länder och vars syfte var att skapa ett internationellt skydd för patent, varumärken och industridesign. Idag är WIPO ett FN-anknutet organ, vars uppgift är att tillvarata immaterialrättsliga intressen på internationell nivå. Detta innefattar bl.a. administration av de internationella fördrag som ingåtts på området, t.ex. Bernkonventionen, samt att utarbeta nya förslag till harmonisering och förenkling av de immaterialrättsliga regleringarna. WIPO har idag 175 medverkande stater, vilket innebär att nästan 90 procent av världens länder är anslutna till organisationen.⁴⁷

Förutom Bernkonventionen administrerar WIPO även 1961 års Romkonvention om skydd för utövande konstnärer och radioföretag (RomK), som omfattar drygt 50 länder. I syfte att anpassa upphovsrätten till de krav som ställs i och med den nya digitala tekniken ingicks 1996 två nya avtal inom ramen för WIPOs arbete, nämligen WIPO Copyright Treaty (WCT), samt WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).⁴⁸

Även inom EU har immaterialrättsliga frågor alltmer hamnat på dagordningen på en rad områden som direkt relaterar till de nya förutsättningar för upphovsrätten som teknikutvecklingen har inneburit. Av de direktiv som trätt i kraft märks bl.a. 91/250/EEG om skydd för datorprogram, 92/100/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter m.m., 96/9/EG om upphovsrättsligt skydd av databaser, det s.k. databasdirektivet⁴⁹, samt direktiv 2000/31/EG om elektronisk handel. Det

⁴⁴ Olsson 1998, s.278.

⁴⁵ Bernitz m.fl., s.9.

⁴⁶ Olsson 1998, s.307 ff.

⁴⁷ General information about WIPO, under rubriken: "An organization for the future", <<http://www.wipo.org/about-wipo/en/gib.htm>>.

⁴⁸ Olsson 1998, s.202 och 301 f.

⁴⁹ Koktvedgaard/Levin, s.47 f.

sistnämnda behandlar bl.a. ansvarsfrågor i digitala nätverk. Under behandling av parlamentet i skrivande stund är även ett förslag till direktiv från kommissionen gällande anpassning av upphovsrätten till den nya tekniken.⁵⁰ Framförallt behandlas frågor om exemplarframställning och tillgängliggörande i en digital miljö och förslaget förväntas antas någon gång under våren 2001.⁵¹

⁵⁰ KOM (99) 250 slutlig.

⁵¹ Telefonuppgift från Christine Lager, upphovsrättsansvarig, Immaterialrättsenheten, Justitiedepartementet (2001-01-09)

3 Internet och länkarna - tekniken

3.1 Internet och World Wide Web

Internet är i all enkelhet en mängd datanätverk som kopplats samman till en helhet och kommunicerar och förmedlar trafik åt varandra genom att utnyttja vissa gemensamma standarder. Idéen föddes ur det amerikanska försvarsdepartementets behov av ett system för kommunikation som var tillräckligt flexibelt att kunna stå emot en kärnvapenattack och andra katastrofer av liknande dimensioner.⁵² Av denna anledning utvecklades i samarbete med ett antal amerikanska universitet det s.k. ARPAnet⁵³, som var embryot till det vi idag känner som Internet. Kommunikationen bygger på s.k. *packet switching*, vilket innebär att informationen som sänds mellan datorerna i nätverket delas upp i mindre ”paket”, där varje paket kan nå destinationen på olika vägar för att på så sätt hindra att kommunikationen bromsas upp av svagheter i telenätet. Datorerna kopplade till ARPAnet kommunicerade med varandra genom ett särskilt språk eller protokoll, vilket till en början innebar att kommunikation endast kunde ske mellan nätverk som särskilt anpassats efter protokollet. Behovet av ett mer flexibelt protokoll ledde fram till skapandet av TCP/IP⁵⁴ 1983 och därmed hade Internet sett dagens ljus.⁵⁵ Det skulle dock dröja ytterligare cirka ett årtionde innan något mer utbrett användande kom till stånd.

En av de största anledningarna till den explosionsartade utvecklingen av Internet som skett sedan mitten av 1990-talet är tillkomsten av World Wide Web (WWW eller ”webben”). Tidigare hade utnyttjandet av Internet förutsatt ett gediget datakunnande och kunskaper om de kommandospråk som gällde. Webben möjliggjorde dock för ”vanliga” människor att med hjälp av en särskild webbläsare (*browser*), såsom t.ex. Internet Explorer eller Netscape, enkelt förflytta sig mellan olika adresser på nätet. Webben innebar vidare att ljud och bild introducerades på Internet, vilket gav förutsättningar för ett mer kommersiellt gångbart medium.⁵⁶

En av de bärande tankarna bakom webben var att man på ett enkelt sätt skulle kunna referera till andra dokument var helst på nätverket de befann sig och att användaren därigenom lättare skulle kunna finna information.⁵⁷

⁵² Seipel, Juridik och IT – Introduktion till rättsinformatiken, sjätte upplagan, Stockholm 1997, s. 46.

⁵³ Advanced Research Project Agency

⁵⁴ Transmission Control Protocol/Internet Protocol

⁵⁵ Rindforth, *Ens@mrätt .på.internet?*, 1998, s.76.

⁵⁶ Seipel, s.46 ff.

⁵⁷ Mühlen, *Vad är World Wide Web?*, <<http://internet.physto.se/www/wwwinfo.html>>.

Detta möjliggjordes genom att alla dokument på webben skrevs i den nya standarden HTML, HyperText Markup Language, som kan sägas vara den kod, eller språk, som en webbsida är uppbyggd av och som anger för webbläsaren (browseren) vad som skall visas på skärmen. En central funktion i HTML är användandet av s.k. hypertext, vilket innebär att vissa ord är ”heta” i den mening att de är markerade på ett eller annat sätt. Markeringen kan ske genom understrykning av ordet eller att det tilldelas en särskild färg.⁵⁸ Genom det för webben specifika protokollet HTTP, HyperText Transfer Protocol, som står för själva överföringen av HTML-dokument mellan datorer på Internet, möjliggörs dels att läsaren genom att klicka på dessa heta länkar kan förflytta sig från ett dokument till ett annat, dels att material kan hämtas till det aktuella dokumentet från andra platser i nätverket.⁵⁹

3.2 Internet-länkar

Länkar kan sägas utgöra själva grundstrukturen för Internet eller mer precist World Wide Web. Länkarna är en förutsättning för en sammanhängande struktur och för det som i dagligt tal brukar benämnas ”surfa”.⁶⁰ Då Internet var nytt och det till största delen bestod en liten tekniskt intresserad grupp människor, som skapade icke-kommersiella webbsidor, utgjorde länkningen inga problem. Det var snarast fråga om en subkultur som byggde på en känsla av gemenskap och ju fler som länkade till ens hemsida desto bättre, då detta innebar fler besökare. Fri länkning var, och är i stor utsträckning fortfarande, en del av Internetkulturen. I takt med kommersialiseringen av Internet har dock länkar visats utgöra ett stort problem och då bl.a. ur upphovsrättslig synvinkel.

Det finns ett antal olika länktyper. Vad värre är, är att terminologin kring dessa på intet sätt är enhetlig och olika författare har olika benämningar på samma typ av länk och tvärtom, d.v.s. samma benämning för olika typer av länkar.⁶¹ Det finns dock i princip tre typer av länkar, nämligen Hyper Text Reference (HREF) länkar, inline- (eller image-) länkar samt frame-länkar. De bägge senare typerna används typiskt sett för att inkorporera material, text och bild, från främmande webbsidor med den egna siten. Hypertextlänkar däremot utmärkes främst på så sätt att användaren aktivt, genom att klicka på länken, förflyttas till antingen en annan del av samma site eller till en helt annan site.

⁵⁸ Rindforth, s.88.

⁵⁹ Carlén- Wendels, Nätjuridik – Lag och rätt på Internet, andra upplagan, Stockholm 1998, s.150.

⁶⁰ Carlén- Wendels 1998, s.147

⁶¹ se t.ex. Lindberg/Westman som använder begreppet ”förflyttande länkar” som benämning på den typ av länkar som inkorporerar material från andra webbsidor till den aktuella sidan, medan Carlén-Wendels använder samma begrepp om länkar som förflyttar användaren från en webbsida till en annan.

Carlén-Wendels 1998 , s. 150, och Lindberg/Westman, s. 203.

I länksammanhang brukar även s.k. meta-tags ibland nämnas. Meta-tags är en slags hänvisningar till den egna sidan som inte är synliga för betraktaren, utan istället ligger inskrivna i HTML-koden. Syftet med meta-tags är att generera så många träffar som möjligt i de olika sökmotorer för information som finns på webben. Genom att skriva in en mängd uttryck som meta-tags kan man försäkra sig om många träffar och därmed besökare till sin hemsida.⁶² Användandet av meta tags kan ge upphov till rättsliga frågor i så måtto att man genom att använda t.ex. konkurrenters firmanamn etc. som referenser kan locka till sig besökare till sin webbsida. Det är dock författarens uppfattning att användandet av meta-tags främst aktualiserar frågor som kan hänföras till otillbörlig marknadsföring genom s.k. renommésnyltning eller till känneteckensrätten och inte är av upphovsrättslig karaktär. Meta-tags kommer därför inte att behandlas i den fortsatta framställningen.

3.2.1 Hypertextlänkar

När vi konfronteras med begreppet Internet-länkar är det nog primärt hypertextlänkar vi tänker på. Den fullständiga beteckningen är Hypertext Reference (HREF) länkar och de betecknas på svenska även ofta som "hänvisande" länkar.⁶³ Det är grundläggande för den här typen av länkar att de förflyttar användaren från den aktuella webbsidan. Ofta handlar det om en förflyttning inom en och samma *webbplats*, där materialet i allmänhet ligger lagrat på samma server. Lika ofta är det dock frågan om en förflyttning till en helt annan plats på webben.

Som tidigare påpekats är webbsidor skrivna i ett särskilt språk, nämligen HTML. Koden till en hemsida består av ett antal olika kommandon, s.k. "tags", av vilka länkar är en speciell form.⁶⁴ Varje dokument som finns tillgängligt på webben har en egen URL, vilket står för Universal Resource Locator och är dokumentets adress. Lunds universitet har t.ex. webbadressen (URL) <<http://www.lu.se>>. För att på sin hemsida skapa en klickbar länk som kan förflytta användaren till universitetets webbsida anger länkläggaren adressen föregått av prefixet för hypertextlänk i den för webbsidan underliggande HTML-koden.

I HTML-koden skulle en hypertextlänk till universitetets hemsida således se ut enligt följande: <[a href=http://www.lu.se](http://www.lu.se)>. Betraktaren av en hemsida möter dock inte länken i denna form. Länkläggaren bestämmer nämligen i HTML-koden vad som skall representera länken, d.v.s. hur den skall framstå på skärmen. Ofta anges länken endast med en klickbar textremsa som antingen består av URLen eller någon annan text som anger vart länken leder. Det förekommer dock även att länken representeras av en bild som

⁶² Rindforth, s.189.

⁶³ se t.ex. Lindberg/Westman, s.203.

⁶⁴ Rindforth, s.188.

förhoppningsvis har någon anknytning till det webbdokument till vilket länken leder.⁶⁵

Den mest grundläggande, och för den här framställningen utan tvivel viktigaste, egenskapen hos en hypertextlänk är, som påpekats, att den förflyttar användaren från det aktuella webbdokumentet. I och med att användaren klickar på länken laddas informationen från måldokumentet ner till hans dator och i webbläsarens adressfönster visas den ”nya” URLen. Därmed har också kontakten med den ursprungliga webbplatsen upphört.⁶⁶ Hypertextlänkar brukar därför ofta jämföras med referenser i en bok eller dyl.⁶⁷ Vad länkläggaren erbjuder är ju nämligen i stort just detta: en hänvisning till var det relevanta materialet kan hittas. Med hjälp av den nya tekniken erbjuds dock utöver den rena hänvisningen även en *transportväg* till materialet.

3.2.1.1 “*Djupa*” länkar

I länkdebatten har ofta de s.k. ”*djupa*” länkarna varit i fokus. Det var inte minst fallet i den uppmärksammade Mp3-omen, till vilket vi kommer att återkomma många gånger i den fortsatta framställningen. Med begreppet *djupa* länkar förstås sådana som inte hänvisar till en webbplats ingångssida, utan förflyttar användaren direkt till något av de dokument som ligger ”under” denna sida. Med användande av samma exempel som i föregående avsnitt skulle länken `` vara ett exempel på en vanlig, eller ”ytlig”, hypertextlänk. Däremot skulle länken, ``, vilken leder till en ”underliggande” sida, som behandlar forskning inom universitetet och ligger på samma webbplats betecknas som ”*djup*”. Länken kan även leda till annat material än webbsidor som i Mp3-fallet där länkarna ledde till just Mp3-filer. Att den här typen av länkning hamnat i fokus beror till stora delar på att många webbplatser finansieras med reklam, som ofta visas just på platsens ingångssida. Att länka direkt till underliggande sidor innebär därför att många användare aldrig kommer i kontakt med denna reklam. Att detta kan utgöra ett problem i vissa hänseenden är uppenbart, men från ett upphovsrättsligt perspektiv kan man med fog ifrågasätta värdet av att skilja mellan *ytliga* och *djupa* länkar, vilket vi kommer att återkomma till under avsnitt 4.4.4.

3.2.2 Inline-länkar

HTML-koden tillåter endast text, vilket innebär att alla former av grafik på en webbsida måste hämtas in ”utifrån”. Detta sker genom användandet av inline-länkar, som även benämns image-länkar.⁶⁸ Precis som vid skapandet

⁶⁵ Rindforth, s.188.

⁶⁶ Rindforth, s.188.

⁶⁷ se t.ex. Lindberg/Westman, s.203.

⁶⁸ Rindforth, s.188.

av hypertextlänkar används dokumentets, t.ex. bildens, adress för att ange varifrån webbläsaren skall inhämta materialet. I HTML-koden anges ``. De bilder som inline-länken integrerar med webbsidan kan ligga på samma server som webbsidan i sin helhet, men det är också vanligt att bilder från helt andra platser på webben används. Genom att alla dokument, d.v.s. även bilder, som finns tillgängliga på webben har sin egen URL är det mycket enkelt att infoga bilder på detta sätt. Länkläggaren kan således leta på webben tills han finner en bild som tilltalar honom och sedan, genom att i HTML-koden ange bildens URL i en `IMG SRC`-tagg, integrera bilden i sin egen hemsida.

Utmärkande för inline-länkarna är att de till skillnad från hypertextlänkar visar målinnehållet automatiskt, d.v.s. utan att användaren måste klicka på någon länk. För användaren är det ingen skillnad om det genom inline-länkning infogade dokumentet ligger på samma server som HTML-koden eller hämtas från en helt annan plats. Det kommer i alla fall att framstå som en integrerad del av webbsidan. I webbläsarens adressfält anges under hela processen URLen till den aktuella sidan, och den ”vanlige” Internet-användaren reflekterar nog i allmänhet inte över att bilden skulle kunna komma någon annanstans ifrån.⁷⁰

3.2.3 Frame-länkar

”Frame”-tekniken kan sägas vara ett mellanting av hänvisande (hypertext) länkar och inline-länkar i det hänseendet att den visar upp karakteristika, som är typiska för båda dessa länktyper. Frame-tekniken ger möjlighet för länkläggaren att genom speciella HTML-kommandon dela in sin webbsida i ett antal olika fält omgärdade av synliga eller osynliga *ramar*.⁷¹ Dessa fält kan sedan fungera oberoende av varandra för att integrera flera webbsidor i en. Typfallet av användandet av frames är att en del av skärmen reserveras för en meny. I denna meny ligger sedan länkar till dokument som kan vara situerade på såväl den egna webbplatsen som var som helst på webben. I menyn brukar även finnas reklam för såväl den länkande webbplatsen, t.ex. i form av en logotyp, som andra annonsörer. När användaren klickar på någon av länkarna kopplas han tillfälligt upp mot den server där måldokumentet ligger till dess att materialet hämtats hem till hans dator. Även om det visade måldokumentet ligger på en annan webbplats förflyttas användaren inte dit, i så måtto att URLen som visas i adressfältet fortfarande är densamma samt att menyn ligger kvar på skärmen. På detta sätt kan inte bara bilder utan i princip hela webbplatser integreras, samtidigt som användaren ges illusionen att han hela tiden befinner sig på samma webbplats, vilket han ur praktiskt synpunkt också gör. Liksom i fallet med s.k. djuplänkning bygger mycket av motståndet mot frame-tekniken på de effekter den kan ha på reklamintäkter via annonsering. Dels möjliggör den,

⁶⁹ Image Source

⁷⁰ Carlén-Wendels, s.149 ff.

⁷¹ Carlén-Wendels, s.151.

som påtalats, att reklam innehållet tillhörande den länkande siten ligger kvar även när innehåll från andra platser visas, dels kan effekten bli att material, bestående av t.ex. reklam, på målsiten "skymms" eller får mindre utrymme än åsyftats.⁷²

I likhet med inline-länkar integrerar således frame-tekniken främmande material med den aktuella webbsidan. Detta sker dock inte per automatik utan genom att användaren klickar sig vidare med hjälp av den *statiska* menyn. Tekniken tillåter att hela eller delar av en främmande webbplats integreras, samtidigt som reklam och rubriker hänförliga till ursprungssidan ligger kvar i fönstret. Att URLen förblir densamma under hela processen gör att användaren i regel inte märker att material kommer utifrån. En annan effekt är att användaren inte kan lägga ett "bokmärke" till det integrerade materialet, eftersom detta kommer referera till den länkande webbsidan.⁷³ Även om frame-länkar och inline-länkar uppvisar vissa skillnader i strukturen är dock författarens uppfattning att de aktualiserar samma frågeställningar ur ett upphovsrättsligt perspektiv, varför de blir föremål för gemensam behandling i kapitel 5.

⁷² Tucker, Information Superhighway Robbery: The Tortious Misuse of Links, Frames, Metatags and Domain Names, Virginia Journal of Law and Technology, nr 4 1999, <<http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol4/v4i2a8-tucker.html>>, under avsnitt II B.

⁷³ Lundqvist, Fråga först – länka sen, Publicerad i Brand News nr 9 1997, <<http://www.mawa.se/swe/artiklar/04.html>>, under rubriken "olika typer av länkar".

4 Hypertext- eller hänvisande länkar

4.1 Inledning

Som konstaterats i avsnitt 3.2.1 är hypertextlänkar beteckningen på den typ av länkar som *förflyttar* användaren från ett dokument till ett annat på Internet och därigenom binder ihop det till vad som kan betraktas som ett *nät*, vilket också återspeglas i beteckningen World Wide Web. Av denna anledning är det nog svårt för de flesta att se att användandet av denna länktyp skulle kunna innebära ett upphovsrättsligt förfogande i en eller annan form. I doktrinen har också, åtminstone fram till Högsta Domstolens dom i Mp3-fallet, den förhärskande uppfattningen varit att hypertextlänkning närmast är att jämföra med en ren hänvisning som t.ex. en referens i en bok och därmed inte kränker upphovsmannens rättigheter.⁷⁴ Det bör här påminnas om att detta givetvis förutsätter att hypertextlänken refererar till material som länkläggaren inte förfogar över på sitt eget serverutrymme.

Någon större flora av praxis att dra slutsatser från vad beträffar hypertextlänkning finns inte. Mp3-domen är unik inte bara i Sverige utan också i världen i så måtto att det är första gången en prejudikatskapande instans tagit ställning till frågan om länkarnas upphovsrättsliga status.⁷⁵ Framställningen i innevarande kapitel kommer därför att i stor utsträckning utgå från de slutsatser som kan dras i anledning av denna dom, samt de vidare frågeställningar denna ger upphov till.

Inledningsvis redogörs i detta kapitel kort för tre rättsfall, vilka belyser de olika frågeställningar som kan uppkomma som ett resultat av användandet av hänvisande länkar. Härfter behandlas, i avsnitt 4.3, i vad mån en länkläggare kan anses medverka till den exemplarframställning som sker hos användarna. I nästföljande avsnitt diskuteras tillgängliggörandebegreppet i relation till användandet av länkar utifrån de slutsatser som kan dras av Mp3-avgörandet. I innevarande kapitel diskuteras även, i avsnitt 4.5, frågan om det finns anledning att införa ansvarsbegränsningar för dem som tillhandahåller hypertextlänkar. Slutligen behandlas också frågan huruvida de särskilda bestämmelserna i 49 § URL gällande databaser kan innebära begränsningar i rätten att länka.

⁷⁴ Se t.ex. Lindberg/Westman, s.203.

⁷⁵ Nordell, Det s.k. MP3-avgörandet, JT, 2000/01 s.166, s. 172.

4.2 Rättsfall

Internationell praxis på länkområdet är som nyss nämnts relativt begränsad. Inte minst beror detta på att parterna i många av de tvister som trots allt gett upphov till rättsliga initiativ har förlikats innan dom fallit i målet. Under det senaste året har dock ett antal fall åtminstone delvis prövats av domstolar och då framförallt i USA, men även i Tyskland⁷⁶ Värde av dessa är givetvis begränsat ur ett svenskt perspektiv, men de kan ändå tjäna som underlag för en diskussion om dels vilka upphovsrättsliga problem som kan uppstå genom hypertextlänkning, dels hur man på bästa sätt skall skydda uphovsmännens rättigheter utan att kväva den enorma potential som finns inneboende i användandet av länkar på Internet. Framförallt aktualiserar de på ett illustrativt sätt de olika frågeställningarna kring länkning. De tre rättsfall som i det följande kommer att redogöras närmare för är dels självfallet den svenska Mp3-domen, dels två amerikanska fall, där det ena aktualiserar frågan om medverkan till exemplarframställning och det andra frågan om djuplänkning och utnyttjande av större delar av andras webbplatser.

*Mp3-avgörandet*⁷⁷

Prövningen gällde straffrättsligt ansvar för en 17-åring som, genom ”djupa” hypertextlänkar, på sin hemsida länkat till ett stort antal, flera hundra, Mp3-filer⁷⁸. Ljudfilerna var kopierade från i och för sig lovligen utgivna CD-skivor, men vare sig kopieringen till Mp3-format eller tillgängliggörandet på Internet hade skett med rättighetsinnehavarnas medgivande.⁷⁹ När målet nådde till HD återstod endast elva av de ursprungliga 53 skivbolagen som målsägande. Inte heller riksåklagaren eller skivbolagens intresseorganisation IFPI fullföljde talan. Detta innebar bl.a. att endast intrång i de skivbolagen tillhöriga rättigheterna, d.v.s. fonogramframställares rätt enligt 46 § URL, kunde prövas, då målsägandena saknade talerätt i fråga om intrång i uphovsmännens rättigheter. Efter HDs tolkning av gärningsbeskrivningen kom även frågan om medverkan till olaglig exemplarframställning att exkluderas från prövningen. Tolkningen har också kritiserats såsom varandes alltför snäv.⁸⁰ Högsta domstolens prövning kom trots allt att

⁷⁶ Se ”The Link Controversy Page”, <<http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/lcp.html>>. I Tyskland gäller dock sedan 1997 ett antal s.k. multimedialagar, som gör att det är vanskligt att dra några slutsatser för svensk del, se Bettinger/Freytag, Civil Law Responsibility for Links, IIC 1999 s.883., s.885 ff.

⁷⁷ NJA 2000 s.292.

⁷⁸ MP3 står för Mpeg audio layer 3 och är ett filformat till vilket musik från t.ex. CD-skivor komprimeras för att anpassas till en storlek som är hanterbar i Internetmiljön, utan att ljudkvaliteten märkbart försämras. MP3-formatet kan, med tanke på den utbredning det fått, sägas vara standard för ljud på nätet. Se Olsberg/Müller, Internetworlds Musikguide – för surfare det svänger om, bilaga till Internetworld nr 10/2000, s. 9 ff.

⁷⁹ Rosén, Ansvar för utnyttjanden av skyddade prestationer i nätverk, SvJT 2000 s. 805, s. 813.

⁸⁰ Se t.ex. Rosén som anser att lydelsen av gärningsbeskrivningen som alternativ grund omfattade medverkan till exemplarframställning, Rosén, s.816.

begränsas till frågan huruvida länkingsförfarandet kunde anses utgöra ett upphovsrättsligt tillgängliggörande eller medverkan till detsamma.

HD konstaterade att Länkningen innebar att användarna vid ett aktiverande ”omedelbart förflyttats till en musikfil och att filen därmed blivit tillgänglig för överföring till besökarens egen dator. Tommy O har således inte i något fall själv framställt exemplar eller självständigt eller gemensamt med annan förfogat över exemplar av de musikverk som på detta sätt med utnyttjande av hans hemsida har kunnat åtkommas genom överföring via Internet. Det i målet aktuella tillgängliggörandet av musikfilerna är därför att bedöma som offentligt framförande...”. (De andra två tillgängliggörande formerna spridning och visning var av olika skäl, till vilka vi återkommer, inte möjliga att applicera på förfogandet.) Något mer utförligt resonemang beträffande varför länkningen var att se som ett tillgängliggörande överhuvudtaget ges inte i domen och man får snarast intrycket att HD utgått ifrån att så var fallet. Eftersom det var fråga om straffrättsligt ansvar och framföranderätten är inskränkt för fonogramproducenter enligt 47 §, såtillvida att de endast har en rätt till ersättning vid sådant utnyttjande, kunde något ansvar ändå inte utdömas. Inför HDs prövning var förväntningarna på ett klargörande vad beträffar länkarnas upphovsrättsliga status höga. I efterhand kan dock konstateras att domen gav upphov till lika många frågor som svar. Detta beror dels på de av HD snävt uppställda ramarna för prövningen, dels på den minst sagt knapphändiga argumentationen kring varför länkningen var att anse som offentligt framförande samt hur detta synsätt påverkar bedömningen av andra, och mer *legitima*, länkningssituationer på Internet.

*Intellectual Reserve, Inc v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*⁸¹

Fallet gällde ett till den mormonska kyrkan f.d. hörande par, som på sin hemsida, i kritiskt syfte publicerat upphovsrättsligt skyddat material tillhörande församlingen. Efter att av domstol ålagts att ta bort materialet publicerade webbsid innehavarna istället webbadresser till andra sidor, där samma material fanns tillgängligt.⁸² Med andra ord var det här egentligen inte fråga om hypertextlänkar, men det är inte svårt att dra slutsatsen att om endast publicerandet av en webbadress kan medföra att intrång kan anses ha skett vad beträffar det material som görs tillgängligt på målsidan, detsamma måste gälla även för hypertextlänkning.

Domstolen konstaterade att något omedelbart ansvar för intrång inte kunde komma ifråga, sedan svaranden tagit bort det aktuella materialet från sin hemsida. Däremot ansåg domstolen fakta i målet tala för att de ansvariga för webbsidan kunde anses ha medverkat till den exemplarframställning som skett hos användarna när materialet lagrades i RAM-minnet på deras datorer. Resultatet blev därför att domstolen i ett interimistiskt beslut

⁸¹ 75 F.Supp 2d. 1290 (D.Utah 1999)

⁸² Halvorson, How to start an urban legend: the reporting of IRI, inc v. ULM inc, 2000-03-15, <<http://www.llrx.com/features/urban.html>>.

beordrade webbplatsinnehavarna att ta bort alla adresser ledande till webbplatser inom vilka material som innebar intrång i svarandens upphovsrätt fanns tillgängliga. Som så många andra tvister rörande länkning förliktes parterna innan målet kom upp till fullständig prövning. Förlikningen följde i stort de villkor som ställts upp i det interimistiska beslutet.⁸³

Det kan tyckas att om svarandena tillåtit publicera adresserna, eller hypertextlänkar, detta hade varit ett alltför enkelt sätt att kringgå det förbud som uppställts vad beträffar den första åtgärden, d.v.s. tillgängliggörandet av materialet på svarandenas egna hemsida.⁸⁴ Med tanke på detta, och att svarandena förutom att publicera adresserna uppmanat besökare att ladda ner materialet, är det klokt att inte dra alltför långtgående slutsatser vad beträffar amerikansk upphovsrätt och dess effekt för länkning i allmänhet. Självfallet gäller detta i än högre för det svenska perspektivet. Med detta i minnet ger fallet ändå upphov till intressanta frågeställningar och då inte minst vad beträffar intrång från användarnas sida och det eventuella ansvar som därvid kan uppstå för länkläggaren.⁸⁵ Detta kommer att diskuteras nedan under 4.3.1.

*Ticketmaster, Corp v. Tickets.com, Inc*⁸⁶

Till skillnad från de två fall som redogjorts för i det föregående gäller tvisten mellan Ticketmaster och Tickets.com, som fortfarande pågår, hypertextlänkning till material som *tillhör* Ticketmaster och som därför lovligt tillgängliggjorts på Internet. Ticketmaster är ett webbaserat företag som erbjuder information om, och biljettförsäljning till, olika evenemang, antingen genom att själva sälja biljetterna eller hänvisa Internetkunderna vidare till andra med vilka Ticketmaster ingått avtal. Tickets.com driver en konkurrerande och liknande webbplats med den skillnaden att de inte själva erbjuder någon information eller biljettförsäljning, utan genom ”djup”-länkning till andra webbplatser, som t.ex. Ticketmaster, hänvisar kunderna vidare. Ticketmaster hävdade bl.a. att Tickets.com gjort intrång i deras upphovsrätt genom att dels djup-länka och därigenom kringgå Ticketmasters ingångssida med reklam, dels på sin egen hemsida använda sig av material kopierat från Ticketmasters webbplats.⁸⁷

I ett beslut av den 27 mars 2000 konstaterade domstolen att hypertextlänkar inte innebär ett intrång i upphovsrätten, eftersom de inte resulterar i någon

⁸³ Förlikningsavtalet finns att tillgå på:

<<http://www.utlm.org/underthecoveroflight/signedsettlementandthankyou.htm>>.

⁸⁴ Se Halvorson, under rubriken ”Oversimplified Analogies”.

⁸⁵ Ett liknande fall har avgjorts av holländsk domstol med samma resultat. Mål nr 96/1048, The District Court of The Hague, 1999-06-09, tillgänglig i engelsk version på <<http://www.xs4all.nl/~kspaink/cos/verd2eng.html>>.

⁸⁶ 54 U.S.P.Q.2d 1344 (C.D. CAL 2000), tillgängligt på <<http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html>>.

⁸⁷ Smith Kubiszyn, Emerging Legal Guidance on ”deep linking”, Gigalaw.com, maj 2000, <<http://www.gigalaw.com/articles/kubiszyn-2000-05-p1.html>>, s. 4.

kopiering av materialet. Kunderna hänvisas istället automatiskt och direkt till den ”äkta” webbsidan genom att klicka på länken. Av detta drog domstolen följande slutsats: ”*This is analogous to using a library’s card index to get reference to particular items, albeit faster and more efficiently.*” Vad beträffade materialet som hämtats till Tickets.com från Ticketmasters hemsida konstaterade domstolen att det rörde sig om rena fakta och inte kunde vara föremål för något upphovsrättsligt skydd överhuvudtaget.

Som påpekats har tvisten inte fått sin slutgiltiga lösning, men domstolens uttalanden har ändå av många tagits till intäkt för att djuplänkning till lovligen tillgängliggjort material inte kan betraktas som olagligt, åtminstone inte från ett upphovsrättsligt perspektiv.⁸⁸ I avsnitt 4.6 diskuteras huruvida en annan bedömning varit möjlig utifrån ett europeiskt perspektiv med hänsyn till de speciella regler som gäller för databaser. Från ett svenskt perspektiv kan uppmärksammas att den amerikanska länkdebatten nästan uteslutande fokuserar på exemplarframställningsrätten och att frågor om tillgängliggörande, som i Mp3-fallet, överhuvudtaget inte prövats i de fall som redogjorts för, trots att upphovsmannen har ett skydd mot sådana förfoganden även enligt amerikansk rätt.⁸⁹

4.3 Exemplarframställning

Exemplarframställningsrätten innebär som bekant att upphovsmannen har en ensamrätt att fixera sitt verk på ett underlag som möjliggör för andra att ta del av det. Frågan är då i vilka situationer länkning kan resultera i att ett exemplar av verket framställs. Traditionellt har det inte vållat några större besvärligheter att bestämma vad som är att se som ett exemplar i upphovsrättslig mening. Framställning av s.k. *beständiga* medier som tidningar, kassetter, böcker etc. utgör självklara exemplar av verket.⁹⁰ Utmärkande för dessa medier är att verket är knutet till ett särskilt fysiskt objekt. Vilken teknik som används är dock, enligt 2 § 1 st. URL, oväsentligt och 2 § 2 st. ger vid handen att även ett förfarande som innebär att verket förs över på anordning från vilket det kan återges är att se som exemplarframställning. Med denna utgångspunkt är det tveklöst så att den som laddar ner och sparar ett verk på t.ex. sin hårddisk eller en diskett, s.k. ”*downloading*”, framställer ett exemplar. Lika säkert är att den som genom ”*upload*”, d.v.s. att verket lagras på en server kopplad till ett nätverk, förfogar över verket gör sig skyldig till samma typ av intrång.⁹¹

Som redogjorts för, i avsnitt 3.2.1, fungerar hypertextlänkarna så att länkläggaren på sin webbplats i en klickbar länk skapar en färdväg till måldokumentet genom att i HTML-koden ange dokumentets URL. När användaren aktiverar den, tar dennes webbläsare kontakt med den adress

⁸⁸ Smith Kubiszyn, s.5.

⁸⁹ United States Copyright Act, (17 U.S.C.A.) 106 §.

⁹⁰ Koktvedgaard/Levin, s.112 f.

⁹¹ Lindberg/Westman, s.196 f.

som hypertextlänken anger som måldokumentet. Kontakten med länkläggarens webbplats har därmed brutits. Något exemplar framställs således inte på länkläggarens webbplats, eller mer exakt det serverutrymme han förfogar över, vare sig när länken skapas eller då den utnyttjas av användaren. De relevanta exemplaren finns istället dels hos uppladdaren av måldokumentet, dels hos de användare som valt att klicka på länken. Något omedelbart ansvar för exemplarframställning för den som skapar en hypertextlänk är därmed uteslutet och HD konstaterade också i Mp3-fallet att den åtalade ”... *inte i något fall själv framställt exemplar eller självständigt eller gemensamt med annan förfogat över exemplar...*”.⁹² Frågan blir därför om länkläggaren kan anses ha medverkat till de exemplar, som uppstår hos övriga inblandade i kedjan.

4.3.1 Medverkansansvar

Vad först gäller de exemplar som konstitueras av måldokumentet får man ägna sig åt inte så lite kreativt tänkande för att kunna påföra länkläggaren ett medverkansansvar för dessa. Exemplarframställningen sker i det ögonblick som dokumentet fixeras på servern. Hur regelstridigt detta förfarande än vara månne, sker det innan länken läggs. Länkar kan således endast läggas till redan existerande dokument, och länken påverkar inte den exemplarframställning som redan skett i vare sig positiv eller negativ riktning. Återstår således de exemplar som framställs hos dem som nyttjar länken.

I *Intellectual Reserve, Inc v. Utah Lighthouse Ministry, Inc* ansåg domstolen att mycket talade för att länkläggaren kunde anses ha medverkat till framställningen av de exemplar som uppkommit i användarnas RAM-minne, enligt principen om ”*contributory infringement*”.⁹³ Ansvar föreligger, enligt domen, när någon ”...*with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another*”.

Enligt svensk rätt gäller, vilket påpekats i avsnitt 2.6.1, brottsbalkens regler, i 23 kap 4 §, om medverkansansvar även vid brott mot upphovsrättslagen.⁹⁴ Enligt bestämmelsen skall ansvar ådömas inte bara den som utfört gärningen utan också den som främjat densamma genom råd eller dåd. Den som förmått annan till att utföra handlingen döms för anstiftan, medan ansvar för medhjälp träffar den som på annat sätt främjat gärningen. En förutsättning för att medverkansansvar skall kunna aktualiseras är således dels att ett intrång som kan föranleda straffansvar föreligger, dels att uppsåt eller grov oaktsamhet från den medverkandes sida kan konstateras.⁹⁵

⁹² En annan sak är att det givetvis inte är tillåtet att använda t.ex. en skyddad bild för att *indikera* länken. Ett sådant förfarande innebär självklart en exemplarframställning om bilden sparas på en länkläggarens tillhörig server.

⁹³ RAM står för Random Access Memory.

⁹⁴ Se även prop. 1981/82:152, s.13.

⁹⁵ Olsson 1996, s.354 f.

Ett första konstaterande som måste göras är således i vilken utsträckning det verkligen framställs ett exemplar hos användaren och om, eller när, så är fallet huruvida dessa exemplar utgör ett sådant straffbart intrång för vilket medverkansansvar för länkläggaren kan aktualiseras. Att ett exemplar framställs när ett verk laddas ner från Internet och sparas på användarens hårddisk, en diskett eller liknande har redan fastslagits. Vissa typer av filer förutsätter en dylik nedladdning för att användaren överhuvudtaget skall kunna tillgodogöra sig dem. Så är fallet för t.ex. många ljudfiler, som Mp3-filer, samt många av de filformat som används för rörliga bilder. Vid ”vanlig” surfning över webbsidor blir dock den här typen av beständig lagring inte aktuell, såvida man inte aktivt väljer att spara ett dokument. Istället skapas mer eller mindre tillfälliga kopior av de dokument, i form av bild, text etc., som visas i webbläsaren.

4.3.1.1 Tillfälliga kopior

I den process som sker vid surfning, *browsing*, på Internet framställs i användarens dator olika former av tillfälliga kopior. Att så sker är en följd av den teknik som används och en förutsättning för att webbläsningen skall fungera på ett tillfredsställande sätt. För att en bild eller text skall kunna visas för användaren lagras materialet i datorns RAM- eller arbetsminne. Rent praktiskt går det till så att den digitala informationen tas emot av användarens dator, som sparar detta i RAM-minnet och därefter omvandlar den till den form som visas på skärmen. När man betraktar en webbsida är det alltså inte ett exemplar, som ligger på den server man är ansluten till, man beskådar, utan ett tillfälligt exemplar framställt av webbläsaren i den egna datorn. RAM-kopiorna är tillfälliga i den meningen att informationen i arbetsminnet försvinner när datorn stängs av.⁹⁶

Som framgick av det tidigare refererade amerikanska fallet ansågs de kopior som skapas i datorns RAM-minne omfattas av upphovsmannens exemplarframställningsrätt. Denna princip slogs i amerikansk rätt för övrigt fast redan 1993 i beslutet *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.*,⁹⁷ där lagring av ett datorprogram i datorns RAM-minne bedömdes innebära ett intrång i upphovsmannens ensamrätt, eftersom den utförts av annan än licensinnehavaren, nämligen ett serviceföretag.⁹⁸

Huruvida tillfälliga kopior innebär exemplar i den svenska upphovsrättslagens mening är höljt i ett visst dunkel. Går man till förarbetena talar det mesta emot en sådan tolkning. I sitt betänkande om upphovsrätt och datorteknik från 1985 uttalade upphovsrättsutredningen att flyktiga ”...framställningar av verket är inte att anse som exemplar i

⁹⁶ Rajala, Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö, NIR 1999 s.99, s.100.

⁹⁷ 991 F 2d. 511 (9th cir. 1993)

⁹⁸ Rajala, s.104.

*upphovsrättslagstiftningens mening om de inte 'fryses' ”.*⁹⁹ Uttalandet har p.g.a. ålder och den senare utvecklingen till viss del förlorat bärkraft, men även senare förarbetsuttalanden ger vid handen att de tillfälliga kopiorna inte kan anses ha fästs på en bärare på ett sådant sätt att de kan anses utgöra exemplar. I samband med implementeringen av databasdirektivet anfördes i förarbetena att ”...om fixeringen är osjälvständig, t.ex. försvinner efter ett ögonblick eller när datorn stängs av, framställs inte heller ett exemplar av verket”, trots att direktivet talar om ”permanent or temporary reproduction” som exemplarframställning.¹⁰⁰ Vidare konstaterades att ”... rent automatiska, mycket kortvariga lagringar som sker när ett verk överförs på Internet [...] omfattas [...] inte alls av kopieringsrätten”.¹⁰¹ Dessa uttalanden synes utesluta RAM-kopior från exemplarframställningsrätten. Med tanke på att dagens datorer har arbetsminnen som möjliggör att stora mängder information sparas och det inte finns något hinder att ständigt ha datorn påslagen, kan man dock ifrågasätta hur kortvarig en lagring i RAM-minnet egentligen är. I doktrinen tycks också råda en samsyn om att RAM-kopior är att se som exemplar i upphovsrättslig mening.”¹⁰²

I det föreslagna upphovsrättsdirektivet anges att ensamrätten omfattar ”tillfälligt eller permanent mångfaldigande, oavsett metod och form...”.¹⁰³ Som framgår av ordalydelsen omfattas således olika former av tillfälliga kopior. Denna huvudprincip inskränks dock, genom art. 5.1, såtillvida att ”tillfälliga former av mångfaldigande [...] inklusive sådana [...] 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 [...] samt saknar fristående ekonomisk betydelse”, undantas från ensamrätten.

Som framgår av ordalydelsen omfattas RAM-kopior av undantaget.¹⁰⁴ Genom rådets gemensamma ståndpunkt beträffande direktivförslaget, vilket kommissionen ställt sig bakom, har införts en passus i art 5.1 som innebär att åtgärden måste syfta till en ”laglig användning av verk” för att träffas av undantaget.¹⁰⁵ Enligt övervägande nr. 33 i rådets gemensamma ståndpunkt anges att en laglig användning innebär att det antingen auktoriserats av rättighetsinnehavaren eller inte är förbjudet enligt lag.¹⁰⁶ Enligt artikel 5.4 får heller inte inskränkningarna i ensamrätten i bland annat 5.1 tolkas på ett sådant sätt att de gör intrång i det normala bruket av ett verk och på så sätt

⁹⁹ SOU 1985:51, s.57.

¹⁰⁰ 96/9/EG, art 2.

¹⁰¹ Prop. 1996/97:111, s.32 och s.36.

¹⁰² Carlén-Wendels, s.94 f., samt Lindberg/Westman, s.168 f.

¹⁰³ KOM (1999) 250 slutlig., art 2.

¹⁰⁴ Juliá-Barceló, On-Line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and U.S. Legal Frameworks, tillgänglig på <<http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/lab/991216/liability.doc>>, s.27. se dock Se Rosén, s.810, som tycks vara av åsikten att undantaget i 5.1 endast gäller proxycachning. Reservation dock för att artikeln inte tar sikte direkt på frågeställningen om RAM-kopior. Se även Olsson 1998, s. 298 f.

¹⁰⁵ se kommissionens meddelande till parlamentet, SEC (2000) 1734 slutlig., tillgängligt på <http://www.europa.eu.int/eur-lex/sv/com/dat/2000/sv_500PC1734S.html>.

¹⁰⁶ Rådets gemensamma ståndpunkt, CSL 9512/1/2000.

kränker upphovsmannens rätt. Således torde även RAM-kopior, om de inte möter kraven enligt ovan, falla utanför undantaget från exemplarframställningsrätten.

Förutom RAM-kopior skapas vid webbläsning även s.k. cache-kopior i datorns "närminne" av de sidor som besökts. Syftet med denna lagring är att underlätta webbläsning på så sätt att material till sidor som besöks ofta till viss del redan finns i användarens dator och således inte behöver överföras på nytt. Hur beständiga dessa kopior är beror helt på inställningarna i användarens dator och måste således bedömas från fall till fall.¹⁰⁷ Här räcker det med att konstatera att cache-kopior åtminstone är lika beständiga som kopior i RAM och att exemplarframställning således föreligger även vid cachning enligt upphovsrättsdirektivets artikel 2. Undantaget som görs i artikel 5.1 för bl.a. RAM-kopior uppställer som förutsättning att exemplarframställningen skall utgöra "en integrerad och nödvändig del i en teknisk process". Detta förtydligas i övervägande 23 där det bl.a. heter att sådana tillfälliga exemplarframställningar, som åsyftas i artikel 5.1, omfattar "vissa former av förberedande lagring (cachning) på ett snabbt medium och webbläsning". Det är dock författarens uppfattning att begreppet cachning här åsyftar endast den typ av mellanlagring som sker på de servrar som förmedlar trafiken på Internet, s.k. proxycachning, och inte omfattar de cache-kopior som framställs hos användarna.¹⁰⁸ Dessa kopior är nämligen inte en sådan nödvändig eller oupplöslig del av den tekniska processen, som stipuleras i artikel 5.1 och övervägande 23. Som påpekats är de, beroende på inställningarna i användarens webbläsare, ofta inte heller av den tillfälliga karaktär som krävs.

4.3.1.2 Ansvar för slutanvändaren

Att ett exemplar framställs hos användaren, det må vara i RAM eller i mer permanent fixerad form på hårddisken, innebär självfallet inte att ett upphovsrättsligt intrång föreligger i samtliga situationer. Som utgångspunkt gäller att den som gjort ett verk tillgängligt i nätverk, i den utsträckning han också är rättighetsinnehavare till verket, får anses ha gett användarna ett underförstått tillstånd, "implied license", att förfoga över verket på ett sådant sätt att den användning som ämnats är möjlig.¹⁰⁹

För de förfoganden som inte kan anses falla under det underförstådda tillståndet samt i fall där materialet tillgängliggjorts utan tillstånd av rättighetshavaren innebär reglerna i 12 § URL en kraftig inskränkning i ensamrätten, då den tillåter att för enskilt bruk framställa exemplar av offentliggjorda verk, 12 § 1 st. I Mp3-fallet prövades i HD aldrig frågan

¹⁰⁷ Rindforth, s.208 f.

¹⁰⁸ Jfr. Rosén, s.810.

¹⁰⁹ För en närmare redogörelse för begreppet "implied license", se. Gentzschin, Internet Links – Legal Implications, Stockholm 1997, s. 33.

huruvida medverkansansvar för kopiorna hos användarna kunde komma ifråga. Hovrätten däremot konstaterade att de exemplarframställningar som skett hos användarna var tillåtna alldeles oberoende av huruvida förlagorna var olovligen framställda kopior, just med hänsyn till privatkopieringsrätten, vilket gett upphov till viss indignation i den efterföljande debatten.¹¹⁰ Hovrättens slutsats förefaller dock på alla sätt rimlig. Kravet som uppställs att verket skall vara offentliggjort för att privatkopiering skall få ske uppfylls i och med att verket första gången görs lovligt tillgängligt för allmänheten och gäller sedan *hela* verket alldeles oberoende av hur enskilda exemplar handhas, jfr. 8 § URL. Att i 12 § 1 st. läsa in ett underförstått krav på att förlagan skall vara lovligen framställd ter sig med hänsyn till den straffrättsliga legalitetsprincipen minst sagt långtgående. Civilrättsligt kan läget *möjligen* vara ett annat. Huruvida detta drabbar länkläggaren tas upp i avsnitt 4.3.1.3. Straffrättsligt ansvar för slutanvändaren, och därmed även medverkansansvar för länkläggaren, kommer med hänsyn till nuvarande utformning av 12 § ytterst sällan att aktualiseras. Ett resonemang kring ett sådant ansvar är dock med tanke på en eventuell förändrad syn på privatkopieringsrätten, i syfte att anpassa reglerna till kraven i det nya upphovsrättsdirektivet, ändå berättigat. Dessutom finns redan med dagens lagstiftning ett par situationer värda att beakta.

För det första gäller 12 § endast exemplarframställning för eget bruk. Om slutanvändaren använder exemplaret på annat sätt, t.ex. i näringsverksamhet eller dylikt, är även exemplarframställningen att se som olovlig. För det andra gäller att verket någon gång lovligen måste ha offentliggjorts. Att framställa exemplar av icke-offentliggjorda verk är således inte tillåtet ens för eget bruk. Situationer där detta förhållande uppkommer torde dock sakna större praktisk betydelse, eftersom det förutsätter verk som aldrig visats, framförts, saluförts eller på annat sätt spridits vare sig på Internet eller genom andra kanaler. De mormonska texterna i det amerikanska fallet *Intellectual Reserve v. Utah Lighthouse Ministry* är dock ett exempel på när denna situation kan uppstå. Även om en sådan exemplarframställning objektivt är att se som olovlig krävs som bekant uppsåt eller grov oaktsamhet för att straffansvar skall aktualiseras, vilket utesluter att den som mer eller mindre ”snubblar” över materialet vid vanlig webbläsning kan hållas straffrättsligt ansvarig.

Vidare görs i 12 § 2 st. undantag för vissa typer av verk som inte faller under privatkopieringsrätten och av dessa är det framförallt undantagen för datorprogram och digitala exemplar av sammanställningar i digital form, d.v.s. databaser, punkterna 2 resp. 3, som är av intresse. I sammanhanget bör också uppmärksammas 26 g § som ger rätt att framställa sådana kopior som är nödvändiga för avsett användande, s.k. brukskopiering, vad gäller såväl datorprogram som databaser, vilket innebär att användaren inte kan bli ansvarig för de kopior, temporära eller permanenta, vilka är ett resultat av en sådan användning som rättighetshavaren åsyftade när han tillgängliggjorde verken.¹¹¹

¹¹⁰ Se t.ex. Rosén, s. 823 och Karnell, s. 494 f.

¹¹¹ Hallén, Om privatkopieringsrätt i IT-åldern, NIR 1998 s.174, s.180.

4.3.1.3 Slutsatser om länkläggarens ansvar

I. *Straffansvar*

För att medverkansansvar skall kunna aktualiseras krävs att ett omedelbart intrång som, åtminstone objektivt, är att bedöma som ett straffbart förfogande föreligger. Här finns det anledning att skilja mellan huruvida länken leder till material som gjorts tillgängligt på Internet med upphovsmannens samtycke eller till olovligen tillgängliggjort material. Däremot finns det, trots uttalandena vad beträffar tillfälliga exemplar i de svenska förarbetena, med hänsyn till utvecklingen inom EG-rätten ingen anledning att skilja på tillfälliga och permanenta kopior i den fortsatta framställningen.

I den första situationen är det rimligt att anta att något ansvar för länkläggaren överhuvudtaget inte kan aktualiseras. Upphovsmannen har genom sitt handlande givit slutanvändarna ett åtminstone underförstått tillstånd att förfoga över materialet på ett sådant sätt att det ämnade användandet möjliggörs, vare sig detta innebär ett fixerande av verket i RAM eller på hårddisken. Om slutanvändaren väljer att gå utanför gränserna för det underförstådda tillståndet, t.ex. genom att använda exemplaret i näringsverksamhet eller dylikt, kan här inte anses ha någon betydelse för länkläggarens ansvar. Ett sådant förfogande ligger bortom varje kontrollmöjlighet för länkläggaren och effekten av ett sådant ansvar skulle i princip utesluta samtliga möjligheter att använda hypertextlänkar på Internet, eftersom snart sagt allt material kan användas på ett otillbörligt sätt. Det faller därmed på att länkläggaren inte kan anses ha varit grovt oaktsam i förhållande till resultatet. Möjligen skulle en annan bedömning kunna vara aktuell i extremfallet att länkläggaren haft uppsåt till slutanvändarens planer. Detta förutsätter dock till att börja med någon slags personlig anknytning mellan länkläggaren och slutanvändaren, vilket förhållande får anses så avlägset att det inte ens bör beaktas.

Situationen blir delvis en annan om måldokumentet för länken är tillgängliggjort utan upphovsmannens samtycke. Utgångspunkten även här torde dock vara att ansvar i princip är uteslutet p.g.a. rätten till exemplarframställning för eget bruk. Denna inbegriper dock inte verk som ej är offentliggjorda, exemplar i digital form av digitala sammanställningar samt datorprogram. Beträffande de båda sistnämnda finns en specialregel i 53 § 1 st. URL som utesluter straffansvar under förutsättning att verket är utgivet eller exemplar överlåtits med upphovsmannens samtycke samt att förlagan för kopieringen inte används i näringsverksamhet eller offentlig verksamhet. Då en sådan gärning inte är straffbar är även ansvar för medverkan utesluten.¹¹²

¹¹² Jfr. Olsson 1996, s. 354 ff.

Efter denna ytterligare begränsning återstår i princip endast situationer där kopiering sker av icke-offentliggjorda verk samt datorprogram och databaser som inte uppfyller villkoren enligt ovan. Det bör påpekas att den surfande användaren även i dessa situationer, och i synnerhet om kopior i RAM anses som exemplar, kommer att göra intrång, åtminstone på det objektiva planet, mer eller mindre av misstag, d.v.s. utan att ha varit grovt oaktsam. Huruvida slutanvändaren uppfyller de subjektiva rekvisiten påverkar dock inte ansvarsbedömningen för länkläggaren, då varje inblandad bedöms efter sitt individuella uppsåt.¹¹³

Återstår således att besvara en sista men icke desto mindre viktig fråga, nämligen den om skapandet av själva länken kan ses som medverkan till den olovliga exemplarframställning. Frågan kan enligt författaren besvaras jakande endast i ett fall, för vilket förutsättningarna är att ett aktiverande av länken som enda praktiskt möjliga resultat leder till en olaglig exemplarframställning hos användaren samt att detta omfattas av de subjektiva rekvisiten för länkläggaren. Med andra ord torde ansvar komma ifråga endast då kopiering av måldokumentet för länken i sig innebär intrång hos användaren, och inte när länken leder till en hemsida från vilken man, genom t.ex. andra hypertextlänkar, kan tillgodogöra sig material av samma karaktär. Vid ett sådant förhållande är det nämligen, med tanke på att Internet är uppbyggt kring användandet av länkar, svårt att se att länkläggaren i någon större utsträckning bistått användaren med exemplarframställningen.¹¹⁴

Vidare kan man här hävda att länken endast skall ses som en hänvisning, referens eller ren upplysning och därför medverkansansvar inte alls kan anses drabba länkläggaren, lika lite som en artikel i en tidning etc. som berättar om var man kan köpa stulen egendom kan aktualisera ansvar. Detta resonemang kan äga sin riktighet vad beträffar länkar som leder till webbplatser där olovligt material finns att tillgå men inte i sig innebär en olovlig exemplarframställning. Beträffande länkar som leder direkt till sådant material finns dock vissa skillnader, vad gäller möjligt ansvar för medverkan till exemplarframställning. Länkläggningen sker normalt inte i något journalistiskt eller annat upplysningssyfte och dessutom är den enda anledningen att lägga länken att någon skall tillgodogöra sig innehållet i (det olovliga) måldokumentet. I annat fall vore länken totalt meningslös. Samma resonemang går inte att anlägga på en tidningsartikel som uppger att det säljes stöldgods i Lundagård. Genom att lägga en länk, av vilken resultatet när någon aktiverar den blir ett olagligt exemplar, t.ex. genom att den direkt laddar ner ett datorprogram eller framför en text, har länkläggaren bistått slutanvändaren på ett sådant sätt att kraven för medhjälp får anses uppfyllt.

¹¹³ Olsson 1996, s.354.

¹¹⁴ ett sådant ansvar har också prövats, och uteslutits, i ett amerikanskt rättsfall, se *Bernstein v. J.C. Penney, Inc*, 50 U.S.P.Q. 2d 1063 (C.D. Cal. 1998), där domstolen ansåg att kopplingen mellan länkläggaren och det intrångsgrundande materialet var alltför svagt. Se Kiritsov, *Can Millions of Internet users be breaking the law everyday?*, An intellectual property analysis of linking and framing and the need for licensing, <http://stlr.stanford.edu./STLR/Events/linking/contents_f.htm>, under avsnitt II b 2.

Användaren skulle förvisso med största säkerhet på annat sätt kunnat ha nått materialet, t.ex. genom att skriva in adressen till måldokumentet direkt i adressfältet, men att hjälpen inte är absolut nödvändig eller skulle kunna skaffas på annat håll saknar relevans, då länken de facto underlättat utnyttjandet. Länkläggaren har med all sannolikhet därmed uppfyllt det aktivitetskrav som allmänt sett är relativt lågt vid medverkansansvar.¹¹⁵ Det förtjänar återigen att påpekas att, med dagens lagstiftning, situationer när detta kan uppstå är ytterst sällsynta och förmodligen än mer så med tanke på dagens svenska inställning till kopior i RAM.

II. Skadeståndsansvar

Som diskuterats har åsikten från vissa håll framförts att hovrättens ovilja att i 12 § 1 st. läsa in ett krav på att förlagan för kopieringen inte skall vara olagligt framställd i sig är orimligt. Det är också möjligt att utgången varit annorlunda om målet varit av civilrättslig karaktär. Frågan uppstår då vilket civilrättsligt ansvar, d.v.s. skadeståndsansvar, som skulle kunna drabba länkläggaren i de fall då slutanvändaren kan bli skadeståndsskyldig. Detta kan inkludera såväl de situationer som utlöser straffansvar, som situationer där straffansvar på en eller annan grund är uteslutet. Ett skadeståndsförpliktande intrång kan ändå ha skett, som t.ex. när datorprogram utnyttjats men straffansvar enligt 53 § varit uteslutet eller, som i fallet med 12 § 1 st., legalitetsprincipen lägger hinder i vägen.

I 54 § 1 st. regleras det som brukar benämnas ersättningsrätt. Denna rätt omfattar ett skäligt vederlag för utnyttjandet och utgår vid intrång alldeles oberoende av huruvida uppsåt eller ens oaktsamhet föreligger. Anledningen till detta är att den som utnyttjar ett verk olovligen inte skall hamna i en bättre position än den som betalt för samma utnyttjande.¹¹⁶ I ”demonstrationsmusikmålet” uttalade HD att ersättningsskyldigheten skall drabba den för vars räkning verket utnyttjats.¹¹⁷ Vad beträffar ansvarsfördelningen mellan länkläggare och användare är det således användaren, som är den enda som tillgodogjort sig ett exemplar av verket, som är ersättningsskyldig.

Andra stycket i 54 § URL tar upp den situation att verket utnyttjats uppsåtligt eller av oaktsamhet. I sådana fall skall skadestånd utgå även för annan förlust än uteblivet vederlag samt för lidande eller annat förfång. Skadeståndsskyldigheten anses här drabba den som företagit intrånget i upphovsrätten, vilket torde innefatta såväl gärningsman som den som ansvarar som medverkande.¹¹⁸ Med tanke på att det här krävs minst oaktsamhet torde ansvaret för länkläggaren i stort sett följa det som gäller för att kunna utdöma straff och därmed sällan aktualiseras, jfr ovan. Som diskuterats är det dock *möjligt* att regeln om privatkopiering i ett

¹¹⁵ Lindberg/Westman, s.96.

¹¹⁶ Olsson 1996, s.374.

¹¹⁷ NJA 1986 s.702.

¹¹⁸ Jfr. Olsson 1996, s.381.

civilrättsligt mål inte skulle kunna hävdas i fall där förlagan i sig är olovligt framställd.¹¹⁹ I sådana fall skulle de situationer där skadestånd i princip kan aktualiseras bli desto fler, eftersom ansvar för många av dessa förfoganden är uteslutet just på denna grund. Inte minst gäller detta situationer som i t.ex. Mp3-fallet, där uppsåt till intrånget uppenbarligen förelåg hos länkläggaren. Med detta sagt är det dock svårt att se vilka skador eller lidande, förutom uteblivet vederlag för den enskilda kopian, vilket inte skall ersättas av länkläggaren, som skulle kunna uppkomma som resultat av en olovlig exemplarframställning.

4.4 Tillgängliggörande

Tillgängliggörande kan som nämnts ske på tre sätt, nämligen genom spridning, offentlig visning samt offentligt framförande.¹²⁰ Frågeställningen för det här avsnittet blir därför att försöka utröna huruvida en länkläggare kan sägas förfoga över måldokumentet på något av dessa sätt, eller om han kan anses medverka till ett sådant förfogande. Spridningsbegreppet kommer här, av skäl som framgår nedan, att behandlas för sig medan framförande och visning behandlas tillsammans då de, åtminstone i Internetsammanhang, kan ses som "samma" förfarande men med olika verkstyper som utgångspunkt.

4.4.1 Spridning

Traditionellt har det inte inneburit några större svårigheter att konstatera när spridning föreligger. När någon överlåter en bok, en grammofonskiva eller liknande innebär detta självklart ett spridande av verket. En annan sak är att denna åtgärd kan vara lovlig p.g.a. reglerna om spridningsrättens konsumtion i 19 § URL. När någon i nätverksammanhang "laddar upp" t.ex. en Mp3-fil, där resultatet hos de användare som väljer att ta del av verket blir en bestående kopia på datorns hårddisk, är det rimligt att dra slutsatsen att en spridningsåtgärd föreligger.¹²¹ Emellertid vore en sådan slutsats felaktig.

Spridningsrätten är nämligen knuten till exemplar av ett verk och skall också ses som en till exemplarframställningen kompletterande rättighet.¹²² Att spridningsrätten är kopplad till exemplar av verket får även anses framgå av lagtexten, 2 § 2 st. URL, som anger att "*verket göres tillgängligt [...] då exemplar därav utbjudes till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprides till allmänheten...*". Vid överföringar i nätverk, och det alldeles oberoende om överföringen medför en permanent eller temporär kopia hos användaren, sprids inga exemplar av verket. Istället är det ett nytt exemplar som framställs på hårddisken eller i RAM-minnet hos användaren.

¹¹⁹ Jfr. Rosén, s.823.

¹²⁰ Denna uppräknning är enligt HDs dom i Mp3-målet uttömmande.

¹²¹ En slutsats som för övrigt tingsrätten drog i Mp3-målet.

¹²² SOU 1956:25, s.95.

Frågan har, märkligt nog kan tyckas, inte varit föremål för några längre utläggningar i doktrinen.¹²³ Att spridning inte kan komma ifråga som en tillgängliggörande form i nätverk får dock anses klarlagt i och med HDs uttalanden i Mp3-domen, där det konstateras att det framgår av såväl förarbeten som lagtext att spridningsbegreppet tar sikte på ett verk i form av ett fysiskt exemplar, och att det är detta fysiska exemplar som skall överlåtas.

Som stöd för sin slutsats lutade sig HD mot såväl WCT (World Copyright Treaty), som upphovsrättsdirektivet. Förvisso tillerkänner WCTs artikel 6, upphovsmännen en ensamrätt att tillåta att "...original och exemplar av deras verk görs tillgängliga för allmänheten genom försäljning eller annat överförande av äganderätt", vilket inte tycks utesluta de överföringar som sker på t.ex. Internet. I de uttalanden, (agreed statements), som gjordes i samband med WIPO-konferensen heter det dock, att i förhållande till artikel 6, uttrycket exemplar uteslutande hänför sig till "...upptagna exemplar som kan bringas i omsättning som fysiska objekt".¹²⁴ Upphovsrättsdirektivförslagets artikel 4, vilken behandlar spridning, är i stort liktydig med artikel 6 i WIPO-fördraget. Precis som i fördraget undantas också genom övervägande 18, vilket som förutsättning för spridningsrätten uppställer villkoret att verket ingår i en konkret vara, överföringar i nätverk från spridningsrätten.

4.4.2 Framförande och visning

Som anmärkts i avsnitt 2.3.2.2, har traditionellt offentlig visning skiljts från offentliga framföranden genom huvudregeln att statiska verk som t.ex. bilder visas, medan verk som är "utsträckta i tiden" framförs. Visningen är, precis som spridning, ett begrepp som starkt sammankopplas med exemplar av verket, medan framförande enligt förarbetena i princip skall omfatta varje framställning av verket som "...icke innebär dess fixering i ett exemplar".¹²⁵

Att avgöra vad som utgör ett framförande respektive en visning av ett verk var och är av stor vikt med tanke på de omfattande inskränkningar som finns i visningsrätten i och med 20 § URL, vilken stadgar att när ett verk utgivits de exemplar av verket som utgivningen omfattar, med vissa undantag, fritt får visas offentligt. Enligt doktrinen är ett särskiljande mellan de båda förfogandeformerna likaledes viktigt i samband med den nya

¹²³ Se dock Lindberg/Westman, som menar att den som laddar upp ett verk på Internet kan hållas ansvarig för spridning, s. 183.

Se vidare Kockvedgaard/Levin som menar att bildskärmsvisning kan utgöra tillgängliggörande i form av spridning. Det framgår dock inte riktigt av resonemanget hur man nått denna slutsats, s.114.

¹²⁴ Den diplomatiska konferensens "agreed statements" finns att tillgå på <<http://www.wipo.int/eng/diplconf/distrib/msword/97dc.doc>>.

¹²⁵ Prop. 1960:17, s.61.

informationstekniken.¹²⁶ Detta resonemang bygger emellertid, enligt min mening, på att de exemplar som tillgängliggörs på t.ex. en webbsida kan anses utgivna i och med detta eller att de omfattas av en eventuell tidigare utgivning. Som framgått under avsnitt 2.5, anses ett verk utgivet då exemplar av det spridits till allmänheten, enligt 8 § 2 st. URL. Ovan, i avsnitt 4.4.1, har konstaterats att spridningsbegreppet tar sikte på situationer där ett exemplar av verket, fäst på ett fysiskt medium, överlåtes och ett tillgängliggörande på Internet resulterar därför inte i någon spridning av exemplar. Undantaget i 20 § URL bygger på att endast de exemplar som omfattas av en utgivning fritt får visas. Detta innebär att även om verket utgivits på annat sätt, t.ex. förts i handeln, de exemplar som finns tillgängliga på Internet inte omfattas av denna utgivning, då just dessa exemplar inte varit föremål för någon spridningsåtgärd. Möjligen skulle den fiktiva situationen att upphovsmannen fixerat sitt verk på en server vilken han sedan överlåtit, och som förvärvaren anslutit till Internet, kunna leda till att exemplaret som görs tillgängligt omfattas av konsumtionen, eftersom detta exemplar då kan anses spritt. Vid ett vanligt tillgängliggörande på nätet fixeras dock ett nytt exemplar, vilket inte omfattas av utgivning, på servern. Slutsatsen att dra av detta kan endast bli att visningsrättens konsumtion inte aktualiseras på Internet och att det därför, vad gäller tillgängliggörande genom länkning, inte finns egentliga skäl att, av denna anledning, skilja de två tillgängliggörandeformerna visning och framförande åt.¹²⁷ Med tanke på den nya rätten till överföringar, vilken diskuteras nedan i 4.4.3, ter sig en åtskillnad än mer obehövlig.

Med tanke på visningsrättens knytning till ett exemplar av verket kan det förvisso hävdas att detta förfogande inte alls kan förekomma i ett nätverk, eftersom det exemplar användaren får sig till del inte är "samma" exemplar som laddats upp, utan ett nytt exemplar som framställts i hans RAM-minne.¹²⁸ Med tanke på att även indirekta återgivningar, som t.ex. då bilder visas genom television, omfattas av visningsbegreppet, torde dock detta faktum sakna betydelse.¹²⁹ I doktrinen synes också föreligga en samsyn om att såväl visning som framförande sker vid uppladdning mot Internet.¹³⁰ För både visning som framförande gäller att ensamrätten endast aktualiseras när tillgängliggörandet är offentligt. Den grundläggande innebörden av offentlighetsrekvisitet har diskuterats i avsnitt 2.3.2.1 och skall därför inte repeteras här. Till skillnad från "normalfallet" av offentliga framföranden och visningar, där en publik samlas på en och samma plats för att ta del av verket, är förhållandet i ett nätverk att publiken en och en tar del av verket och vid olika tidpunkter. Frågan är därför om detta på något sätt påverkar bedömningen av om tillgängliggörandet är riktat till allmänheten.

¹²⁶ Se Olsson 1998, s.92. och Lindberg/Westman, s.198 f. Se även Carlén-Wendels som menar att länkar till verk som kan anses visas, t.ex. bilder, inte kan utgöra ett intrång eftersom visningsrätten konsumerats, Carlén-Wendels 1998, s. 153.

¹²⁷ De inskränkningar som finns i upphovsmannens rätt till offentligt framförande, 21 § URL, torde inte påverka denna bedömning eftersom det där förutsätts, enligt p.1, att framförandet är en biprodukt i sammanhanget. Se även Lindberg/Westman, s. 204.

¹²⁸ Se Lundqvist, under rubriken "länkar och upphovsrätt".

¹²⁹ Jfr. Lindberg/Westman, s.200. se även Olsson 1998, s.92 och s.101.

¹³⁰ Carlén-Wendels 1998, s. 96 f. och s.153., samt Lindberg/Westman, s.204.

Att användarna en och en tar del av verket torde inte skapa några som helst problem. Därvidlag skiljer sig nämligen inte omständigheterna från dem som gäller för t.ex. radioutsändningar och dylikt. HD har också konstaterat i det s.k. ”*Morningtonfallet*”, NJA 1980 s. 123, att det vid bedömningen av om ett offentligt framförande föreligger inte spelar någon roll om verket förmedlas inför en närvarande publik eller genom särskilda tekniska anordningar. I ”*demonstrationsmusikmålet*”, NJA 1986 s. 702, användes kortare avsnitt av upphovsrättsligt skyddad musik för att demonstrera stereoutrustning för kunderna. HD ansåg att ett offentligt framförande förelåg, trots att kunderna tog del av verket vid olika tidpunkter. Det bör också i sammanhanget påpekas att det inte är nödvändigt att en viss mängd personer verkligen tar del av verket, utan ett offentligt framförande eller en visning föreligger redan genom att man ger allmänheten en *möjlighet* att ta del av verket.¹³¹

4.4.3 Överföringsrätten

I det förslag till nytt direktiv på upphovsrättens område som i skrivande stund är föremål för behandling i Europaparlamentet, föreslås införandet av en rätt till *överföring till allmänheten* som tar direkt sikte på de förfoganden som sker i nätverk. Förslaget art. 3.1, som bygger på art. 8 WCT, tillerkänner 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 tredje punkten samma artikel skall inte någon konsumtion av rättigheterna uppstå till följd av en sådan överföring.

Stadgandet tar som sagt direkt sikte på bl.a. de förfoganden som sker på Internet, vilket förtydligas i övervägande 16. Vidare anges uttryckligen att det faktum att användaren själv kan välja tid och plats för framförandet inte påverkar upphovsmannens rätt samt att ett tillgängliggörande på Internet inte aktualiserar någon konsumtion av upphovsmannens rättigheter. Rätten gäller verk i allmänhet och omfattar således såväl visning som framförande.

¹³¹ Olsson 1996, s.69 .

4.4.4 Mp3-domen - en analys¹³²

Som närmare redogjorts för i avsnitt 4.2 konstaterade HD att länkningen i det aktuella fallet utgjorde ett offentligt framförande. I likhet med Daniel Westman har författaren mycket svårt att tro att HD ämnade kriminalisera länkning i största allmänhet.¹³³ Det var i fallet fråga om en omfattande och systematisk länkning till musikfiler som laddats upp mot Internet utan rättighetshavarnas samtycke och det är mot denna bakgrund inte svårt att sympatisera med HDs slutsatser. Sorgligt nog, kan tyckas, utredde HD inte närmare de omständigheter som ledde fram till konstaterandet att länkningen innebar ett framförande av verken. För att kunna konstatera vilken effekt domen har för de mer ”*lojala*” länkningssituationer som i mångt och mycket utgör själva kärnan i World Wide Web krävs att betydelsen av de element som skiljer länkningen i Mp3-fallet från dessa situationer analyseras närmare. I jämförelse med om jag lägger en länk från min webbplats till Lunds universitets hemsida uppvisar länkingsförfarandet i Mp3-fallet vissa särdrag. För det första var det frågan om s.k. ”*djupa*” länkar. Vidare var materialet, musikfilerna, olovligen framställt och tillgängliggjort av den som lagt ut det på Internet.¹³⁴ Det handlade också om ett filformat för vars utnyttjande fixering på hårddisken är nödvändig. Slutligen är en effekt av att det var fråga om just ett sådant filformat, att länkläggarens egen webbsida låg kvar i ”*bakgrunden*” under nedladdningsprocessen. Det är således betydelsen av dessa faktorer som måste utredas för att några generella slutsatser skall kunna dras av HDs dom.

Vad beträffar ”*djupa länkar*” vet vi, sen framställningen i avsnitt 3.2.1.1, att det är benämningen på hypertextlänkar, som inte leder till en webbplats ”ingångssida” utan istället till ett underliggande dokument. Måldokumentet kan vara såväl en sida i HTML-format, som t.ex. en video- eller ljudfil. Eftersom många webbplatser finansieras av reklam, som framförs just på ingångssidan, innebär djuplänkningen ett, åtminstone ur det perspektivet, stort problem. Däremot kan det vid bestämmandet av om länkning kan innebära ett tillgängliggörande inte spela någon roll om länken är djup eller ytlig. Lägger jag en länk till en ingångssida, åskådliggörs denna på exakt samma sätt i användarens dator som när jag lägger en länk till en underliggande HTML-sida. De två dokumenten är ju identiska såtillvida att de båda är webbsidor. All logik talar därför för att om man tillgängliggör en underliggande sida genom en länk, tillgängliggör man på samma vis en ingångssida genom samma förfarande. Det finns med andra ord ingen som helst skillnad i den handling som kan klassificeras som tillgängliggörande.

¹³² Mp3-avgörandet har gett upphov till kommentarer av följande författare: Nordell i JT 2000/01 s.166, Rosén i SvJT 2000 s.805, Karnell i NIR 2000 s.493, Boman/Lindblom i E.I.P.R. 2001 s.55 samt Westman i Lov & Data nr 60 och 62.

¹³³ Westman, MP3-målet i HD – rättsläget kring länkning fortfarande oklart, ur lov och data nr 62, tillgänglig på <<http://www.juridicum.su.se/iri/dawe/Mp3-HD.html>>, under ”kommentarer”.

¹³⁴ Daniel Westman är av åsikten att vare sig frågan om djuplänkning eller huruvida förlagan är olovligen framställd i sig kan påverka bedömningen av om ett tillgängliggörande föreligger, se Westman nr 62, under ”kommentarer”

Detsamma måste givetvis gälla även dokument som inte är webbsidor, d.v.s. skapade med HTML-kod, eftersom det inte rimligen kan vara filformatet som är avgörande för om ett tillgängliggörande är för handen. En annan sak är att om man väl bestämt sig för att ett länkningsförfarande är att se som ett tillgängliggörande, det kan ha betydelse huruvida länken är djup eller ytlig i så måtto att det i allmänhet vid ytliga länkar kan sägas föreligga ett underförstått samtycke, ”*implied license*”, till förfarandet.¹³⁵ Man kan för övrigt också kritisera själva benämningen ”djupa” länkar, eftersom det ger intrycket av ett slags system där materialet på en webbplats på något sätt är hierarkiskt ordnat under ingångssidan, (vilket lätt leder tankarna i banor av att ett kringgående av denna ingångssida i sig utgör ett intrång). Så är givetvis inte fallet, utan vart dokument ligger lagrat på samma sätt på en eller flera servrar. Det enda som skiljer dem åt är den adress de olika dokumenten fått sig tilldelade. Internet saknar därmed såväl yta som djup.¹³⁶

En andra faktor i Mp3-fallet var att länkningen skedde till filer som laddats upp mot Internet utan rättighetshavarnas samtycke och därmed *olovligen framställts*. HD tog aldrig uttryckligen ställning till hur detta påverkade länkningens egenskap av framförande. Som konstaterats tidigare är dock framföranden i sig inte knutna till exemplar av verket och huruvida en förlaga till ett framförande är olovligt framställd kan därför inte spela någon som helst roll.¹³⁷ Att det utöver framföranden kan föreligga ett intrång genom exemplarframställning, å inmatarens sida, är en helt annan sak, eftersom de två förfogandeformerna är helt väsensskilda. Inte i något annat sammanhang sker någon bedömning av underlagets lovlighet. Detta beror just på åtskillnaden mellan exemplar och framförande och även ett framförande, där det inte föreligger något exemplar överhuvudtaget, som t.ex. ett live-framträdande, är ett offentligt framförande. Slutsatsen blir att ett framförande inte påverkas av förlagans eventuella olovlighet utan att detta är en fråga som måste bedömas för sig. Visningsbegreppet är däremot knutet till exemplar av verket. Inte heller här finns det dock fog att skilja mellan visning av olovliga respektive lovliga verksexemplar vid bestämningen av huruvida ett visningsförfarande överhuvudtaget föreligger. Om jag väljer att offentligt tillgängliggöra ett bokomslag, visar jag detsamma alldeles oberoende av om exemplaret införskaffats i bokhandeln eller om jag egenhändigt kopierat detsamma. Tillgängliggörandebegreppet tar således sikte på *hur* man handskas med ett verk, inte vilken *typ* av exemplar man använder sig av vid tillgängliggörandet. En annan sak är att exemplarets eventuella olovlighet utesluter att visningsrätten kan ha konsumerats. Som konstaterats aktualiseras dock konsumtionen inte i nätverkssammanhang. Slutsatsen blir att förlagans status saknar relevans vid bedömningen av om ett tillgängliggörande föreligger och därmed också huruvida länkning kan innebära ett tillgängliggörande *per se*.

¹³⁵ Jfr. Westman nr 62, under ”kommentarer”.

¹³⁶ Se Lundblad, Teknotopier – den nya tekniken och rättens framtid, 2000, s. 67.

¹³⁷ En slutsats som för övrigt HD drog även vad gällde inskränkningen i framföranderätten enligt 47 § URL.

Som påpekats är det en förutsättning för att kunna tillgodogöra sig innehållet i en Mp3-fil att *den sparas på användarens hårddisk eller på annat beständigt sätt*. En lagring i RAM är, till skillnad från vid utnyttjande av HTML-dokument, inte tillräcklig. Att detta skulle kunna påverka bedömningen ter sig dock än mer otroligt än de faktorer som redogjorts för strax ovan. Även vid länkning till ett HTML-dokument sker nämligen en lagring, temporärt i RAM, och först därefter blir webbsidan synlig för åskådaren. Att skilja situationerna åt skulle återigen göra filformatet till det som avgör frågan om tillgängliggörande, vilket får anses uteslutet. Återstår således endast frågan om det faktum att länkläggarens webbsida ligger kvar i bakgrunden kan ha någon betydelse för bedömningen.

Såsom länkarna var ordnade i Mp3-fallet innebär ett aktiverande av dem att en förfrågan, i form av en mindre ”friliggande ruta”, synliggörs för användaren.¹³⁸ Denna ruta består av avsändare, innehållsbeskrivning samt en möjlighet för användaren att välja om han vill acceptera innehållet eller ej. Under denna process ligger *länkläggarens webbsida kvar i bakgrunden*. Som tingsrätten påpekar i sin dom är detta dock inte typiskt för endast Mp3-filer. Som alla som använt sig av Internet vet öppnas även ibland vid länkning till HTML-dokument ett nytt fönster i webbläsaren med den ”gamla” sidan kvar i bakgrunden. Det går på så sätt alldeles utmärkt att vara uppkopplad mot flera adresser samtidigt. Precis som i dessa situationer är det inte nödvändigt att ha ursprungssidan kvar när väl uppkoppling mot det nya dokumentet skett. Att det i en sådan här situation skulle råda större osäkerhet om varifrån dokumentet härrör kan inte heller sägas vara fallet, då det anges tydligt i adressfältet att avsändaren är en annan än länkläggaren. Samtidigt kan konstateras att det faktum att länkläggarens sida ligger kvar i bakgrunden innebär att användaren fortsatt kan utnyttja densamma. Därmed är det här klart lättare att se att det material som användaren tillgodogör sig genom länken kan anses utgöra en del av den tjänst som länkläggaren erbjuder på sin webbsida. Om det finns något i Mp3-fallet som talar för att det inte går att applicera slutsatserna på samtliga fall av hänvisande länkar är det, enligt författarens mening, just detta faktum. Om man väljer att se det anförda som ett särskiljande element så blir emellertid slutsatsen att länkar till andra webbsidor, vilka vid aktiverande öppnar måldokumentet i ett nytt fönster i webbläsaren tillgängliggör materialet, medan en länk där den nya sidan åskådliggörs i samma fönster och länkläggarens webbplats därmed ”försvinner”, inte skulle innebära ett tillgängliggörande. Inte minst av denna anledning får det anses som en mindre lyckad lösning och det är svårt att se att detta skulle varit en avgörande faktor i målet.

Högsta domstolens dom är minst sagt allmänt formulerad och försiktighet vad beträffar slutsatserna är därför i högsta grad påkallad. Det är också möjligt att domstolen i ett annat länkingsfall skulle nå en helt annan slutsats. Icke desto mindre framstår det som rimligt att de speciella

¹³⁸ Att rutan är friliggande skall här förstås som att den inte, som är fallet då material integreras med en webbsida, kan anses utgöra en ”del” av den aktuella sidan. Med andra ord inordnas denna ruta inte i materialet på den aktuella sidan utan synliggörs i förgrunden och täcker därmed också viss del av innehållet på webbplatsen.

omständigheter som förelåg i fallet inte i sig torde påverka bedömningen om ett tillgängliggörande skett. Det *förefaller* därför som om länkning *a priori* innebär ett tillgängliggörande av det material som måldokumentet innehåller, vilket synsätt, om det skulle slå igenom på bred front, skulle kunna få stora konsekvenser för hur Internet används idag.

Synsättet innebär dock inte att ett sådant tillgängliggörande alltid kan betraktas som otillåtet. Att länka till en webbplats ingångssida måste under alla omständigheter anses tillåtet med hänsyn till det samtycke till sådant förfarande som webbplatsinnehavaren kan anses ge redan då sidan laddas upp mot nätet. Detta underförstådda samtycke, *implied license*, kan dock av naturliga skäl endast ges av den egentlige rättighetsinnehavaren. Effekten av detta är därför att om länken leder till material som olovligen laddats upp mot Internet, ett otillåtet tillgängliggörande alltid föreligger. Vidare kan man, enligt ovanstående resonemang, ifrågasätta alla länkar som inte leder direkt till en webbplats ingångssida, (såvida inte *uttryckligt* samtycke givits av rättighetsinnehavaren). Med tanke på att alltfler webbplatser finansieras med reklam på platsens ingångssida och därför eftersträvar att så många som möjligt passerar densamma, blir det nämligen allt svårare att hävda att det generellt föreligger underförstått samtycke även till *djuplänkning*. I vissa av dessa situationer är straffansvar uteslutet med hänsyn till kravet på grov oaktsamhet eller uppsåt. Främst torde detta gälla fall, där material tillgängliggjorts utan rättighetsinnehavarens samtycke men länkläggaren inte haft insikt eller ens anledning att misstänka detta. Skadeståndsansvaret, eller närmare ersättningsansvaret enligt 54 § 1 st., uppställer dock som bekant inte några krav på ens oaktsamt handlande. Detta innebär följaktligen att länkläggare i allmänhet skulle kunna bli civilrättsligt ansvariga för utnyttjanden dels i de fall materialet olovligen ”*laddats upp*” mot nätet, dels i fall där detta förvisso skett lovligen men webbplatsinnehavaren vare sig uttryckligen eller underförstått kan anses ha gett sitt tillstånd till länkningen.¹³⁹ Även här är det förstås av stor betydelse att någon konsumtion av visningsrätten inte aktualiseras i nätverk.

4.4.5 Tillgängliggörande genom hypertextlänkning?

Enbart det faktum att en begränsning av möjligheten att lägga länkar negativt skulle påverka Internet som medium är givetvis i sig självt ingen *avgörande* anledning att utesluta ansvar för länkläggaren. Tvärtom har rättstillämparen i första hand att ta hänsyn till de rättigheter som lagen tillerkänner upphovsmän och andra rättighetsinnehavare. Fram till HDs dom i Mp3-målet rådde dock i doktrinen i det närmaste fullständig konsensus, vilket får betraktas som ovanligt i IT-rättsrelaterade frågor, om att hänvisande länkar (hypertextlänkar) inte kunde anses tillgängliggöra materialet i måldokumentet. Lindberg/Westman menar att denna länktyp är att jämföra med en referens i en bok och därför inte kan aktualisera något

¹³⁹ Jfr. Boman/Linblom, s. 57.

ansvar.¹⁴⁰ Carlén-Wendels hävdar att även om länkarna kan anses ”snylta” på materialet är de ”så fundamentalt nödvändiga för webben att [...] de [...] helt enkelt måste accepteras som en del av en ny kommunikationsform”.¹⁴¹ Det ter sig därför naturligt att söka utröna vad som låg, och möjligen fortfarande ligger, till grund för denna samsyn.

En första fråga man måste ställa sig är om länkläggaren uppfyller det aktivitetskrav som slogs fast i det s.k. BBS-målet, NJA 1996 s.79. HD uttalade här att begreppet tillgängliggörande i sig implicerar ett visst mått av aktivt handlande. Till skillnad från en BBS-operatör, som oftast enbart tillhandahåller vissa fysiska möjligheter för kommunikation, är länkläggarens göranden att anse som mer aktiva. En länk tillkommer alltid som resultat av ett aktivt handlande från länkläggaren och någon större tvekan om att aktivitetskravet är uppfyllt kan därför inte anses föreligga. Uppenbarligen ansåg HD också att aktivitetskravet var uppfyllt i Mp3-fallet.

Traditionellt har tillgängliggörandet alltid förutsatt någon form av förfogande över själva verksmaterialet, antingen genom att man visat eller framfört ett exemplar som man förfogat över eller genom att verket utnyttjats fristående från exemplar, vilket gäller vid framförande av teaterstycken etc. Vid länkning förfogar inte länkläggaren över något verksmaterial. Istället är det inmataren, som innehar förlagan, från vilken materialet överförs till användaren med resultatet att ett nytt exemplar framställs hos honom. Materialet passerar inte heller länkläggaren på vägen från inmatare till användare, utan i och med att länken aktiveras upprättas direktkontakt mellan de två sistnämnda aktörerna. Redan av dessa anledningar kan det tyckas märkligt att hålla länkläggaren ansvarig för tillgängliggörandet. Enbart det faktum att något förfogande över ett verksexemplar som sådant inte föreligger utesluter dock inte alltid ansvar. Här kan man dra paralleller till ett fall gällande s.k. hotellmusik som varit föremål för prövning i HD, NJA 1980 s.123. HD konstaterade att en hotellvärd som ”sprider” radiomusik till gästerna, i restaurangen eller i de enskilda rummen, gör sig skyldig till ett offentligt framförande alldeles oavsett att verket egentligen redan framförs offentligt i första ledet, d.v.s. av dem som ansvarar för radioprogrammet.¹⁴² Att ansvar kan uppkomma även för sådan vidare spridning har för övrigt slagits fast ett flertal gånger.¹⁴³ Gemensamt för samtliga dessa fall har dock varit att den som hållits ansvarig för utnyttjandet på något sätt använt annans framförande som ”*sitt eget*”, genom att erbjuda det som en del av sin egen rörelse eller dylikt. Även vad gäller visning kan indirekta förfoganden, som t.ex. att genom television återge en bild eller dylikt, som vi sett bedömas som tillgängliggörande. Återigen handlar det dock om att utnyttja ett verk inom ramarna för den egna ”verksamheten”.

¹⁴⁰ Lindberg/Westman, s.203.

¹⁴¹ Carlén-Wendels, s.155, se även Olsson 1998, s.86.

¹⁴² Kockvedgaard/Levin, s.127.

¹⁴³ se NJA 1988 s. 715, där vidare spridning av radiomusik på ett sjukhus ansågs som ett offentligt framförande.

Förhållandena vid hypertextlänkning är dock annorlunda och det är, enligt författarens uppfattning, detta som gör det svårt att se hur länkläggaren överhuvudtaget kan anses ansvarig för tillgängliggörande. När användaren aktiverar länken *bryts* nämligen kontakten med länkläggarens server. Inte någon gång under den tid som överföringen sker och verket åskådliggörs i användarens dator föreligger någon form av kommunikation mellan länkläggare och användare. Inte heller föreligger någon illusion om att det är länkläggaren som disponerar över materialet. Tvärtom har länkläggarens webbplats, vilket tingsrätten påpekade i sin dom i Mp3-målet, i och med att länken aktiveras spelat ut sin roll och det framgår tydligt av adressfältet att materialet emanerar från annan plats. Ett fortsatt nyttjande av länkläggarens sida är ingalunda en förutsättning för att kunna ta del av materialet.

I domen uttalade HD att besökarna på hemsidan som aktiverat länkarna ”omedelbart förflyttats till en musikfil och att filen därmed blivit tillgänglig för överföring till besökarens egen dator”. Terminologin är här uppenbart hämtad från förslaget till upphovsrättsdirektiv och WCT. Det är emellertid även svårt att se att överföringsrätten enligt direktivförslaget skulle kunna träffa skaparen av en hypertextlänk.¹⁴⁴ Artikel 3 tar sikte på rätten till överföringar till allmänheten. Som visats sker ingen överföring eller kommunikation från den som lägger länken.¹⁴⁵ Förvisso inbegriper rätten till överföring att verket görs tillgängligt så att medlemmar av allmänheten kan få tillgång till det från en plats och vid en tid som bestäms individuellt av dem. Med tanke på artikelns utformning, där begreppet överföringar inbegriper tillgängliggöranden för interaktiva förfoganden, torde det vara en förutsättning att den som på detta sätt tillgängliggör också är den som vid ett aktiverande överför verket eller från vilken överföringen emanerar. Denna slutsats förstärks vidare av övervägande 25 i rådets gemensamma ståndpunkt. Här förklaras att upphovsmannen har en ”*exclusive right to make available to the public copyright works [...] by way of interactive on-demand transmissions*” (författarens understrykning). Det centrala synes således vara själva överföringen och det är därför svårt att se att bestämmelsen skulle kunna omfatta det ”förfogande” som sker genom länkning. Ytterligare stöd för detta finns att tillgå i det faktum att kommissionen vid utarbetandet av E-handelsdirektivet, vilket har skett under samma period som upphovsrättsdirektivet, inte ansåg det föreligga behov av att införa ansvarsbegränsningar för dem som erbjuder sökverktyg, och därmed hypertextlänkar, på Internet. Om avsikten med artikel 3 i upphovsrättsdirektivet varit att den skulle kunna omfatta länkning hade en sådan ansvarsbegränsning i högsta grad varit påkallad. (Se vidare under avsnitt 4.5). Förvisso blir verket, såsom HD påpekar, tillgängligt *för* överföring i och med att länken aktiveras, men artikel 3 tar sikte på när verket görs tillgängligt *genom* överföring.¹⁴⁶ Någon överföring står länkläggaren inte för och han kan därmed rimligen inte heller anses ha gjort intrång i den ensamrätt som artikel 3 tillerkänner upphovsmannen.

¹⁴⁴ Jfr Nordell, s. 170.

¹⁴⁵ Jfr. Juliá-Barcelo, Online Intermediary Liability Issues: Comparing EU and U.S. Legal Frameworks, <<http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/lab/991216/liability.doc>>.

¹⁴⁶ KOM 99/250, övervägande 16.

I anledning av det anförda är det svårt att förstå hur HD kunde landa i slutsatsen att den tilltalade framfört verket. Det länkläggaren *verkligen* gör är snarare att skapa en kontakt mellan tillgängliggöraren och användaren. Därmed kan han inte anses ha framfört eller visat verket i större utsträckning än den som erbjuder någon skjuts från Lundagård till Mejeriet för att där ta del av en pågående konsert, låt vara att hypertextens inneboende egenskaper gör att processen blir ”något” snabbare. Som Daniel Westman påpekar hade nog HD aldrig ansett att ett tillgängliggörande förelegat i Mp3-fallet om den åtalade endast, med vanlig text, angivit adresserna till filerna,¹⁴⁷ trots att endast ett par knapptryckningar ytterligare krävs. Användaren kan här välja att antingen skriva in adressen i fältet eller att markera och kopiera URLen och sedan kopiera in densamma i adressfältet. Enligt författarens mening blir det i ljuset av detta än mer tydligt att länkningen, trots HDs dom, inte kan utgöra ett tillgängliggörande, eftersom de två ”fallen” egentligen bara är varianter av samma fenomen, d.v.s. en referens till redan tillgängliggjort material, låt vara att de tekniska förutsättningarna är annorlunda.

4.4.5.1 Medverkansansvar

Precis som vid diskussionen om medverkansansvar för exemplarframställning gäller vid tillgängliggörande att ursprungsåtgärden, d.v.s. det tillgängliggörande som inmataren bevisligen står för, i sig måste vara olagligt. Detta utesluter med andra ord självklart alla de situationer, där material tillgängliggjorts av rättighetshavaren själv eller med dennes samtycke. Vidare måste länkläggaren varit åtminstone grovt oaktsam i förhållande till intrånget.

Det är relativt självklart att länkar till en sida ökar antalet användare som kommer i kontakt med densamma. Framförallt gäller detta då länken går från en generellt sett välbesökt sida till en mer obskyr plats. Det kan därför te sig frestande att pålägga länkläggaren åtminstone ett medverkansansvar, eftersom hans aktivitet bevisligen leder till att fler får del av det olagliga innehållet. Risken med ett sådant synsätt är dock att man missar utgångspunkten.

Inmatarens intrång sker nämligen i och med att verket laddas upp mot Internet. Det är detta som är den åtgärd som är riktad till allmänheten och som innebär ett tillgängliggörande. Hur många, eller hur få, som tar del av verket är ur denna synpunkt oväsentligt.¹⁴⁸ Annars känns det säkert naturligt att se det som ett framförande eller visning varje gång någon begagnar länken och tillgodogör sig verket. Framförallt gäller nog detta för verk som

¹⁴⁷ Westman, Första svenska rättsfallet om länkning, ur lov och data nr 60, <www.juridicum.su.se/iri/dawe/mp3.htm>, under ”kommentarer”.

¹⁴⁸ Se Lindberg/Westman, s.173.

framförs som t.ex. musik, eftersom dessa inte kommer till uttryck förrän de används. Ett sådant angreppssätt är dock inte möjligt, då offentlighetsrekvisitet i de allra flesta fall inte torde vara uppfyllt vid de enskilda tillfällena. Kravet är ju att en större krets av personer skall kunna få del av framförandet. Detta kan knappast sägas vara fallet, när jag spelar upp ett musikstycke i min dator i hemmet.

När någon visar t.ex. ett bildverk på ett galleri anses det tillgängliggjort i och med att allmänheten ges möjlighet att ta del av verket. Även vid offentliga framföranden är det möjligheten att ta del av verken som är grundläggande och hur många som verkligen gjort detta saknar som ovan påtalats betydelse.¹⁴⁹ När ny publik tillkommer kan verket inte sägas visas eller framföras på nytt, utan tillgängliggörandet föreligger hela tiden. Ett verk som tillgängliggörs på en webbsida kan inte anses manifesterat på samma sätt. Verket finns lagrat på en server och kommer överhuvudtaget inte till uttryck förrän någon klickar på länken eller på annat sätt tar sig till hemsidan och på så sätt får innehållet överfört till sin egen dator. Icke desto mindre är det just möjligheten att ta del av verket som utgör framförandet eller visningen och tillgängliggörandet sker därmed när exemplaren laddas upp mot nätverket. Något annat synsätt är inte möjligt med hänsyn till offentlighetsrekvisitet.

Att brottet är fullbordat redan vid själva uppladdningen innebär dock inte nödvändigtvis att intrånget därmed är avslutat. Vid vissa typer av brott, s.k. perdurerande brott, anses nämligen den brottsliga handlingen pågå så länge ett visst *tillstånd* varar och skolexemplet på ett sådant brott är olaga frihetsberövande. Vad gäller intrång i upphovsrätten saknas det, som Daniel Westman påpekar, såväl i doktrin som praxis stöd för att anse att ett tillgängliggörande är pågående under hela den tid verket finns tillgängligt för allmänheten.¹⁵⁰ Därmed torde ett medverkansansvar redan på denna grund vara uteslutet. Däremot finns praktiska och logiska skäl att se ett tillgängliggörande på Internet som pågående under hela tiden verket är anslutet till webben. Precis som vid olaga frihetsberövande kan nämligen skadan sägas öka ju längre tid tillståndet varar och inte förrän verket tas ner upphör den skadegörande verksamheten. Även om, mot all förmodan, det går att se brottet som pågående är det svårt att se att medverkansansvar aktualiseras, eftersom länkandet endast med mycken stor svårighet kan anses påverka inmatarens förmåga eller vilja att fortsatt hålla materialet tillgängligt. Länkläggarens aktivitet är på intet sätt en förutsättning för vare sig uppladdningen eller bibehållandet, vilket inte minst framgår av det faktum att om länken avlägsnas detta inte påverkar omfattningen av det intrång inmataren begår. (Däremot torde *antalet* nedladdningar minska).

Inte heller kan artikel 3 i förslaget till upphovsrättsdirektiv föranleda en annan bedömning. Tillgängliggörandet föreligger i och med att ”...*allmänheten kan få tillgång...*” till verket. Huruvida någon verkligen tar del av verket saknar således betydelse. Detta synsätt har vidare givetvis även

¹⁴⁹ Olsson 1996, s.69 f.

¹⁵⁰ Westman nr 60, under ”kommentarer”

en praktisk betydelse i så måtto att det inte blir nödvändigt att fastslå hur många, om ens någon, som verkligen tagit del av ett verk.

Det sagda innebär således att länkläggaren på något sätt måste ha främjat själva uppladdningen, eller möjligen bibehållandet av densamma, för att kunna påläggas ansvar för medverkan. Här kan den ihärdige förvisso hävda att om en länk leder till ett stort antal besökare, inmataren är mer villig att låta materialet ligga kvar än om väldigt få tar del av det. Resonemanget ter sig dock något långsökt och sammantaget talar det mesta för att länken vare sig påverkar själva uppladdningen av verket eller dess bibehållande i nätverket. Därmed torde ett medverkansansvar för länkläggaren vara uteslutet. Att länkläggaren kan anses medverka till de enskilda överföringarna får dock, som vi sett, konsekvensen att han i vissa fall kan hållas ansvarig för medhjälp till den exemplarframställning som sker hos användarna.

4.5 Behovet av ansvarsbegränsningar

HDs dom i Mp3-målet innebär att länkning *kan* innebära ett upphovsrättsligt relevant tillgängliggörande. Som vi har sett medför detta att straffrättsligt ansvar kan komma ifråga om uppsåt eller grov oaktsamhet föreligger samt att en ersättningsrätt under alla förhållanden aktualiseras som ett resultat av utnyttjandet.¹⁵¹ Eftersom Internetverksamheten i princip står och faller med användandet av hypertextlänkar uppkommer frågan huruvida det, utifrån HDs resonemang, inte är nödvändigt att lagvägen reglera situationer där civilrättsligt ansvar för utnyttjanden av den här typen i vissa fall utesluts. Detta gäller kanske framförallt för de situationer, där länkarna är ett resultat av den verksamhet som utövas av operatörer, vars verksamhet syftar till att hjälpa Internet-användare att hitta den information de söker på webben, s.k. ”*information location tool providers*”.¹⁵²

Tidigare har reservationen gjorts att de slutsatser beträffande omfattningen av HDs dom, nämligen att länkning i princip alltid är att se som ett tillgängliggörande, som dragits av författaren vid en ny prövning under andra omständigheter kan visa sig alltför långtgående. Det kan tänkas att domstolarna på något sätt kan finna särskiljande element i Mp3-fallet, som gör att slutsatserna där inte är generellt tillämpliga på hänvisande länkar. Enligt följande resonemang innebär dock även en sådan snäv tolkning av domen problem, bl.a. för de ovan nämnda operatörerna.

Vårdarna för sådana söktjänster, som inkluderar företag som AltaVista, Yahoo, Excite m.fl., utgör för många utgångspunkten, när de vill finna information. Det enda alternativet, såvida man inte känner till den exakta URLen till den sida man vill komma åt, är nämligen att på måfå *surfa runt* i hopp om att hitta något relevant. Ett sådant förfaringssätt är, som den

¹⁵¹ Förutsatt, givetvis, att tillgängliggörandet inte är lovligt enligt någon inskränkning i ensamrätten enligt URL, eller genom ett underförstått samtycke.

¹⁵² Juliá-Barceló, s.17.

invigde med lätthet inser, inte bara extremt tidsödande utan innebär även att möjligheterna till ett lyckat resultat, utan någon större överdrift, kan sägas vara relativt ringa. Söktjänsternas verksamhet går ut på att samla information om sidor på webben i stora databaser, som användarna sedan kan söka i. Användaren fyller på söktjänstens webbsida i en sökterm, varvid en lista med länkar till förhoppningsvis relevanta webbsidor presenteras.¹⁵³

För att återigen analogisera till Mp3-fallet kan exakt samma situation uppkomma som resultat av en sökning hos leverantörerna av dessa tjänster. Idag är det nämligen fullt möjligt att i de flesta sökmotorer söka på dokument i såväl HTML-, exe-, som Mp3-format etc.¹⁵⁴ Detta innebär, någon annan slutsats ter sig knappast möjlig, att sökmotorerna i dessa fall, precis som i Mp3-fallet, tillgängliggör filerna.

Mot detta är givetvis den första invändningen att medan länkarna i Mp3-fallet var resultatet av ett handlande, där länkläggaren hade insikt om att materialet var olovligt tillgängliggjort, detsamma inte gäller de mer automatiska processer som sker i sökmotorer. Detta är förvisso sant och därmed är också ett straffrättsligt ansvar uteslutet. Men länkläggarens uppsåt och insikt är bara relevant för just denna bedömning. När det gäller den objektiva bedömningen, nämligen att avgöra om ett tillgängliggörande skett, och därmed ersättningsrätt föreligger, saknar dessa faktorer fullständigt betydelse.

En andra och möjligen mer bärkraftig invändning är att det inte är säkert att söktjänstoperatören uppfyller det aktivitetskrav som ställs för att ett tillgängliggörande skall föreligga, då länkarna uppkommer som ett resultat av mekaniska processer. Ofta används s.k. "crawlers", sökrobotar, som söker av webben efter sidor och kategoriserar dem efter innehåll.¹⁵⁵ Emellertid initieras dessa processer av någon och kravet på aktivt handlande är därmed uppfyllt i större utsträckning än i BBS-fallet.¹⁵⁶ Vidare finns sökmotorer, som inte använder robotar för att katalogisera webbsidor utan istället människor. Att dessa uppfyller aktivitetskravet torde vara uppenbart och det är svårt att se det berättigade i att, ur ansvarssynpunkt, skilja söktjänsterna åt på denna grund.¹⁵⁷

När en söktjänst presenterar en länk till en olovligt tillgängliggjord Mp3-fil tillgängliggörs således enligt all logik materialet. Frågan om insikt är oväsentlig för denna bedömning och aktivitetskravet är troligen också att anse som uppfyllt. Att så är fallet åtminstone för de söktjänster som använder människor i sitt indexeringsarbete får anses som än mer troligt.

¹⁵³ Juliá-Barceló, s.18.

¹⁵⁴ Lundblad, s.67, som påpekar att samtliga dessa tjänsteleverantörer erbjuder även "djupa" länkar.

¹⁵⁵ Juliá-Barceló, s.17.

¹⁵⁶ se NJA 1996 s.79.

¹⁵⁷ Jfr. Juliá-Barceló, s.21.

Debatten om ansvarfrihet vid intrång som är ett resultat av den här typen av tjänster har varit mer livlig i USA än i Europa.¹⁵⁸ Detta resulterade i lagstiftning, som under vissa förutsättningar begränsar bl.a. ansvaret för söktjänstoperatörerna, nämligen Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Lagstiftningen tar sikte på ansvarsbegränsningar i stort för de aktörer som verkar på Internet. I 512 (d) § stadgas att den som driver en söktjänst inte kan göras civilrättsligt ansvarig för länkar som leder till olovligt tillgängligt material under vissa förutsättningar. Bl.a. krävs här vetskap om att materialet laddats upp mot Internet utan tillstånd, eller att det av omständigheterna är uppenbart att så är fallet, för att länkläggaren skall kunna göras ansvarig, jfr kravet på grov oaktsamhet.¹⁵⁹ Vid arbetet med det tidigare nämnda e-handelsdirektivet¹⁶⁰ diskuterades behovet av ansvarsbegränsningar för söktjänstvärdar, men i anledning av att det befanns osannolikt att någon domstol skulle ådöma någon ansvar för intrång på sådana grunder innehöll det slutliga direktivet inte något konkret i frågan.¹⁶¹ I direktivet finns nu istället i artikel 21.2 ett stadgande om att kommissionen under de närmaste åren skall följa upp den nationella utvecklingen i medlemsstaterna i syfte att utvärdera huruvida ett införande av ansvarsbegränsningar är nödvändigt.

I kölvattnet av Mp3-avgörandet finns det enligt författaren all anledning att ompröva frågan om införandet av ansvarsbegränsningar. Med tanke på det stora värde som ligger i att, även direkt från andra HTML-dokument än just söksidor, genom hypertextlänkar kunna referera till annat material finns det heller ingen anledning att begränsa en sådan reglering till att endast gälla söktjänstvärdar. Med andra ord är det rimligt att även den vanlige länkläggaren undantas från ansvar under förutsättning att insikt inte föreligger.¹⁶²

4.6 Länkar och skyddet för databaser

När en länk läggs anges, åtminstone i den underliggande HTML-koden, URLen till måldokumentet. Denna har i sig inte upphovsrättslig status av verk utan får anses vara av samma karaktär som t.ex. en gatuadress eller ett telefonnummer. Vidare använder sig länkläggaren ofta av en kortare text eller dylikt för att indikera länken. Eftersom dessa i allmänhet består av endast ett eller ett par ord uppnår inte heller de verkshöjd.¹⁶³ Om däremot en upphovsrättsligt skyddad bild används för att indikera länken föreligger givetvis intrång, dels genom exemplarframställning, när bilden lagras på

¹⁵⁸ Juliá-Barceló, s.23.

¹⁵⁹ Juliá-Barceló, s.22.

¹⁶⁰ 2000/31/EG.

¹⁶¹ Juliá-Barceló, s.23.

¹⁶² artikel 21.2 innefattar egentligen heller inte någon sån begränsning, då den talar om såväl tillhandahållare av hypertextlänkar i allmänhet, som sökmotorer. Möjligen åsyftas dock här de som yrkesmässigt, och i mer omfattande utsträckning, tillhandahåller dylika länkar.

¹⁶³ Carlén-Wendels, s.154.

servern, dels genom visning då den görs tillgänglig för allmänheten. Att angivandet av en enskild URL inte kan ses som ett upphovsrättsligt intrång är klart. Genom det skydd för databaser som ges bl.a. webbplatser torde dock en extensiv länkning, och därmed användandet av en större samling webbadresser, under vissa förutsättningar kunna motverkas.

Förutom det skydd som de enskilda verk i form av text, bilder etc., som utgör delar av en webbsida, åtnjuter webbplatsen i sig skydd som databas. För det fall databasen består av självständiga verk samt i sig själv är att anse som ett litterärt eller konstnärligt verk skyddas det som samlingsverk enligt 5 § URL. Genom inkorporeringen av databasdirektivet infördes emellertid också, i 49 § URL, ett utökat skydd för sådana databaser som inte består av verk utan snarare är samlingar av faktauppgifter etc.¹⁶⁴ Detta innebär att t.ex. en länksamling kan vara skyddad mot intrång.¹⁶⁵ Katalogskyddet, som är en närstående rättighet till skydd för de investeringar som gjorts i basen, gäller även för samlingar som i och för sig uppfyller verkshöjdskravet och därmed är skyddade också som samlingsverk.¹⁶⁶

En databas definieras som ”en samling av verk, data eller andra självständiga element, som arrangerats på ett systematiskt eller metodiskt sätt” och är tillgängliga var för sig.¹⁶⁷ Skyddet gäller endast själva sammanställningsarbetet och inte de enskilda uppgifter som samlats däri. För skydd förutsätts, enligt 49 § URL, att databasen är ett resultat av en väsentlig investering eller att ett stort antal uppgifter samlats i basen. Databaser är ofta just resultatet av sådana stora ekonomiska investeringar eller i övrigt representerande stora värden, och katalogskyddet är främst att se som ett skydd för dessa investeringar. Detta innebär att vissa speciella regler gäller på området. Av intresse här är främst att databaserna, enligt katalogregeln, är skyddade mot exemplarframställning och tillgängliggörande av väsentliga delar av innehållet och med en väsentlig del förstås här även en upprepad användning av i sig icke-väsentliga delar. Med tillgängliggörande syftas här bl.a. på den situation att verket framförs offentligt genom on-line överföring.¹⁶⁸ Märk väl att varken delarna eller själva databasen måste ha status av verk för att skyddas enligt katalogregeln.

Webbplatser består ofta bl.a. av en samling länkar till underliggande dokument. Dessa länkar är således en del av databasens innehåll, men en länksamling kan även, som vi sett, åtnjuta självständigt skydd som en databas i sig. I det sistnämnda fallet torde en förutsättning vara att ett större antal länkar samlats, eftersom länksamlingar som sådana endast med svårighet kan sägas vara ett resultat av en väsentlig investering. Om länkarna ses som en del av den databas som hela webbplatsen utgör, och då närmast någon typ av index¹⁶⁹, är förmodligen ett återanvändande inte att se

¹⁶⁴ Olsson 1998, s.44 f.

¹⁶⁵ Lindberg/Westman, s.192 ff.

¹⁶⁶ Prop. 1996/97:111, s.38 f.

¹⁶⁷ Olsson 1998, s.295.

¹⁶⁸ Prop.1996/97:111, s.55.

¹⁶⁹ Jfr.Olsson 1998, s.46.

som att en väsentlig del av verket utnyttjas. Som konstaterats är dock ett upprepat utnyttjande av i sig icke-väsentliga delar inte heller tillåtet. När någon på sin webbplats lägger en länk och därmed anger måldokumentets URL, återanvänder han således en, om än minimal, del av databasen. I så måtto kan en väsentlig del av basen inte anses ha kopierats eller tillgängliggjorts. Att systematiskt lägga ett stort antal länkar, vilka därmed kopieras och tillgängliggörs, till en och samma webbplats synes däremot i vissa fall kunna innebära ett intrång, då det träffar en väsentlig del av databasen.

I dagarna har ett preliminärt förbud mot sådan systematisk länkning utfärdats av en tysk domstol. Fallet har vissa likheter med tvisten mellan Ticketmaster och Tickets.com, som redogjorts för i avsnitt 4.2. Det danska online-rekryteringsföretaget Ofir använde sig av en sökmotor, vilket möjliggjorde att användarna vid sökning fick träffar på, inte bara annonser som låg under Ofirs egen webbplats, utan även länkar till annonser på det konkurrerande företaget StepStone. Länkarna till dessa annonser presenterades på Ofirs hemsida på samma sätt som om sökningen skett i StepStones egen sökmotor. Genom förfarandet utökades antalet träffar betydligt. Domstolens förbud utfärdades just med hänsyn till databasdirektivets bestämmelser.¹⁷⁰ Tyvärr är de närmare detaljerna kring domstolens motivering i målet inte kända för författaren i skrivande stund.

Ett liknande fall som det nyss anförda har varit föremål för prövning i holländsk domstol.¹⁷¹ Tvisten gällde en webbaserad ”nyhetsbyrå”, som sammanställde länkar till olika holländska dagstidningar. I domen konstateras att användandet av ett större antal länkar förvisso kan ses som ett återgivande av en databas. I det aktuella fallet ådömdes inget ansvar, eftersom målsägandenas databaser inte ansågs vara resultatet av en väsentlig investering. Domstolen anförde här att den huvudsakliga investeringen låg i de enskilda artiklarna och inte i databaserna som sådana.¹⁷² Här bör anmärkas att det svenska katalogskyddet ger skydd även för databaser som inte är resultatet av en väsentlig investering förutsatt att ett stort antal uppgifter sammanställts.¹⁷³

Eftersom bestämmelserna kring databaser syftar till att skydda den bakomliggande investeringen finns anledning att, åtminstone ur ett civilrättsligt perspektiv, anlägga ett pragmatiskt synsätt. Databasdirektivet, artikel 7.5, anger också att en systematisk återanvändning eller utdrag av delar av en databas kan utgöra ett intrång om det står i strid med det normala bruket av basen eller inkräktar på producentens legitima intressen, även om de delar som använts var för sig kan anses som icke-väsentliga.¹⁷⁴ Här är

¹⁷⁰ se pressmeddelande från StepStone, <http://www.fakdis.dk/Info/presse/ss_17jan.htm>.

¹⁷¹ District Court of Rotterdam, mål nr: 139609/KG ZA 00-846, PCM v. Kranten.com, tillgängligt i engelsk version på <<http://www.ivir.nl/rechtspraak/kranten.com-EN.html>>.

¹⁷² Den databas som domstolen tog ställning till bestod egentligen inte av URLerna som sådana utan av titlarna till de enskilda artiklarna, som användes som länksvans. Detta torde dock inte i sak påverka bedömningen.

¹⁷³ Prop 1996/97:111, s.55.

¹⁷⁴ Olsson 1998, s.297.

således resultatet av användandet av betydelse, vilket inte synes ha kommit till uttryck i den svenska lagtexten. Om ett förfarande som det beskrivits i det tyska fallet skulle vara tillåtet öppnar det möjligheter för synnerligen illojala utnyttjanden av databaser på Internet. I praktiken går det nämligen att skapa en konkurrerande produkt till en webbplats genom att bara erbjuda länkar till denna plats utan att själv ha något egentligt innehåll. En sådan utveckling är givetvis inte önskvärd. Genom de speciella reglerna för databaser möjliggörs dock, åtminstone enligt författarens uppfattning, att förhindra sådana här utnyttjanden. Den som systematiskt lägger ett stort antal länkar till en och samma webbplats kan i och med detta anses såväl kopiera som tillgängliggöra en väsentlig del av den ”angripna” databasen, även om endast icke väsentliga delar av basen utnyttjas. Förfarandet innebär att data kopieras ur basen på ett sätt som inte är förenligt med normalt bruk och som också med all sannolikhet skadar databasproducentens ekonomiska intressen.¹⁷⁵ Med samma logik träffar förbudet också de fall, då man utnyttjar någon annans länksamling, även om dessa länkar skulle leda till olika webbplatser, förutsatt att länksamlingen innehåller ett stort antal uppgifter eller är resultatet av en väsentlig investering.

Sammantaget innebär detta, enligt min mening, att det sannolikt inte kan anses förenligt med reglerna om skydd för databaser att genom länkar på det här sättet ”låna” stora delar av innehållet från andra databaser. Vad det egentligen handlar om är dock inte att man genom länkarna tillgängliggör de individuella måldokumenterna utan istället att kopieringen och tillgängliggörandet av länkarna själva, såsom representerande delar av en databas, är otillåtet. Det bör dock påpekas att användandet av reglerna om skydd för databaser i förhållande till länkning i stor utsträckning är obeprövad mark och några säkra slutsatser är därmed omöjligt att dra.

4.7 Sammanfattande slutsatser

Som redogjorts för framställer länkläggaren inga (egna) exemplar av verket och något omedelbart ansvar för exemplarframställning är därmed uteslutet. När det gäller medverkansansvar för de exemplar som framställs hos användarna aktualiseras detta endast i vad som kan betecknas som extrema fall. Huvudorsakerna till detta är den regel, i 12 § URL, som tillåter kopiering för eget bruk, även om förlagan för kopieringen i sig är olovligt framställd samt att svensk rätt, åtminstone om man ser till förarbetena, inte betraktar kopior i RAM som relevanta exemplar.

Genom ett införlivande av upphovsrättsdirektivet kommer dock även RAM-kopior vara att anse som exemplar i upphovsrättslagstiftningens mening. Förvisso undantas, enligt förslaget art. 5.1, RAM-kopiorna från ensamrätten, men endast då de syftar till en laglig användning av verket. Vidare stadgas i direktivförslaget art 5.4 att inskränkningar i ensamrätten,

¹⁷⁵ Jfr Hammarstedt, Upphovsrätt och databaser, Stockholm 1996, s.63.

t.ex. undantaget enligt 5.1, inte får tolkas så att de ”oskäligt inkräkta[r] på rättighetshavarnas legitima intressen eller gör intrång i det normala utnyttjandet av deras verk eller material”. (Samma krav uppställs för övrigt i Bernkonventionens artikel 9 p. 2.) Under dessa förutsättningar faller således, enligt min uppfattning, även framställning av kopior i RAM under upphovsmannens ensamrätt.

Att RAM-kopior är att se som upphovsrättsligt relevanta exemplar och under vissa förutsättningar faller under upphovsmannens ensamrätt är dock inte tillräckligt. Med dagens utformning av 12 § URL undantas såväl tillfälliga som permanenta kopior från ensamrätten även då förlagan är olovligen framställd, eftersom det enda krav som ställs är att verket skall vara offentliggjort. Vad gäller relationen till artikel 5.1 är det således fråga om en laglig användning av verket. Upphovsrättsdirektivets artikel 5.4 tar dock sikte på alla inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt och omfattar således även undantaget för kopiering för eget bruk. Med tanke på den omfattande piratkopiering som förekommer på Internet och de perfekta kopior som digitaliseringstekniken möjliggör är det, enligt författarens mening, de lege ferenda inte rimligt att framledes upprätthålla den vida omfattning som givits 12 §.¹⁷⁶ Som paragrafen idag är utformad framstår det som uppenbart att den ger utrymme för förfoganden som oskäligt inkräktar på rättighetsinnehavarnas intressen samt gör intrång i det normala utnyttjandet av verk, jfr. art. 5.4. I ljuset av detta är det författarens uppfattning att 12 § URL som ett led i införlivandet av det kommande upphovsrättsdirektivet, måste justeras så att ett förfarande där kopiering sker av olovligen framställda förlagor inte omfattas av undantaget. Ett alternativ är här att, liksom vad gäller datorprogram, helt undanta digitala kopior från privatkopieringsrätten. En sådan åtgärd måste givetvis för att inte helt omöjliggöra användningen av Internet kombineras med en rätt till brukskopiering. Som Daniel Westman påpekar är fördelen med ett sådant synsätt att möjligheten till exemplarframställning blir beroende av att verket används på ett lojalt sätt, d.v.s. på så vis som rättighetshavaren åsyftat.¹⁷⁷ Vad beträffar medverkansansvar för länkning torde resultatet bli detsamma då användarens exemplarframställning i situationer där verket lovligt framställts och tillgängliggjorts rimligen är att se som fallande under brukskopieringen. Personligen anser jag dock en sådan ordning i andra, och utanför denna framställning liggande, situationer vara väl långtgående. I ett samhälle där digital teknik används i allt större utsträckning skulle nämligen möjligheterna till privatkopiering begränsas i mycket stor omfattning för en mängd typer av verk. Jag har även svårt att se att införandet av en dylik reglering skulle vara absolut nödvändig som ett resultat av det nya upphovsrättsdirektivet. Tvärtom medger direktivets artikel 5.2 (b) undantag för privatkopiering även vad gäller digitala kopior under förutsättning att skäligen ersättning utgår till rättighetsinnehavarna.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Jfr. Westman nr 62, under ”kommentarer”

¹⁷⁷ Som ovan.

¹⁷⁸ Skäligen ersättning torde här innebära ett krav på s.k. kassettersättning. Denna bygger på att upphovsmännen får del av intäkterna från försäljning av olika anordningar, som t.ex.

Att framställning av såväl tillfälliga som permanenta kopior under de ovan angivna förutsättningar faller under ensamrätten innebär att gränserna för när medverkansansvar för länkläggaren kan aktualiseras synes vidgas betydligt. Att lägga länkar torde dock i allmänhet inte kunna ses som ens ett oaktsamt förfarande, inte minst med tanke på dess utbredning, och ansvar skulle därför endast kunna komma ifråga när det finns särskild anledning för länkläggaren att anta att måldokumentet innebär ett intrång i upphovsmannens rättigheter.¹⁷⁹ Ersättningsrätten, som inträder även då ingen oaktsamhet föreligger träffar, i fall som dessa, som vi har sett inte heller den som ansvarar för medverkan, d.v.s. länkläggaren.

Vad gäller de tre tillgängliggörandeformerna spridning, visning och framförande är det endast de två sistnämnda som aktualiseras i nätverk, då spridning tar sikte på överlåtelser av fysiska exemplar. HDs dom i Mp3-fallet tycks, åtminstone ytligt sett, innebära att länkning alltid är att se som ett tillgängliggörande av det material länken leder till. Någon annan slutsats är svår att dra av domen. Ofta torde länkningen ändå vara tillåten med hänsyn till att den omfattande länkningen på Internet talar för att den som tillgängliggör material på en webbsida kan anses ha gett ett underförstått samtycke till att andra länkar till materialet. Med tanke på det framväxande missnöjet med s.k. *djuplänkning* är det dock tveksamt hur långt det underförstådda samtycket egentligen kan anses sträcka sig. Vidare torde med ovanstående synsätt ett tillgängliggörande alltid föreligga om ursprungsmaterialet laddats upp utan upphovsmannens vetskap eller samtycke, eftersom det endast är denne som kan ge ett sådant underförstått samtycke. Straffansvar torde i de flesta fall vara uteslutet på grund av brister i de subjektiva rekvisiten, men civilrättsligt ansvar, och då främst ersättning för utnyttjandet, skulle med detta synsätt kunna aktualiseras i väldigt många situationer. En sådan ordning är minst sagt olycklig från Internetanvändarnas perspektiv.

HDs slutsatser i Mp3-fallet kan, alldeles oberoende av en extensiv tolkning, kritiseras och det är svårt att se hur en länkläggare alls kan hållas ansvarig för tillgängliggörande. Han förfogar inte över något verksexemplar. Någon kommunikation av verket sker inte via hans serverutrymme och kontakten mellan länkläggare och användare har helt upphört i och med att länken aktiverats. Det kan heller inte anses föreligga något tvivel å användarens sida om detta faktum. Den rimliga slutsatsen av detta torde vara att länkläggaren inte kan anses framföra eller visa det, eller de, verk som måldokumentet består av. Inte heller kan länkläggarens rimligen påläggas ett ansvar för medverkan till tillgängliggörande. Förvisso ökas antalet som besöker måldokumentet med all säkerhet. Dessa enskilda tillfällen kan dock i sig inte ses som visningar eller framföranden då offentlighetsrekvisitet inte är uppfyllt. Tillgängliggörandet sker i och med att verket laddas upp och

CD-skivor, som används för att uppta kopior av verk för eget bruk. Bestämmelser om sådan kassettersättning finns i URL 26 k §.

¹⁷⁹ Jfr. Olsson 1996, s.353 f. Resonemanget gällande bedömningen av grov oaktsamhet vad beträffar distributörer av exemplar har här tillämpats analogt.

möjligen pågår det till dess inmataren väljer att ta ner detsamma. Länkläggaren kan inte på något sätt anses påverka detta inmatarens handlande, även om länkens existens innebär att fler användare kan ta del av verket.

Att länkning ses som ett tillgängliggörande väcker frågan om huruvida det är nödvändigt att enligt amerikansk modell införa ansvarsbegränsningar för den som tillhandahåller länkar, genom t.ex. sökmotorer, men även vanlig hypertextlänkning mellan webbsidor. Vid E-handelsdirektivets utformning diskuterades den här lösningen men något konkret i frågan kom aldrig med i direktivet. Det finns anledning att med utgångspunkt från det synsätt som manifesterats i Mp3-domen ompröva behovet av sådana begränsningar.

Slutligen torde länkning i vissa fall kunna vara att se som ett intrång i skyddet för databaser. Detta gäller om man systematiskt länkar till någons hemsida och därigenom återkommande kopierar och tillgängliggör delar, även om de i sig kan sägas vara oväsentliga, av databasen. På detta sätt undviks att webbplatsinnehavare ”lånar” innehåll ur andras databaser på ett sätt som skadar rättighetsinnehavaren.

5 Integrerande länkar – Framing och Inlining

5.1 Inledning

Som redogjorts för, se avsnitt 3.2, skiljer sig användandet av framing-tekniken från *rena* inline-länkar i så måtto att det är användaren som genom ett klick hämtar hem det främmande materialet. Det grundläggande för båda länktyperna är dock att de till länkläggarens webbsida *hämtar in* material som ligger på en annan server.¹⁸⁰ Genom dessa integrerande egenskaper för de båda länktyperna aktualiseras delvis andra frågor än de som gäller vanliga hypertextlänkar. Givetvis är även här frågorna om exemplarframställning och tillgängliggörande de centrala, men till detta läggs även huruvida intrång i upphovsmannens ideella rättigheter kan aktualiseras. I främst amerikansk litteratur diskuteras ofta huruvida integrerande länkar kan anses utgöra intrång i upphovsmannens rättigheter att framställa och tillgängliggöra bearbetningar av verket.¹⁸¹ Även enligt svensk rätt faller ett sådant utnyttjande inom upphovsmannens ensamrätt enligt 2 § 1 st. URL. Möjligheterna att förfoga över en bearbetning följer dock helt de som gäller för verket i ursprungligt skick och varken utökar eller förminskar rätten på något sätt.¹⁸² Detta innebär att någon särskild diskussion rörande frågan om bearbetningar av verket inte kan anses påkallad. Det bör påpekas att många av de allmänna frågeställningarna om förfoganden i nätverksmiljö diskuterats i föregående kapitel och endast sparsamt kommer att repeteras i det följande.

5.2 Rättsfall

Om antalet fall på det internationella planet där domstolar uttalat sig om lovligheten av hänvisande länkar är få, är situationen vad gäller integrerande länkar än värre. Ett antal tvister har uppkommit på området och varit föremål för domstolsprövning i USA, men utan att sakfrågan slutligt avgjorts.¹⁸³ I ett illustrativt syfte skall dock här redogöras för två tvister, varav det ena rör frame-tekniken och det andra en ren inline-länkning. Båda är av ”äldre” datum och inget av dem nådde en slutlig lösning inför domstol. Detta är dock, ur resonemangssyfte, av mindre vikt.

¹⁸⁰ I framställningen förutsätts givetvis att denna inte tillhör länkläggaren själv.

¹⁸¹ Se t.ex. redogörelsen av Gentschein, s. 60 f.

¹⁸² Olsson 1996, s.85, samt Olsson 1998, s.75 f. jfr 4 § 1 st. URL.

¹⁸³ Se t.ex. L.A. Times v. Free Republic, 54 U.S.P.Q.2D 1453 (C.D. Cal. 2000), tillgängligt på <<http://www.freerepublic.com/summaryjudgement.htm>>, där *huvudfrågan* dock gällde material som direkt laddats upp utan rättighetshavarnas samtycke.

The Dilbert Hack Page

Fallet gällde inline-länkning och en av de första rättsliga tvister som uppstått i anledning av Internet-länkar. Bakgrunden var att en privatperson, som uppenbarligen tyckte att hemsidan för seriefiguren Dilbert lämnade en del övrigt att önska, skapade en egen konkurrerande sida ägnad åt nämnda Dilbert. Eftersom han ville undvika upphovsrättsligt intrång, laddade han inte ner bilder på sin egen server utan länkade genom inlining istället till bilder på originalsidan. Förfarandet sågs dock inte på med blida ögon från rättighetsinnehavarna, som krävde att länkarna togs bort.¹⁸⁴ Främst ansågs länkläggaren ha kränkt upphovsmannens rätt genom att visa verket samt medverka till den exemplarframställning som skett hos användarna.¹⁸⁵ I ljuset av detta avslutade länkläggaren sin verksamhet.

Total News

Total News-fallet är den första tvisten som uppkommit i anledning av Frame-länkar och utan tvekan den mest omtalade, trots att parterna förliktes innan målet blev föremål för prövning. Länkläggaren drev i det här fallet en webbsida för nyhetsförmedling. Med detta förstods att inget eget material producerades, utan man samlade länkar till material på andra sidor. I motsats till i t.ex. Ticketmaster-fallet nöjde man sig dock inte med att endast använda hypertextlänkar utan visade innehållet i artiklarna inom ramar. Detta innebar att besökarna upplevde att de var kvar på Total News, eftersom deras meny och URL i adressraden hela tiden var synliga.¹⁸⁶ Ett antal etablerade nyhetsförmedlare, såsom Washington Post och CNN, stämde Total News och hävdade, bland mycket annat, att de inlåtit sig på en för Internet mediet speciell form av piratkopiering samt gjort intrång genom att erbjuda materialet i en ny och förändrad form.¹⁸⁷ Som påpekats prövades aldrig dessa påståenden i domstol.

5.3 Tillgängliggörande

Som redogjorts för i föregående kapitel är det, även om inte åsikten delas av Högsta Domstolen, författarens uppfattning att hänvisande länkar inte kan anses innebära ett tillgängliggörande av verksinnehållet i måldokumentet. Vad gäller såväl framing som inlining är dock ett annat perspektiv motiverat. Vid båda formerna av integrerande länkning presenteras ”främmande” material som en *del* av den webbsida länkläggaren förfogar

¹⁸⁴ Gentschein, s. 65., hela historien finns att tillgå på <http://www.cs.rice.edu/~dwallach/dilbert>.

¹⁸⁵ ”Letter from Joe Lester” 1996-08-03, tillgängligt på www.cs.rice.edu/~dwallach/dilbert/lester.html.

¹⁸⁶ Carlén-Wendels, s.156.

¹⁸⁷ Sableman, Link Law: The emerging law on Internet hyperlinks, tillgänglig på <http://www.ldrc.com/cyber2.html>.

över. De självklara argumenten mot att denna inkorporering skulle utgöra ett tillgängliggörande är i grunden de samma som vid hypertextlänkning.

Precis som vid hänvisande länkar förfogar länkläggaren nämligen inte över något exemplar av verket. De relevanta exemplaren finns även här hos inmataren och användaren. Inte heller sker någon överföring av de aktuella verken ifrån det serverutrymme länkläggaren förfogar över.¹⁸⁸ Vid såväl framing som inlining är länkarna endast hänvisningar för användarens webbläsare beträffande varifrån på webben materialet skall hämtas. Användarens dator kopplas tillfälligt upp mot den aktuella servern och först därefter, d.v.s. hos användaren, sammanfogas delarna till den helhet som framträder på skärmen.

Som påpekats förutsätts dock inte vid vare sig visning eller framförande att den ansvarige direkt förfogar över ett exemplar av verket. Indirekta visningar genom TV etc. samt vidareändningar av framföranden är traditionellt att se som tillgängliggöranden. Dessa argument är dock i och för sig giltiga även vad gäller hypertextlänkning.

Det som skiljer integrerande länkar från de hänvisande är dock att det för användaren framstår som om verket emanerar från, och är en del av, den aktuella webbsidan. Man uppnår med andra ord samma resultat som om det främmande materialet verkligen varit situerat på den egna webbplatsen. Frågan är dock om detta, som ju är det särskiljande elementet mellan hänvisande och integrerande länkar, kan anses tillräckligt för att anlägga en annorlunda syn på huruvida tillgängliggörande föreligger.

Det starkaste argumentet mot att anse att hänvisande länkar tillgängliggör ett verk är just att de *hänvisar* användaren vidare. Verket åskådliggörs därmed i den miljö och med den avsändare som inmataren åsyftade. Som vi har sett är så inte fallet vid integrerande länkar. Precis som vid vidare spridning av radiomusik på ett hotell eller en restaurang, tillgodogör sig länkläggaren annans "utsändning" inom ramarna för den egna verksamheten. Ur ett pragmatiskt perspektiv finns ingen anledning att skilja en webbplats från ett "rum" i den fysiska verkligheten. När jag tar del av ett verk på en webbsida, är upplevelsen densamma som om jag gör detta på ett galleri eller i en teaterlokal, i så måtto att det upplevs som om det är *där* jag tar del av det. Ett verk som åskådliggörs på två olika webbplatser är i realiteten att jämföra med när exemplar av samma verk framförs eller visas i två av varandra oberoende lokaler. Därmed faller det argument som är det absolut grundläggande för varför vanliga hypertextlänkar inte kan anses tillgängliggöra ett verk. Den som integrerar främmande material med sin webbplats hänvisar nämligen inte användaren vidare, utan denne befinner sig hela tiden på länkläggarens webbsida. Att tekniken här möjliggör att detta kan ske utan att länkläggaren faktiskt befattar sig med vare sig verksmaterialet eller själva överföringen kan här knappast spela någon roll då slutresultatet blir detsamma.

¹⁸⁸ Lundqvist, under "Länkar och upphovsrätt".

Som Jan Rosén påpekar beror bedömningen av om någon kan anses ha begått intrång i upphovsrätten på i vad mån han *förfogat* över ett skyddat verk. Tillgången till ny teknik är här inte av avgörande betydelse och ger inte skäl att omvärdera rättsreglernas tillämplighet. Framförallt vad gäller civilrättsligt ansvar är en sådan ändamålsinriktad tolkning motiverad.¹⁸⁹

Utgångspunkten för upphovsrättslagstiftningen är att den skall vara teknikneutral och som auktorättskommittén uttalade i lagförslaget var syftet att genom en allmän beskrivning innefatta även de nya typer av förfoganden som teknikutvecklingen kunde föra med sig. Ytterst är det alltid en fråga om att förfoga över verket på ett sådant sätt att andra kan "...*uppfatta det med sina sinnen...*".¹⁹⁰ För författaren framstår det på dessa grunder självklart att medan hypertextlänkar hänvisar användaren till det tillgängliggörande som sker på inmatarens webbplats ett liknande perspektiv inte kan anläggas på fall där material genom inline- eller frame-länkar integreras i webbsidan, utan verket tillgängliggörs här "på nytt" och i en annan miljö. Eftersom HD anlagt synsättet att hänvisande länkar tillgängliggör måldokumentets verksinnehåll, är det också förvisso mycket svårt att se hur domstolen skulle kunna anlägga ett annat perspektiv på integrerande länkar.¹⁹¹

Däremot det svårt att se, med hänvisning till det resonemang som förts i avsnitt 4.4.5, hur formuleringen i förslaget till upphovsrättsdirektiv skulle kunna träffa användandet av integrerande länkar. Som påpekats tar bestämmelsen i artikel 3 sikte på rätten till överföringen som sådan. Även om formuleringen "...*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 ordalydelsen synes täcka situationen, måste den tolkas i ljuset av att hela artikeln behandlar just överföringar. Formuleringens syfte är att även sådana överföringar vilka sker till enskilda individer och därför inte som isolerade företeelser kan anses vara riktade till allmänheten, skall innefattas i begreppet *överföring till allmänheten*. Därmed är den rimliga tolkningen att ansvar för tillgängliggörande endast kan träffa den som vid en aktivering också överför verket. Eftersom länkläggaren inte heller vid integrerande länkning står för överföringen, synes dessa således falla utanför bestämmelsens gränser.

Det mesta talar trots allt för att den som integrerar upphovsrättsligt skyddat material i sin webbplats gör detta tillgängligt för allmänheten genom att verket visas eller framförs offentligt. Detta tycks också vara den allmänna uppfattningen i doktrinen.¹⁹² Carlén-Wendels menar dock att länkar till material som kan anses visas inte kan angripas, eftersom upphovsmannens

¹⁸⁹ Rosén, s.822 f.

¹⁹⁰ SOU 1956:25, s.92.

¹⁹¹ Jfr. Nordell, s.172.

¹⁹² se Lindberg/Westman, s. 203 f., Westman nr 62, under "kommentarer", samt Carlén Wendels, s.155, vars ställningstagande dock inte är lika entydigt.

visningsrätt konsumerats.¹⁹³ Varför konsumtion inte aktualiseras i nätverk har diskuterats i avsnitt 4.4.2, och således torde integrerande länkar tillgängliggöra verk alldeles oberoende om det sker genom visning eller framförande.

Det kan hävdas att den som laddar upp ett verk mot Internet därmed ger ett underförstått tillstånd till andra att utnyttja det genom integrerande länkar. Till exempel finns tekniska lösningar för att omöjliggöra för annan att genom framing eller inlining utnyttja ens webbplats, varför det kunde finnas anledning att anse att de som inte vidtagit sådana åtgärder får anses medgivit användandet.¹⁹⁴ Inte heller denna väg ter sig dock framkomlig då varken inline- eller frame-länkar till annans material, på samma sätt som hänvisande länkar, kan anses vara en del av den grundläggande Internetstrukturen, varför det är svårt att generellt hävda förekomsten av ett underförstått samtycke. Dessutom pålägger det upphovsmannen en skyldighet att skydda sina verk genom ekonomiska investeringar, vilket i sig inte kan anses rimligt.

Slutligen kan den som integrerar material uttryckligen ange i anslutning till en bild eller en text att materialet kommer utifrån. Genom att på detta sätt markera sitt oberoende till materialet undviker man villfarelse å användarnas sida om materialets ursprung.¹⁹⁵ Att det framstår som klart för användaren att materialet kommer från annan plats var ett av argumenten för varför hypertextlänkar inte kan anses tillgängliggöra material. Detta skall dock endast förstås som att det i det fallet inte kan föreligga något tvivel hos användaren om att en förflyttning från länkläggarens webbplats verkligen *har* skett och att materialet därför inte kan ses som en del av det som presenteras på denna webbplats. Enligt författarens mening påverkar inte detta bedömningen av om ett tillgängliggörande föreligger vid integrerande länkar, eftersom någon förflyttning från webbsidan *de facto inte* sker i dessa fall och detta är lika uppenbart för användaren. Alldeles oberoende av förekomsten av dylika markeringar tillgodogör sig användaren nämligen materialet *på* den aktuella webbplatsen, vilken till skillnad från vad som gäller vid hypertextlänkning inte spelat ut sin roll efter länkens aktivering. Verket är således en del av den tjänst länkläggaren erbjuder på sin webbplats. Lika lite som den som vidaresprider en radiosändning torde kunna undgå ansvar genom att i lokalen sätta upp stora plakat som talar om att musiken egentligen framförs via en allmänt tillgänglig radiokanal, torde en länkläggare på detta sätt kunna begränsa sitt ansvar.

I det anförda har ingen uppdelning gjorts mellan de två olika typerna av integrerande länkar. Ibland görs försök att skilja inline- och frame-länkar åt med motiveringen att det vid användandet av frame-länkar, och då med hänsyn till att de delar in skärmen i flera delar, tydligare framgår att materialet kommer utifrån. Därmed skulle omständigheterna vid sådan användning ses som förmildrande. Speciellt skulle detta vara fallet om

¹⁹³ Carlén-Wendels, s.153.

¹⁹⁴ För en beskrivning av skyddsmöjligheter, se Gentschein, s.72 f.

¹⁹⁵ Se Westman nr 60, under "allmänt om länkning".

ramarna var tydligt synliga för betraktaren.¹⁹⁶ Det är svårt att se det berättigade i en sådan åtskillnad enligt samma resonemang som förts ovan vad gäller markering av materialets ursprung. Även i dessa fall används nämligen verksinnehållet i måldokumentet som en del av den länkande siten. Ramen, utifrån vilken användaren navigerar, ligger hela tiden kvar och användaren kan fortfarande välja att ta del av de övriga tjänster länkläggaren erbjuder. Därmed förfogar länkläggaren över materialet på samma sätt som om det legat på den egna servern.

5.4 Exemplarframställning

Såväl vid inline-länkning som vid användande av frames utnyttjar länkläggaren inte verket genom att framställa kopior. Överföringen av verken sker inte över länkläggarens servrar utan en direktkontakt upprättas mellan inmataren och användaren. Materialet sammanställs sedan i mottagardatorn och det är först där som ett exemplar framställs och de olika delarna sätts ihop till en helhet. Något omedelbart ansvar för exemplarframställning kan således inte komma ifråga.

Vad gäller medverkansansvar till den exemplarframställning som sker hos användarna kommer resonemanget i det följande utgå ifrån att även kopior i RAM som utgångspunkt är att betrakta som exemplar, samt att sådan tillfällig kopiering är förbehållen upphovsmannen i de fall som anges i upphovsdirektivet.¹⁹⁷ Även här gäller med all sannolikhet att endast de kopior som är ett resultat av länken kan aktualisera ansvar. Om användaren väljer att gå vidare, t.ex. genom att framställa papperskopior genom utskrift eller spara materialet på hårddisken torde ett medverkansansvar för just den exemplarframställningen vara uteslutet, om inte annat på grund av brister i de subjektiva rekvisiten.¹⁹⁸

Om kopior i RAM är att betrakta som tillräckligt beständiga, framställs ett relevant exemplar av det ifrågavarande verket i användarens dator vid såväl inlining som framing. Att detta sker som ett resultat av den länk som läggs innebär att länkläggaren med största sannolikhet kan anses ha medverkat till exemplarframställningen på ett rent objektiva plan. För medverkansansvar krävs dock att man kan fastställa att användaren begår ett intrång i och med ett exemplar framställs i hans dator.

Vad gäller integrering av material som redan i första ledet, d.v.s. på den webbplats från vilket materialet inhämtats, är olovligen framställt och tillgängliggjort finns ingen anledning att skilja på vad som gäller för

¹⁹⁶ Carlén-Wendels, s.151 f.

¹⁹⁷ Diskussionen skulle annars falla helt, eftersom framing och inlining endast resulterar i RAM-kopior. Det är nämligen av naturliga skäl svårt att lägga t.ex. en Mp3-fil, eller andra format som kräver beständig download, inom ramar.

¹⁹⁸ En annan faktor är att det i praktiken skulle visa sig svårt att fastslå att någon användare verkligen förfogat över verket på det viset.

medverkansansvar vid vanlig hypertextlänkning till sådant material, se avsnitt 4.3.1.3.

I de båda rättstvister som redogjorts för integrerades dock material som var *lovligen* tillgängliggjort på annan plats i nätverket. Inmataren måste därför anses ha gett tillstånd till åtminstone sådan tillfällig lagring som sker vid webbläsning. Kommunikationen av verket sker också från samma källa som om användaren surfat in på inmatarens webbplats. Förlagan för kopieringen är med andra ord inte olaglig och genom att lägga ut verket på nätet måste inmataren anses ha gett ett underförstått tillstånd till kopieringen. Artikel 5.1 i upphovsrättsdirektivet undantar vidare från exemplarframställningsrätten de kopior som framställs i RAM-minnet under förutsättning att de syftar till ett lagligt användande av verket.

Ovanstående resonemang kompliceras dock av en faktor. Förvisso kan den som tillgängliggjort materialet sägas ha gett användaren ett underförstått tillstånd att förfoga över detta genom exemplarframställning för eget bruk. Om man emellertid anlägger synsättet, vilket gjorts i föregående avsnitt, att man genom att lägga en frame- eller inline-länk olovligen tillgängliggör verket är det exemplar som uppstår hos slutanvändaren resultatet av just detta olovliga tillgängliggörande och inte ett resultat av det tillgängliggörande som inmataren står för. Givetvis träffas en sådan exemplarframställning av undantaget i 12 § URL, men med hänsyn till tidigare nämnda artikel 5.4 direktivförslaget, som inte tillåter inskränkningar som gör intrång i det normala utnyttjandet av verk, finns anledning att ifrågasätta om man inte här bör anlägga samma synsätt som när förlagan för kopieringen är olovligt framställd. Eftersom den som lägger integrerande länkar redan i och med detta sannolikt kan hållas ansvarig för tillgängliggörande, ter sig dock frågan vara av mer akademisk än praktisk betydelse.

Återigen bör påpekas att med hänsyn till nuvarande regelverk, och då åsyftas såväl den praktiska tillämpningen av 12 § som lagstiftarens inställning till RAM-kopior, det är mycket svårt att se att ett medverkansansvar för länkläggaren kan komma ifråga vare sig vid hänvisande eller integrerande länkar.

5.5 Intrång i de ideella rättigheterna

Enligt 3 § 1 st. URL skall, då någon av de ekonomiska rättigheterna utnyttjas, upphovsmannen till verket enligt den s.k. *paternitetsrätten* anges i den omfattning god sed påbjuder, jfr. avsnitt 2.4. Denna regel omfattar alla typer av verk, d.v.s. även t.ex. databaser, och det spelar här ingen roll om verket utnyttjas med eller utan tillstånd. Inte heller om verket utnyttjas

enligt de inskränkingsregler som finns i 2 kap URL, förtar det upphovsmannens rätt att bli namngiven.¹⁹⁹

Som konstateras talar det mesta för att den som genom integrerande länkar utnyttjar ett verk kan anses ansvarig för tillgängliggörande. Att ta ställning till vad som kan anses utgöra *god sed* i sådana här sammanhang är dock inte helt enkelt. Någon djupare analys ter sig dessutom överflödigt, men vissa allmänna slutsatser kan ändå dras. Till att börja med är det rimligt att utgå ifrån att den som väljer att genom inlining integrera en bild med sin webbsida torde göra intrång i den ideella rätten, om det framgår av det sammanhang i vilket bilden har sitt ursprung vem som är upphovsman till verket, men denna information inte ”följer med” i den nya versionen. Detsamma torde gälla den som genom frame-länkar integrerar verk så att sådan information försvinner. Bedömningen i situationer där det inte heller på ursprungsplatsen anges, eller på annat sätt framgår, vem som är upphovsman kan *möjligen* bli en annan. Här finns olika regler för vad som skall anses vara god sed beroende på vad för typ av verk som utnyttjas och bedömningen torde därför få göras från fall till fall. Generellt kan dock sägas att upphovsmannen skall namnges i de flesta fall och i den utsträckning det är praktiskt möjligt.²⁰⁰

Vad beträffar den andra delen av de ideella rättigheterna, *respekträtten*, kan även här endast redogöras för de övergripande riktlinjerna. Respekträtten syftar till att skydda upphovsmannen från att hans verk används på ett kränkande sätt. Det är dock inte huruvida han verkligen blivit kränkt som är utgångspunkten, utan bedömningen skall göras utifrån en objektiv måttstock.²⁰¹ En bild eller text etc. som integreras kan vara en del av en större helhet som i sig utgör ett verk på ursprungsplatsen. Redan detta, att lyfta ur den ur sitt sammanhang, kan i sig innebära en kränkning. Vidare kan verket på den nya sidan användas i syften eller sammankopplas med verksamhet som är kränkande, t.ex. som ett led i rasistisk propaganda etc. Andra sammanhang som kan vara kränkande är om verket tillgängliggörs på en pornografisk sida, vilka inte är helt ovanliga på Internet. HD har t.ex. ansett det kränkande då bilder, i form av affischer, användes som led i reklam för en s.k. porrbio, genom att affischerna sattes upp utanför biografen.²⁰² Exakt vad som kan betraktas som kränkande är dock något som måste bedömas från fall till fall.

5.6 Sammanfattande slutsatser

Det finns ingen anledning att, när inte särskilda skäl föreligger, behandla förfoganden i en digital miljö annorlunda än sådana som sker i den fysiska världen. I så måtto är de tjänster som erbjuds på en webbplats jämförbara

¹⁹⁹ Olsson 1996, s.74 f.

²⁰⁰ Kocktvedgaard/Levin, s.132 ff.

²⁰¹ SOU 1956:25, s.123.

²⁰² NJA 1974 s.94, se även kocktvedgaard/Levin, s.134 f.

med tjänster som erbjuds i en affärslokal etc. Vid integrerande länkar, och det gäller såväl inlining som framing, görs någon annans verk till en del av den tjänst som erbjuds på den länkande siden. Ursprungsplatsen är hela tiden en förutsättning för att kunna ta del av verken och "kontrollen" över användaren stannar hos länkläggaren. Just detta är vad som skiljer de hänvisande länkarna från de integrerande och ger anledning att från ett tillgängliggörandeperspektiv behandla dem annorlunda. Att den nya tekniken möjliggör att detta kan ske utan att länkläggaren faktiskt befattar sig med vare ett exemplar av verket eller själva överföringen torde inte påverka denna bedömning, då utgångspunkten för den upphovsrättsliga lagstiftningen är att den skall vara teknikneutral.

En följd av synsättet att det integrerade materialet görs till en del av länkläggarens egen tjänst är att ansvaret rimligen inte kan påverkas av huruvida det tydligt anges att det aktuella verket härstammar från annan källa och infogats genom en integrerande länk. Användarens vetskap om detta förhållande saknar således självständig betydelse, då han eller hon ändå tar del av det på den hemsida länkläggaren förfogar över. En ytterligare konsekvens av detta är att det i allmänhet inte kan finnas anledning att skilja på användandet av frame- och inline-länkar.

Vad gäller medverkansansvar till den exemplarframställning som sker hos användarna torde i stort sett samma förutsättningar gälla som de som redogjorts för vid behandlingen av hypertextlänkar. Framförallt gäller detta integrering av material som redan i första ledet är olovligen framställt och tillgängliggjort. Som en följd av det faktum att den som integrerar material också tillgängliggör detsamma är det exemplar som framställs hos användaren ett resultat av detta (olovliga) tillgängliggörande. Förvisso täcks även denna situation av privatkopieringsrätten i 12 § URL. Med hänsyn till artikel 5.4 direktivförslaget och artikel 9.2 Bernkonventionen torde dock i längden lovlighet p.g.a. kopiering för eget bruk här vara svårt att hävda eftersom förfarandet helt uppenbart inkräktar på det normala bruket av verket. Inte heller torde RAM-kopiorna kunna undantas med hänvisning till artikel 5.1 direktivet, eftersom denna bestämmelse dels uppställer kravet att framställningen skall syfta till en laglig användning, dels skall tolkas i ljuset av artikel 5.4.

Slutligen kan ett användande av integrerande länkar resultera i att upphovsmannens ideella rättigheter kränks, eftersom verket tillgängliggörs. Detta kan ske dels genom att verkets upphovsman inte anges enligt god sed, dels att verket används på ett för upphovsmannens kränkande sätt, genom att det ändras eller tillgängliggörs i ett kränkande sammanhang. Att inte ange upphovsmannens namn kan endast i undantagsfall anses förenligt med god sed, men precis som vid analys av om en kränkning kan anses föreligga, måste dessa frågor bedömas utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet.

6 Avslutande kommentarer

Skaparen av World Wide Web, Tim Berners-Lee, lär ha sagt följande:

”The web was designed to be a universal space of information, so when you make [...] a hypertext link, you should be able to make that link to absolutely any piece of information that can be accessed using networks. The universality is essential to the Web: it loses its power if there are certain types of things to which you can’t link.”²⁰³

Dessa möjligheter har till stor del skapat förutsättningarna för Internets snabba expansion och värde som informationskanal. Den fria länkningen är en del av den, om man så vill, kulturella bakgrund ur vilken Internet formats. Det finns därför anledning att hävda att man genom att tillgängliggöra sina verk i en sådan miljö i viss utsträckning också medger att de utnyttjas enligt den gängse traditionen, vilken innefattar hypertextlänkning.

Samtidigt är det av yttersta vikt att erbjuda de rättighetsinnehavare som valt att inte göra sina verk tillgängliga på Internet skydd mot att deras alster utnyttjas i den digitala miljön. Här har hänvisande länkar helt klart en roll i det utnyttjande som sker i nätverket, eftersom de otvivelaktigt innebär att fler användare tar del av verket än annars varit fallet. Det är just denna egenskap som utgör både länkarnas styrka och problem.

Av denna anledning måste det finnas möjligheter att, under vissa förutsättningar, hindra länkning i de fall den resulterar i att en upphovsmans verk utnyttjas på ett otillbörligt sätt, vilket är fallet då länkning sker till material som olovligen tillgängliggjorts i nätverket. Man kan här, som författaren ser det, genom lagstiftning eller praxis, ”välja” att gå två olika vägar.

Den första är att se länkläggaren som medverkansansvarig till den olovliga exemplarframställning som sker hos användaren. För att ett sådant skydd inte skall vara helt innehållslöst måste det förenas med dels en syn på RAM-kopior som upphovsrättsligt relevanta exemplar, dels en förändring av 12 § URL, som idag tillåter kopiering för eget bruk oavsett förlagans eventuella olovlighet. Som torde framgått av framställningen är det min uppfattning att en sådan förändring i ljuset av upphovsrättsdirektivet ändå är nödvändig. Förvisso undantas, enligt direktivförslagets artikel 5.1, RAM-kopior från den ensamrätt som i övrigt tillerkänns upphovsmannen, men endast då de syftar till en laglig användning av verket. Med dagens utformning av 12 § faller en sådan exemplarframställning inom ramarna för privatkopieringen. Direktivförslagets art. 5.4 tillåter dock inte att inskränkningar, däribland kopiering för eget bruk, tolkas på ett sådant sätt att de oskäligt inkräktar på rättighetshavarnas legitima intressen eller gör intrång i det normala

²⁰³ Sableman, inledningsstycket.

utnyttjandet av verket. Att som fallet var i t.ex. Mp3-målet, kopiera verk med utgångspunkt i en olovligt framställd förlaga kan inte anses vara förenligt med ett normalt bruk av verket. Det är därför min uppfattning att en sådan tolkning av 12 §, i ljuset av upphovsrättsdirektivet, inte är rimlig. Som påpekats, i avsnitt 4.7, är en möjlighet att helt undanta digitala kopior från privatkopieringsrätten kombinerat med en reglering om brukskopiering, d.v.s. att kopior som är nödvändiga för att kunna ta del av verket på avsett sätt inte faller under ensamrätten. Vad beträffar förutsättningarna för medverkansansvar vid länkning torde resultatet bli detsamma eftersom det exemplar som framställs hos användaren rimligen faller under rätten till brukskopiering då förlagan är lovligt framställd och tillgängliggjord. Personligen anser jag dock som påpekats att det i andra situationer än vid just länkning kan te sig väl långtgående att helt undanta digitala kopior från privatkopieringsrätten. Ett resonemang kring detta ryms dock inte inom ramarna för detta arbete.

Oberoende av vilken lösning som väljs måste således utgångspunkten vara att det inte är tillåtet att i RAM eller på hårddisken framställa kopior av olovligen framställda och tillgängliggjorda verk för att det skall vara möjligt att pålägga länkläggaren ett ansvar. Detta synsätt har fördelen att länkläggaren inte kan drabbas av ens civilrättsligt ansvar då insikt saknats och han varit i god tro om innehållet i måldokumentet, eftersom ersättningsskyldighet endast drabbar den för vars räkning verket utnyttjats. Det finns här inte heller någon större risk att rättighetsinnehavaren väljer att ge sig på de enskilda Internet-användarna, om inte annat så av processtekniska skäl. När väl länkläggaren underrättats av rättighetsinnehavaren är han av självklara skäl inte längre i god tro och kan då, om han inte avlägsnar länken, hållas såväl civilrättsligt som straffrättsligt ansvarig för medverkansbrottet. Vidare tycks detta närmande till problemet stå i samklang med såväl svensk lagstiftning, praxis som den EG-rättsliga utvecklingen.

Den andra vägen är den som HD tycks ha valt, nämligen att anse länkläggaren som tillgängliggörare av verksinnehållet. I bästa fall innebär HDs dom inte mer än att länkar till filer av samma typ som Mp3-filer, d.v.s. annat än HTML-dokument, innebär ett tillgängliggörande. I värsta fall blir resultatet att en hänvisande länk alltid innebär ett tillgängliggörande. Konsekvenserna av detta blir långtgående på det civilrättsliga planet då, ersättning skall utgå oberoende av insikt, ond tro, etc. Vad värre är, är att det knappast, ur tillgängliggörande synpunkt, är möjligt att skilja på länkar till lovligt respektive olovligt tillgängliggjort material. Länkar till ingångssidor på webbplatser får under alla omständigheter anses tillåtna med hänsyn till ett underförstått samtycke, men i övrigt skapar detta synsätt stor osäkerhet. I förlängningen innebär det att länkläggaren alltid torde vara skyldig att inte bara inhämta tillstånd från den som laddat upp verket utan även försäkra sig om att denne verkligen äger rätt till verket och därmed är i stånd att ge ett sådant tillstånd. Som författaren ser det riskerar detta att leda till en minskad användning av länkar och därmed en olycklig utveckling för dem som använder Internet. En sådan här ordning måste därför förenas med

ansvarsbegränsningar för att inte helt hämma möjligheterna till navigering på webben. Vidare är det svårt att förena ställningstagandet att hänvisande länkar tillgängliggör material med utgångspunkt i såväl svensk lagstiftning som tidigare praxis samt den framväxande EG-rätten på området. När det sen gäller att rent logiskt och semantiskt se hänvisande länkar som tillgängliggörare av verk, blir det hela än svårare. Exakt vari skillnaden skulle bestå mellan en länk och en vanlig hänvisning är nämligen, åtminstone för mig, höljt i ett totalt dunkel, låt vara att denna hänvisning kan grunda ansvar för medverkan till exemplarframställning.

Det är min personliga uppfattning att ett fullgott skydd för rättighetsinnehavarna kan tillgodoses utan en konstruktion som innebär att den som lägger en hänvisande länk tillgängliggör materialet, förutsatt att en ändring införs i 12 § URL och kombineras med en syn på RAM-kopior som relevanta exemplar. Ett sådant synsätt minskar inte bara riskerna för att den legitima verksamheten på Internet påverkas negativt utan skulle även stå bättre i samklang med internationell praxis vad gäller länkar. Inte minst är det anmärkningsvärt att ingen annan domstol ansett att en förflyttande länk innebär ett tillgängliggörande av innehållet i måldokumentet. Med detta sagt kan påpekas att Internet givetvis inte står och faller med hur svenska domstolar bedömer möjligheten att länka och det torde inte heller föreligga någon större risk för att HDs perspektiv skulle ”sprida” sig utanför landets gränser.

Även den som medvetet gjort sina verk tillgängliga på Internet är i behov av skydd i förhållande till vissa av de ”illojala” utnyttjanden som den nya tekniken medger. Genom databasdirektivets regler hindras, under vissa förutsättningar, sannolikt att någon drar nytta av det arbete någon annan investerat i en webbplats genom att extensivt ”djuplänka” till en och samma webbplats, eftersom man vid ett sådant förfogande tycks framställa exemplar av och tillgängliggöra vad som kan anses vara en väsentlig del av databasen.

Det utnyttjande som sker av i och för sig lovligen tillgängliggjort material genom inline- och frame-länkar är med hänsyn till HDs slutsatser i Mp3-målet även det med all sannolikhet att anse som ett tillgängliggörande av materialet. Även om man anlägger ett annat synsätt än HD i just Mp3-fallet, framstår det som rimligt att anse att den som integrerar upphovsrättsligt skyddade verk med sin webbsida kan hållas ansvarig för tillgängliggörande. Förfarandet att använda verk på sin webbplats är fullt jämförbart med liknande förfoganden i den ”fysiska” världen och den nya tekniken är i sig ingen anledning att anlägga ett annat synsätt. Upphovsrättslagstiftningen är teknikneutral och *utgångspunkten* måste vara att upphovsmannen har en ensamrätt att tillgodogöra sig de ekonomiska vinsterna av sina verk.

Vad slutligen gäller den som lägger enstaka ”djup”-länkar till webbplatser, där materialet lovligen är tillgängliggjort, synes ett sådant förfarande inte kunna angripas, åtminstone inte enligt upphovsrättslagen, om man väljer att inte se länkläggaren som tillgängliggörare. Det är dock min personliga

uppfattning att ett sådant tillvägagångssätt är precis vad webben är konstruerad för och det sätt på vilket den använts alltsedan början. Det finns därför all anledning att hävda att den som absolut motsätter sig ett sådant förfarande bör vidtaga någon av de möjliga skyddsåtgärder mot djuplänkning som står till buds.

Jag hoppas att jag i detta arbete lyckats fästa uppmärksamheten på de upphovsrättsliga problem som uppkommer i samband med utnyttjandet av länkar på Internet. Förhoppningsvis har framställningen också pekat på den betydelse som länkarna har för att hålla samman webben och hur långtgående konsekvenserna kan bli, om man alltför starkt beskär möjligheterna till sådan länkning. Slutligen hoppas jag att jag lyckats visa på de olika möjligheter som står till buds när det gäller att skydda rättighetshavarnas intressen samtidigt som hänsyn tas till de för Internetmediet speciella förutsättningar.

Källförteckning

Offentligt tryck

CSL 9512/1/2000	Rådets gemensamma ståndpunkt gällande förslag till upphovsrättsdirektiv.
Direktiv 92/100/EG	Om uthyrnings- och utlåningsrättigheter m.m.
Direktiv 91/250/EEG	Om rättsligt skydd för datorprogram.
Direktiv 96/9/EG	Om upphovsrättsligt skydd för databaser.
Direktiv 2000/31/EG KOM (99) 250 slutlig.	Om elektronisk handel. Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.
Prop. 1960:17	Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
Prop. 1981/82:152	Om skärpta åtgärden mot upphovsrättsintrång
Prop. 1996/97:111	Om upphovsrättsligt skydd för databaser
SEC (2000) 1734	Meddelande från kommissionen till parlamentet gällande rådets gemensamma ståndpunkt beträffande förslag till nytt upphovsrättsdirektiv.
SFS (1960:729)	Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
SFS (1986:645)	Brottsbalken
SFS (1994:1483)	Regeringsformen
SOU 1956:25	Upphovsmannarätt till Litterära och Konstnärliga verk, Lagförslag av Auktorrättskommittén
SOU 1985:51	Upphovsrätt och datorteknik

Internationella konventioner

BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)
VK	Världskonventionen om upphovsrätt (1952)
TRIPs	Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (1996)
Romk	Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare (1961)
WCT	WIPO Copyright Treaty (1996)
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty (1996)

Litteratur

Bernitz, Karnell, Pehrson och Sandgren	Immaterialrätt, sjätte upplagan, Stockholm 1998.
Bettinger, Torsten och Freytag, Stefan	Civil Law Responsibility for Links, IIC 1999 s.883
Boman, Mats och Lindblom, Fredrik	Hyper-Linking may be a criminal offence, E.I.P.R. 2001 s.55.
Carlén-Wendels, Thomas	Upphovsrätt i reklam och media, Lund 1997.
Carlén-Wendels, Thomas	Nätjuridik – Lag och rätt på Internet, andra upplagan, Stockholm 1998.
Gentzschein, Anna	Internet Links – Legal Implications, Stockholm 1997
Hallén, Clara	Om privatkopieringsrätt i IT-åldern, NIR 1998 s.174
Halvorson, T.R.	How to start an urban legend: the reporting of IRI, inc v. ULM inc, 2000-03-15, < http://www.llrx.com/features/urban.html >.
Hammarstedt, Per	Upphovsrätt och databaser, Stockholm 1996.
Karnell, Gunnar	”kommentar till NJA 2000 s.292.” NIR 2000 s.493.
Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne	Lärobok i Immaterialrätt, sjätte upplagan, Stockholm 2000.
Lindberg, Agne och	Praktisk IT-rätt, andra upplagan,

Westman, Daniel Lundblad, Nicklas	Stockholm 1999. Teknotopier – den nya tekniken och rättens framtid, 2000.
Lundqvist, Niklas	Fråga först – länka sen, Publicerad i Brand News nr 9 1997, < http://www.mawa.se/swe/artiklar/04.html >.
Juliá-Barceló, Rosa	On-Line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and U.S. Legal Frameworks, < http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/lab/991216/liability.doc >.
Kiritsov, Simona	Can Millions of Internet users be breaking the law everyday?, An intellectual property analysis of linking and framing and the need for licensing, < http://stlr.stanford.edu./STLR/Events/linking/contents_f.htm >
Mühlen, Hans	Vad är World Wide Web?, < http://internet.physto.se/www/wwwinfo.html >.
Nordell, Per Jonas	Det s.k. MP3-avgörandet, JT 2000/01, s. 166.
Olsberg, Björn E Och Müller, Magnus	Internetworlds musikguide, för surfare det svänger om, bilaga till Internetworld nr 10/2000.
Olsson, Henry	Copyright: svensk och internationell upphovsrätt, sjätte upplagan, Stockholm 1998.
Olsson, Henry	Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar, Stockholm 1996.
Rajala, Katariina	Rätten att framställa exemplar och temporär lagring i nätverksmiljö, NIR 1999 s.99.
Rindforth, Petter Rosén, Jan	Ens@mrätt.på.internet?, 1998. Ansvar för utnyttjanden av skyddade prestationer i nätverk, SvJT 2000 s. 805.
Sableman, Mark	Link Law: The emerging law on Internet hyperlinks, tillgänglig på < http://www.ldrc.com/cyber2.html >
Seipel, Peter	Juridik och IT, introduktion till rättsinformatiken, sjätte upplagan, Stockholm 1997.
Smith Kubiszyn, Margaret	Emerging Legal Guidance on "deep linkin", Gigalaw.com, maj 2000,

Tucker, Robert L	< http://www.gigalaw.com/articles/kubiszyn-2000-05-p1.html > Information Superhighway Robbery: The Tortious Misuse of Links, Frames, Metatags and Domain Names, Virginia Journal of Law and Technology, nr 4 1999, < http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol4/v4i2a8-tucker.html >.
Westman, Daniel	Första svenska rättsfallet om länkning, ur lov och data nr 60, < www.juridicum.su.se/iri/dawe/mp3.htm >.
Westman, Daniel	MP3-målet i HD – rättsläget kring länkning fortfarande oklart, ur lov och data nr 62, < http://www.juridicum.su.se/iri/dawe/Mp3-HD.html >.

Rättsfall

Sverige

NJA 1974 s.94	Gunilla Rudling
NJA 1980 s. 123	Morningtonfallet
NJA 1986 s.702	Demonstrationsmusikmålet
NJA 1988 s.715	Sjukhusmusik
NJA 1996 s.79	BBS-målet
NJA 2000 s.292	Mp3-avgörandet

USA

991 F 2d. 511 (9 th cir. 1993)	MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.
50 U.S.P.Q. 2d 1063 (C.D. Cal. 1998)	Bernstein v. J.C. Penney, Inc.
75 F.Supp 2d. 1290 (D.Utah 1999)	Intellectual Reserve, Inc v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.
54 U.S.P.Q.2d 1453 (C.D. Cal. 2000)	L.A. Times v. Free Republic
54 U.S.P.Q.2d 1344 (C.D. CAL 2000)	Ticketmaster v. Tickets.com

Nederländerna

Mål nr 96/1048, The District Court of The Hague, 1999-06-09.	The Church of Scientology v. Several internet providers
Mål nr 139609/KG ZA 00-846 District Court of Rotterdam,	PCM v. Kranten.com

2000-08-22.

Övrigt webbmateriel

The Link Controversy Page

<<http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/lcp.html>>.

WIPOs hemsida
Pressmeddelande
från StepStone

<www.wipo.org>
<http://www.fakdis.dk/Info/presse/ss_17jan.htm>