



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Christian Oxhamre

Juridiska föreningen,
gudstjänster och marschmusik
En kritisk analys av Upphovsrättslagens reglering av
framföranderätten

Examensarbete
20 poäng

Hans Henrik Lidgard

Immaterialrätt

HT-02

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
INLEDNING	4
Bakgrund	4
Uppsatsens syfte	5
Disposition	5
Material	6
Forskningsansats	6
Avgränsningar	7
1 DEN RÄTTSEKONOMISKA UPPHOVSRÄTTSTEORIN	8
1.1 Incitament – upphovsrättens ledstjärna	8
1.2 Avvägningsproblematik	9
2 OFFENTLIGT FRAMFÖRANDE ENLIGT 2 § UPPHOVSRÄTTSLAGEN	12
2.1 Offentlighetskriteriet	13
2.2 Praxis vad gäller offentligt framförande	15
2.2.1 NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansförening)	16
2.2.2 NJA 1988 s. 715 (Sjukhusmusik)	16
2.2.3 Praxis från övriga Norden	18
3 KAPITEL 2 UPPHOVSRÄTTSLAGEN - INSKRÄNKNINGAR I ENSAMRÄTTEN	20
3.1 21 § Upphovsrättslagen – inskränkningar i framföranderätten	21
3.1.1 Marschmusikregeln idag	22
3.2 Undantag från framföranderätten i Bernkonventionen och TRIP:s	23
4 INTERNATIONELL UTBLICK	26
4.1 Amerikansk “Copyright”	26
4.1.1 Konstitutionen	26
4.1.2 Upphovsmannens rätt till offentliga framföranden	27

4.2 Tysk "Droit d'Auteur"	28
4.2.1 Konstitutionen	28
4.2.2 Upphovsmannens rätt till offentliga framföranden	29
5 JF – EN STUDIEBEVAKANDE FESTFÖRENING	31
5.1 JF:s medlemmar - Inte tvångsintagna, men tvångsanslutna	31
5.2 JF och marchmusikregeln	32
6 ANALYS AV UPPHOVSRÄTTSLAGENS REGLERING AV OFFENTLIGA FRAMFÖRANDEN	34
6.2 Total begreppsförvirring i HD?	34
6.1.1 Framförarens ekonomiska intresse	35
6.1.2 Vems förvärvsverksamhet är det som är relevant enligt HD?	36
6.2 JF-fallet - Resning beviljas	38
6.3 Rättsekonomisk analys av framföranderätten	40
6.3.1 Marknadsmislyckanden	40
6.3.2 Upphovsmannens förlust	41
6.4 Avslutande kommentarer	43
BILAGA A	48
BILAGA B	49
LITTERATURFÖRTECKNING	52
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Sammanfattning

Enligt den svenska upphovsrätten har upphovsmannen ensamrätt att framföra sitt verk offentligt. Detta leder naturligtvis till gränsdragningsfrågan om vilka framföranden som enligt URL framförs offentligt och vilka som framförs privat. Utgångspunkten är att framföranden som inte sker inför en sluten krets skall räknas som offentliga. En krets dit vem som helst har tillträde eller kan skaffa sig tillträde genom till exempel att förvärva medlemskap är således offentlig. Enligt kompletteringsregeln i 2 § 3 st. URL skall även vissa icke offentliga framföranden omfattas av ensamrätten och det är om åhörarkretsen är ”större” samt framförandet sker inom en ”förvärvsverksamhet”. Undantagsregeln i 21 § URL stadgar dock att musikframföranden måste vara det huvudsakliga ändamålet med arrangemanget för att framförandet skall omfattas av upphovsmannens rätt i situationer då framförandet sker ideellt.

Detta är emellertid vad lagtext och förarbeten säger. HD har i rättsfallet ”Sjukhusmusik” gått ifrån denna systematik. Istället avgjordes offentlighetsfrågan enligt huvudregeln i detta fall på att åhörarna inte hade något ”inbördes samband” och att gruppen var ”heterogen” och ”växlande”. Eftersom HD tolkat 2 § URL på detta sätt så uppfyller kompletteringsregeln inte längre något syfte. Enligt förarbetena var rekvisitet ”större” i kompletteringsregeln, inte offentlighetsrekvisitet i huvudregeln, menat att bedöma åhörarnas inbördes relationer. För användare av musik innebär detta den allvarliga konsekvensen att icke-offentliga framföranden inför en ”större”, det vill säga icke-familjär, krets av åhörare omfattas av upphovsmannens rätt oavsett om framförandet skett i förvärvsverksamhet eller inte.

Anledningen till denna upphovsmannavänliga tolkning av lagen är att HD anser att upphovsrättslagens syfte huvudsakligen är att skydda upphovsmannen, inte till exempel att verket skall spridas på det mest effektiva sättet till så många åhörare som möjligt. Detta innebär att någon intresseavvägning mellan upphovsmannens och användarens intressen inte görs, vilket naturligtvis drabbar användaren av verket. Orsaken till detta är att lagstiftaren inte tillräckligt tydligt angett vad som är målet med det upphovsrättsliga skyddet. Vid en jämförelse med till exempel tysk rätt, som ser upphovsrätten som ett medel att införa en naturrättsligt motiverad äganderätt, eller amerikansk rätt, som ser upphovsrätten som ett medel att öka bildningen i samhället, ger den svenska inställningen domstolarna en större möjlighet till fria tolkningar av upphovsrättslagen. Något som HD utnyttjat att på användarnas bekostnad stärka den upphovsrättsliga ensamrätten.

Vad det gäller de framföranden som sker på JF-pubarna talar den nuvarande tolkningen av offentlighetskriteriet mot att åhörarkretsen skall anses vara sluten. Detta beroende på att 2000 tvångsanslutna medlemmar i en förening knappast kan anses uppfylla det av HD införda kravet på ”inbördes samband” om inte tvångsintagna patienter på en sjukhusavdelning gör detta. Däremot torde marschmusikregeln i 21 § URL kunna tillämpas då det huvudsakliga syftet med pubarna inte är att framföra musik och JF driver dessa pubar ideellt utan vinstintresse. Jag anser dock att både en semantisk och teleologisk tolkning av 2 § URL talar för att framförandena på JF-pubarna är icke-offentliga och därmed fria. Dessutom kan det framföras ekonomiska argument mot att upphovsmannens rätt att förhindra framföranden skall omfatta sådana tillfällen då ideella föreningar spelar den skiva som de köpt för sina medlemmar.

Förkortningar

BGH	Bundesgerichtshof
BverfG	Bundesverfassungsgericht
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta Nationerna
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HD	Högsta domstolen
JF	Juridiska förening
KLYS	Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares samarbetsnämnd
NIR	Nordiskt immaterialrättsligt rättsskydd
Prop.	Proposition
SAMI	Svenska Musikers och Artisters Intresseorganisation
SOU	Statens offentliga utredningar
STIM	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UfR	Ugeskrift for Retsväsén
UrhG	Urhebersrechtsgesetz
URL	Upphovsrättslagen
VHS	Verket för högskoleservice
WIPO	World Intellectual Property Organization

Inledning

Bakgrund

Alldeles bakom Juridicum i Lund hyr Juridiska föreningen en lokal. I denna lokal arrangeras olika former av pubar dit juridikstudenter är välkomna. Förutom försäljning av framförallt olika former av drycker så spelas det musik. En fråga som ställs i denna uppsats är om dessa musikframföranden omfattas av upphovsmannens rätt enligt upphovsrättslagen och Juridiska föreningen därmed är ersättningskyldiga för dessa?¹

Var går gränsen för upphovsmannens rätt till ersättning vid framföranden arrangerade av föreningar? Enligt 2 § URL har upphovsmannen en uteslutande rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten och då bland annat genom att framföra verket offentligt. Anledningen till att begränsa upphovsmannens rätt är att lagstiftaren vill undanta framföranden som sker inom privatlivet från ensamrätten. Vilka faktorer väger in vid bedömningen om ett framförande skall anses vara offentligt eller inte? Mot bakgrund av omständigheterna i JF-fallet söker jag svara på dessa frågor.

Det räcker emellertid inte med att konstatera att framförandet skett offentligt för att detta skall omfattas av upphovsmannens ensamrätt. I 21 § URL finns en undantagsregel vilken stadgar att förutom för undervisnings- och religiösa ändamål så är framförandet fritt om det sker utan förvärvssyfte, inträdet är fritt och musikframförandet inte är det huvudsakliga syftet. Frågan om vilken innebörd detta undantag har utgör en central del av denna uppsats.

Argumenten för att införa en upphovsrätt skiljer sig åt från olika rättsordningar. Upphovsrätten kan motiveras ur ett naturrättsligt perspektiv, till exempel att verket är en del av upphovsmannens personlighet eller att denne skall få en rätt att "njuta frukterna av sitt arbete". Ett annat skäl att lagstiftningen skall garantera upphovsmannen ett skydd utgår ifrån att samhället som helhet tjänar på att verk skapas, och en upphovsrätt är ett effektivt sätt att se till att verk skapas.

Upphovsrätten skapar även intressekonflikter. Ett exempel på en sådan konflikt är ju JF-fallet; JF vill använda verket utan att behöva erlägga ersättning till musiker eller artister, och dessa, genom sin

¹ Bakgrunden till uppsatsen är en tvist mellan SAMI och JF. SAMI hävdade att JF skulle betala för musikframförande på pubarna och JF hävdade det motsatta. På grund av att SAMI ansåg att studenterna redan betalt för musikframföranden genom kåravgiften så gick de inte till domstol. Frågan huruvida musikframförandena på JF-pubarna omfattas av upphovsmannens ensamrätt är därmed fortfarande en obesvarad fråga.

intresseorganisation, kräver att JF betalar för framförandet.² Andra typer av konflikter kan uppstå mellan upphovsmän sinsemellan, mellan samhället och upphovsmannen eller mellan upphovsmannen och produktionsbolaget. Hur lagstiftaren väljer att lösa dessa konflikter beror naturligtvis i stor utsträckning på det bakomliggande syftet varför upphovsrätten införts.

Hur motsättningarna mellan dessa aktörer löses kan även analyseras ur ett ekonomiskt perspektiv. Frågan som ställs är då hur ett upphovsrättssystem skapas som är samhällsekonomiskt effektivt.

Uppsatsens syfte

Uppsatsens syfte är att söka ge svar på följande frågeställningar:

- *Var går gränsen vad gäller upphovsmannens rätt till ersättning för framföranden arrangerade av en förening?*

Utifrån resultatet av denna analys ställs därefter denna fråga:

- *Har den svenska lagstiftaren reglerat framföranderätten på ett lämpligt sätt utifrån användarnas perspektiv?*

Disposition

Det första kapitlet tar upp frågan om vilka ekonomiska överväganden som bör göras för att införa ett upphovsrättsligt skydd. Vilka fördelar, men även nackdelar, det innebär ur ett ekonomiskt perspektiv att ge upphovsmannen en ensamrätt till sitt verk. Därefter diskuteras hur den svenska lagstiftaren har löst frågan om upphovsmannens rätt till offentliga framföranden: varför skyddet införts, hur det är utformat, vilka begränsningar som införts och hur dessa stadganden har tolkats i praxis. Att en redogörelse för regleringen i de internationella konventionerna tas upp i detta sammanhang beror på att Sverige har ratificerat dessa och är således folkrättsligt bundna att följa dem. Detta till skillnad från tysk och amerikansk rätt som behandlas under rubriken "Internationell utblick" för att ge ett perspektiv till den svenska regleringen. Dessa länder har olika utgångspunkter då det gäller det upphovsrättsliga skyddet, vilket också avspeglas varför och i vilken

² Vid offentliga framföranden av inspelad musik skall framföraren som huvudregel erlagga ersättning till: STIM, vilket är kompositörers och textförfattares rättighetsinnehavargrupp; SAMI, som är artisters och musikers rättighetsinnehavargrupp samt till IFPI som är fonogramproducenters rättighetsinnehavargrupp. Se Eltell, Tobias, "Ersättning för musikframföranden vid idrottsevenemang", Idrottsjuridisk skriftserie, artikelsamling 2001, s. 40.

utsträckning användarnas intressen tillgodoses. Den avslutande delen av uppsatsen innehåller dels min syn på hur JF-fallet borde lösas mot bakgrund av hur lagstiftningen tolkats i praxis, dels en kritisk analys av hur den svenska lagstiftaren, men framför allt hur HD, har tagit till vara användarnas intressen.

Material

Vad gäller rättsfall är det främst NJA 1988 s. 715 (Sjukhusmusik) som analyseras. Detta för att det är det senaste HD avgörandet som diskuterar vilka kriterier det är som skall avgränsa den offentliga kretsen. Resonemanget i detta fall sätts i kontrast till hur HD resonerade i det till dess prejudicerande rättsfallet NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansförening). Andra rättsfall, även från de övriga nordiska länderna, diskuteras för att ge en bild av vilket värde användarnas intressen tillmäts då upphovsrättsliga frågor avgörs. Inget rättsfall diskuterar emellertid vilket tillämpningsområde marschmusikregeln i 21 § URL har.

För att tolka lagstiftningen har främst Auktorrättskommitténs betänkande, SOU 1956:25, använts. I nordisk doktrin har mig veterligen inte upphovsrätten analyserats ur ett användarperspektiv. Diskussionen har istället rört tolkningen av de centrala begreppen i framföranderätten, såsom ”offentligt” eller ”förvärvsverksamhet”. Ett resonemang om vilka effekterna av regleringen och tolkningen därav för dem som vill använda verken har således inte gjorts. Detta till skillnad från utländsk, och då framförallt amerikansk, litteratur där lagstiftning och domstolsavgöranden ofta diskuteras ur användarnas synvinkel.

Forskningsansats

Jag har valt att använda en problem- och intresseorienterad ansats vid författandet av denna uppsats. Målet är således inte endast att uttolka de relevanta reglernas normativa innebörd utan även att kritiskt granska denna innebörd ur användarens synvinkel. Ett sätt att göra detta på är naturligtvis att först undersöka om alternativa, till den av HD och i doktrin företrädda, tolkningar av lagtexten kan ge ett för användaren godtagbart resultat. Endast om detta inte är fallet föreslås att dessa regler skall ändras. Jag har inte endast använt mig av normativa infallsvinklar, såsom tolkning av lagtext, förarbeten och rättsfall, för att besvara frågorna som ställs i uppsatsen utan dessutom valt att betrakta rätten ur ett ekonomiskt perspektiv. Vilken omfattning upphovsmannens ensamrätt till offentliga framföranden skall ha för att vara samhällsekonomiskt effektiv kan ge argument både för och emot

att den nuvarande gällande regleringen är lämpligt utformad. En redogörelse för vilka argument andra rättsordningar valt för att ge upphovsmannens skydd och därmed även hur de löst konflikten mellan användaren och upphovsmannen ger ytterligare perspektiv vid analysen av huruvida den svenska regleringen är lämpligt utformad ur ett användarperspektiv.

Avgränsningar

Utgångspunkten i svensk rätt är som ovan framhållits att upphovsmannen har en ensamrätt till offentliga framföranden. Denna uppsats avhandlar endast vad rekvisitet "offentligt" innebär enligt 2 § URL, och förutsätter således att verket har framförts i upphovsrättslig mening. Vidare är det bara musikframföranden direkt inför en åhörarkrets som diskuteras och inte till exempel framföranden av teaterstycken eller framföranden via Internet. Ett resultat av detta är att WIPO-traktaten och Copyrightdirektivet inom EG-rätten inte behandlas i någon större omfattning.

Vad gäller den ekonomiska diskussionen behandlar denna inte frågan om varför ekonomisk effektivitet är något eftersträvansvärt utan endast vilka överväganden som bör göras för att uppnå denna effektivitet. Det kan naturligtvis finnas till exempel filosofiska rättviseargument eller historiska orsaker för att utforma skyddet på ett annat sätt än så att det blir så ekonomiskt effektivt som möjligt.

Slutligen är det endast den upphovsrättsliga regleringen som diskuteras i detalj. De begränsningar som konkurrensrätten medför vad gäller upphovsmannens möjlighet att utnyttja sitt monopol redogörs endast för översiktligt i syfte att visa att hänsyn måste tagas till andra rättsregler än de upphovsrättsliga då omfattningen av ensamrätten utstakas.

1 Den rättsekonomiska upphovsrättsteorin

I detta kapitel redogörs för de ekonomiska argument som framförts för att införa ett skydd för upphovsmannen och vilka överväganden som bör göras då detta utformas.

1.1 Incitament – upphovsrättens ledstjärna

Det ekonomiska argumentet för att införa en upphovsrätt hänger samman med att verk är **kollektiva varor** i det att det inte föreligger exklusivitet i användandet. Med andra ord, mitt bruk av varan utestänger inte dig från att bruka samma vara. Verket är även förnybart i så motto att det inte tar slut oavsett hur många gånger det används. Produkter av detta slag tampas med problemet med gratisåkare. När väl verket har kommit ut på marknaden är det inte lätt för upphovsmannen att förhindra utnyttjande av verket.³ De som kopierar verket, gratisåkare, har en ekonomisk fördel i att de slipper de kostnader upphovsmannen har att skapa verket. Resultatet blir att priset kommer att pressas ned till en nivå, marginalkostnaden av att kopiera, vilket upphovsmannen inte kan matcha utan att göra en förlust.⁴ Fri tillgång till verket leder således till att upphovsmannen inte kan avsätta verket på marknaden och tjäna in produktionskostnaden vilket i sin tur leder till att det saknas tillräckligt incitament för den potentielle kompositören att skapa. Problemet kan illustreras genom att tillämpa ett "fångarnas dilemma" resonemang.⁵

	Om B skapar	Om B kopierar
Om A skapar	100	- 450
Om A kopierar	470	0

³ Gordon Wendy, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors", 1982 Columbia Law Review, s. 1610 f. (nedan Gordon 1982); Gordon, Wendy J. och Bone Robert G Gerrit (red.), "Copyright" i Bouckaert, Boudewijn & deGeest, Encyklopedia of Law and economics, Volume II. Civil Law and Economics, Cheltenham, 2000 s.191; van den Bergh, Roger, "The Role and Social Justification of Copyright: A "Law and Economics" Approach", I.P.Q. 1998, s. 20; Dahlman Christian m.fl., "Rättsekonomi. En introduktion", Studentlitteratur, Lund 2002, s. 166.

⁴ Gordon/Bone, Copyright, s. 191; Landes, William M. och Posner, Richard A., "An Economic Analysis of Copyright Law", Journal of Legal Studies, Volume 18, (<http://cyber.law.harvard.edu/ipcoop/89land1.html>) s. 1 f.

⁵ Diskussionen nedan baseras på Gordon, Wendy, "Assymetric Market and Prisoners Dilemma in Intellectual Property", 17 University of Dayton Law Review, 1992 (nedan Gordon 1992), s. 853.

Vi antar att: (a) skapande är dyrt och kopiering är, i förhållande till skapande, billigt; (b) skaparen tjänar mer än de kostnader han har haft för produktion om ingen kopiering av verket sker; (c) om kopiering sker förlorar skaparen hela sin investering, vilket är troligt om kopiorna kan säljas till ett lägre pris än skaparens exemplar.

Matrisen ovan illustrerar vad som skulle hända om inget skydd för upphovsmannen fanns:

(I) Om båda parter skapar vinner de 100 var ($100 + 100 = 200$).

(II) Om båda parter väljer att kopiera finns det inget att kopiera och vinsten blir 0.

(III) Om den ena parten skapar och den andra kopierar vinner kopisten 470, men skaparen förlorar 450 ($470 - 450 = 20$).

Om inte upphovsmannen skyddas är risken stor att denna förlorar sina investeringar. Därför kommer båda att välja att vara kopister, då det är bättre att inte vinna något alls än att förlora 450. Upphovsrättens syfte är att se till att kopisten istället för att vinna förlorar på att kopiera. På detta sätt lämnas upphovsmannen ifred att avsätta sitt verk på marknaden vilket enligt våra antaganden ovan leder till en vinst för upphovsmannen och därmed även ett incitament att fortsätta skapa.⁶

I och för sig finns möjligheten för upphovsmannen att genom kontrakt förhindra kopiering innan han offentliggör verket. Men genom att rätten till verket ges till upphovsmannen istället för till användarna reduceras transaktionskostnaderna. Det är naturligtvis lättare för dem som vill använda verket att kontakta upphovsmannen än vad det är för upphovsmannen att kontakta alla dem som möjligtvis vill använda verket.⁷

1.2 Avvägningsproblematik

Från en *ex ante* synvinkel resulterar alltså monopoliet i positiva effekter genom att det ger upphovsmannen ett incitament att skapa. Ur ett *ex post* perspektiv riskerar det dock att leda till vissa negativa resultat. Kollektiva varor karaktäriseras, som nämnts ovan, av att kopior är billiga att producera. Ett monopol ger emellertid upphovsmannen möjligheten att sätta ett relativt sett högt pris på dessa kopior, det vill säga ett pris högre än marginalkostnaden, och vissa konsumenter kommer då att avstå från att

⁶ Gordon (1992), s. 864 f.

⁷ Gordon/Bone, s. 193; Landes/Posner, s. 4.

köpa produkten vilket resulterar i en förlust för samhället, en "**deadweight loss**".⁸ Lagstiftarens svåra uppgift är således att finna den rätta balansen mellan att ge upphovsmannen incitament att skapa och samhället tillgång till verket.⁹

Det upphovsrättsliga monopolet skapar även kostnader för upphovsmannen. Verk bygger i större eller mindre utsträckning på tidigare verk, det vill säga verk har vissa **kumulativa effekter**.¹⁰ En ensamrätt till ett verk ökar kostnaderna för den potentielle upphovsmannen eftersom han måste söka licens för att få använda det upphovsrättsligt skyddade verket.¹¹ Samtidigt som monopolet ger upphovsmannen ett incitament att skapa ökar det alltså även kostnaderna för upphovsmannen att skapa och minskar på det sättet incitamentet. Om upphovsrätten är för stark kan detta alltså paradoxalt nog leda till att färre verk skapas.¹²

Det upphovsrättsliga skyddet skapar även det **transaktionskostnader**.¹³ Användaren har kostnader att kontakta och förhandla med rättighetsinnehavaren. Den senare har förutom förhandlingskostnader även kostnader att till exempel kontrollera ensamrättens efterlevnad. Många av dessa transaktionskostnader kan reduceras genom att "collecting societies" handhar rättigheterna.

En fara är emellertid att lagstiftaren helt överlämnar frågan om vem som skall få använda verket till parterna att lösas vid förhandlingsbordet. Hänsyn måste även tagas till **externaliteter**, det vill hur avtalet påverkar tredje man. En läsare av en kritisk recension av en bok kanske köper en annan bättre bok istället vilket gynnar både honom och författaren till denna bok. Dessa fördelar av att recensenten, användaren, tilläts skriva recensionen kan inte alltid uppskattas av förhandlingsparterna. Eftersom rättighetsinnehavaren med all sannolikhet förlorar på att recensionen skrivs kräver denne ett högt pris för användandet, vilket troligtvis recensenten inte kan betala eftersom han inte har möjlighet att "samla ihop" all värdeökning recensionen medför samhället. Resultatet blir, till samhällets förlust, att recensionen inte blir skriven. Lagstiftaren måste således beakta existensen av dessa externaliteter då omfattningen av upphovsrätten bestäms.¹⁴

⁸ Gordon/Bone, s. 194.

⁹ Depoorter, Ben och Parisi, Francesco, "Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation", s. 6, Landes/Posner, s. 1.; van den Bergh, s. 21.

¹⁰ Se Dahlman/Reidhav/Glader, s. 171; Gordon/Bone, s. 195;

¹¹ Särskilt påtagligt är detta problem inom datorbranschen där tillverkare i stor utsträckning "lånar" från tidigare verk, vilket skapar betydande licenskostnader, se Gordon/Bone, s. 195

¹² Landes/Posner, s. 9 ff; Pallas Loren, Lydia, "Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems", Journal of Intellectual Property Law, Volume 5 1997, s. 8.

¹³ Gordon/Bone, s. 195.

¹⁴ Gordon (1982), s. 1630 f.; Gordon, Wendy J., "Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspective", Working Paper Series, Law and Economics Working Paper No. 01-22, s. 30 f.

Marknaden är inte heller tillförlitlig då användandet rör **icke-monetära värden**, såsom värdet av fri åsiktsbildning, tryckfrihet eller en ökad kunskap i samhället, vilka det inte går att direkt sätta ett pris på. Även dessa intressen skall lagstiftaren ta hänsyn till vid utformningen av upphovsrätten.

Den samhällsekonomiskt mest optimala lösningen är att upphovsmannens ersättning skall vara så stor att upphovsmannen inte vill avstå från att producera.¹⁵ Detta är uppfyllt då upphovsmannen fått kostnader för skapandet inklusive till exempel risktagande, reproduktion samt distribution täckta.¹⁶ Målet med en upphovsrätt, ur ett ekonomiskt perspektiv, skall således inte vara att ge upphovsmannen maximal ersättning eller att maximera antalet skapade verk.¹⁷

Vilka faktorer som bör avgöra gränserna för upphovsmannens rätt till framföranden kan naturligtvis diskuteras, vilket är precis vad jag kommer att göra i avslutningskapitlet. Dessutom diskuteras i detta kapitel huruvida den svenska lagen är utformad på ett, ur ekonomiskt perspektiv, lämpligt sätt.

¹⁵ Riis, Thomas, "Ophavsret og retsøkonomi i EF", NIR 1994, s. 21. Enligt Riis uppnås denna nivå då upphovsmannen inte kan tjäna mer på att ägna sig åt någon annan aktivitet. Ekonomisk ersättning utöver detta kan motiveras ur ett moraliskt eller ideologiskt perspektiv men inte ur ett rättsekonomiskt.

¹⁶ Pallas Loren, s. 8.

¹⁷ Pallas Loren, s. 8.

2 Offentligt framförande enligt 2 § Upphovsrättslagen

Hur är det tänkt att URL skall lösa konflikten mellan upphovsmannen till verket och användarna av detta verk när det gäller framföranden?

Den uppgift som Auktorrättskommittén ansågs sig ha var att fixera vilka befogenheter som bör tillkomma upphovsmannen om hänsyn togs både till hans och samhällets berättigande intressen.¹⁸ Utgångspunkten var således inte att skapa en så stark upphovsrätt som möjligt utan någon form av avvägning skulle göras.

Då de ekonomiska befogenheterna tilldelas upphovsmannen skulle rättsordningen "sträva efter att så långt som möjligt skänka upphovsmannen gynnsamma arbetsförhållanden, göra det möjligt för honom att fortsätta sin verksamhet, att nå ut till allmänheten, att göra den insats i den kulturella utvecklingen som hans begåvning motiverar." Detta sker genom att upphovsmannen får en rätt att förfoga över verket.¹⁹

Ett sådant förfogande består ytterst i att andra än upphovsmannen kan få ta del av verket genom att uppfatta det med sina sinnen, till exempel lyssna på det. Det finns i huvudsak två slags åtgärder som kan ge andra än upphovsmannen denna möjlighet och som dessutom har ekonomisk betydelse. För det första direkt framförande inför en grupp människor, för det andra fixering av verket på ett föremål så att andra med hjälp av dessa kan ta del av verket. Alltså bör upphovsmannens rätt omfatta rätten att förmedla verket och att framställa exemplar därav.²⁰

Denna rätt är dock inte undantagslös. Enligt Auktorrättskommittén ligger det i sakens natur att man inte lämpligen kan och inte heller av ekonomiska hänsyn bör låta upphovsmannens rätt sträcka sig till företeelser inom privatlivet, utan rätten skall endast omfatta personkretsar utanför detta.²¹ Inskränkningar i upphovsmannens rätt kan dessutom göras av religiösa, kulturella eller samhälleliga skäl.²²

I första stycket 2 § URL återfinns den regel som ger upphovsmannen en förfoganderätt över verket.²³ Denna ger rättighetsinnehavaren ensamrätt dels

¹⁸ SOU 1956:25, s. 85.

¹⁹ SOU 1956:25, s. 85.

²⁰ SOU 1956:25, s. 92.

²¹ SOU 1956:25, s. 93.

²² NJA II 1961, s. 52.

²³ Paragrafen har följande lydelse:

”Upphovsrätt innefattar, med de inskränkningar som nedan stadgas, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar därav och genom att göra det *tillgängligt*

att framställa exemplar av verket, dels att göra verket tillgängligt för allmänheten. Verket kan göras tillgängligt för allmänheten på tre olika sätt: genom att framföra verket offentligt (**framföranderätten**), utbjuda verket till försäljning, uthyrning eller utlåning (**spridningsrätten**), eller att visa verket offentligt (**visningsrätten**). Det är framföranderätten som fortsättningsvis kommer att diskuteras.

Den upphovsrättsliga ensamrätten omfattar både situationer då verket framförs omedelbart inför publik, till exempel vid en konsert eller framförs genom förmedling med hjälp av tekniska anläggningar såsom radio, TV eller stereo. Verket görs heller inte tillgängligt endast den första gången som det framförs utan även då det framförs på nytt.²⁴

Den fråga som behandlas i det följande kapitlet är vid vilka tillfällen verket görs tillgängligt för **allmänheten** genom att det framförs **offentligt**.

2.1 Offentlighetskriteriet

Under vilka förutsättningar görs då ett framförande tillgängligt för allmänheten? Stadgandet tar som ovan framhållits endast sikte på offentliga framförandet i motsats till de som sker inför en sluten krets. Utgångspunkten är att framförande är offentligt om det sker på ett sådant sätt att vem som helst kan få tillträde. Framförandet anses också som offentligt om framföraren gjort tillträdet beroende av vissa former och det således formellt är slutet, till exempel genom medlemskap, men det i praktiken är så att vem som helst har möjlighet att få tillträde genom att lösa medlemskap.²⁵ Det spelar heller ingen roll om tillträdet är begränsat till endast en viss del av befolkningen som till exempel kvinnor, pensionärer eller hundägare.²⁶ "Allmänhet" i upphovsrättslig mening betyder således inte hela allmänheten utan kan begränsas till en viss del därav.²⁷ Riktningen vid bedömningen är

för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konststart eller i annan teknik.

Såsom framställning av exemplar anses även att verket överföres på anordning, genom vilken det kan återgivvas.

Verket göres tillgängligt för allmänheten då det *framföres offentligt*, så ock då exemplar därav utbjudes till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprides till allmänheten eller visas offentligt. *Lika med offentligt framförande anses framförande som i förvärvsverksamhet anordna inför en större sluten krets.*" (min kursivering).

²⁴ SOU 1956:25, s. 93.

²⁵ Olsson, Henry, Upphovsrättslagstiftningen, En kommentar, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996, s. 58

²⁶ Weincke Willi, Ophavsret Reglerna Baggrunden Fremtiden, G.E.C GAD, Köpenhamn 1976, s. 55 f.

²⁷ Lund, Torben, "Ophavsretten, Lovene af 31 maj 1961 om ophavsret og fotografibeskyttelse med kommentar", G E C Gads Forlag 1961, s. 80; Lund, Torben, "Graensen mellem "offentlig" och "privat" inden for ophavsretten." NIR 1955 s. 84;

att alla framföranden som inte sker inför helt slutna kretsar skall anses som offentliga och därmed omfattas av upphovsmannens rätt.²⁸

Även vissa framföranden som inte är offentliga enligt definitionen ovan kan omfattas av upphovsmannens rätt om de sker i *förvärvsverksamhet* inför en *större* slutna krets. Anledningen till att denna utvidgning av upphovsmannens rätt infördes i 2 § 3 st. URL (nedan kallad kompletteringsregeln) var att vissa framföranden inte kan anses ske offentligt, ens i den vidsträckt betydelse som begreppet har inom upphovsrätten, men inte heller kan hänföras till privatlivet.²⁹

Diskussionen vid stadgandes tillkomst gällde framförallt musik som spelas på arbetsplatser, den så kallade industrimusiken. Kompletteringsregeln infördes främst för att dessa framföranden skulle omfattas av upphovsmannens rätt.³⁰ Andra exempel som angavs falla innanför regeln tillämpningsområde var musik som spelas som underhållning på passagerarfartyg eller för ett slutet sällskap som hyr en festvåning på en restaurang.³¹

För att kompletteringsregeln skall vara tillämplig måste framförandet vara ett led i förvärvsverksamhet, det vill säga skall ingå som ett led i ett företags verksamhet. Det är arrangören som skall bedriva förvärvsverksamheten. Om de anställda själva arrangerar musikunderhållning omfattas detta inte av regeln. Den principiella utgångspunkten enligt Auktoritetskommittén var att alla utnyttjande av verket som sker i ekonomiskt syfte och inte kan hänföras till privatlivets område skall omfattas av upphovsmannens rätt.³²

Till privatlivet hör framföranden inom familjen, den privata vänkretsen och i det privata umgänget. Även vissa framföranden som sker på mindre arbetsplatser kan räknas hit. För att göra denna avgränsning till det privata infördes rekvisitet ”större”.³³ Emellertid är det så att även andra omständigheter än antalet åhörare skall påverka bedömningen, såsom

Schönning, Peter, ”Ophavsretsloven, med kommentar”, andra upplagan, Gadajura, Köpenhamn 1998, s. 150.

²⁸ Riksdagens första lagutskott, betänkande nr 41 år 1960 s. 38, se även rättsfallet NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansförening), där lagutskottets uttalande ansågs ”auktoritativt”.

²⁹ SOU 1956:25, s. 103.

³⁰ SOU 1956:25, s. 107.

³¹ SOU 1956:25, s. 107.

³² SOU 1956:25, s. 104.

³³ Vad gäller industrimusik ansåg utredningen att en rimlig utgångspunkt är att om 50 personer eller mer kan lyssna på framförandet skall kretsen anses vara ”större”, men om antalet åhörare understiger 20 skall stadgandet inte vara tillämpligt. Om antalet åhörare ligger däremellan får omständigheter i fallet avgöra, men vid tveksamhet skall kretsen inte räknas som ”större”.

huruvida det är en privat radio som då endast delvis används av de anställda eller hur pass regelbundet framförandena sker.³⁴

Angående tillämpningen av 2 § URL uttalade Auktorrättskommittén att det först skall avgöras om framförandet var offentligt. Om detta inte är fallet prövas i andra hand om framförandet skett i förvärvsverksamhet samt inför en större krets.³⁵

2.2 Praxis vad gäller offentligt framförande

Hur har upphovsmannens ensamrätt definierats i praxis och vilken hänsyn har tagits till användarnas intressen? Två rättsfall "Stalafallet" och "Sjukhusmusik" som gäller offentliga framföranden av musik analyseras mer ingående.

Ett intressant rättsfall vad gäller avvägningen mellan upphovsmannens och samhällets intressen är NJA 1985, s. 893, "Manifestet". Rättsfrågan i fallet var huruvida upphovsrätten skulle få vika för starka yttrandefrihetsintressen. HD konstaterar att det upphovsrättsligt skyddade materialet inte var tänkt att tillgodose upphovsmannens ekonomiska intressen och att det fanns ett starkt allmänintresse att publicera materialet. Trots detta drar HD slutsatsen att det förekommit ett upphovsrättsintrång med motiveringen att avvägningen mellan motstående intressen bör förbehållas lagstiftaren, och dömer de åtalade för upphovsrättsintrång. HD uttalar dock att det kan finnas situationer där yttrandefrihetsintressen kan "göra sig gällande med sådan styrka att domstolarna rimligen måste ta ansvar för en friande dom vid åtal för intrång i upphovsrätten". Detta skulle vara fallet i situationer som liknar dem där nödparagrafen 24 kap. 4 § BrB leder till straffrihet.

Även i rättsfallet NJA 1986, s. 702 "Demonstrationsmusik" görs en avvägning mellan användarens och upphovsmannens intressen. En radiohandlare hade, i syfte att demonstrera apparaternas ljudåtervinning, spelat korta avsnitt ur verk. HD börjar sitt resonemang med att konstatera att upphovsrättslagen bygger på att det från allmän synpunkt är av största betydelse att upphovsmännens rätt till sina verk skyddas. Undantag från denna rätt har visserligen gjorts i lagen för att tillgodose vissa samhälleliga intressen men, fortsätter HD, begränsningar utöver dessa finns det endast ett synnerligen begränsat utrymme för domstolar att tolka in. Att uppställa sådana begränsningar för andra intressen än samhällets, såsom kommersiella, är nära nog uteslutet. Med hänsyn till att radiohandlaren gett åhörarna tillfälle att uppfatta en del av verket med sina sinnen, att det inte

³⁴ Enligt min mening är det tveksamt om ordvalet "större" är lämpligt som beteckning på ett kriterium som inte uteslutande är kvantitativt. Blir kretsen större beroende av vem som äger radioapparaten, eller hur ofta framförandet sker?

³⁵ SOU 1956:25, s. 106 f.

skulle vara möjligt skilja denna typ av framföranden från dem som sker i underhållningssyfte och att framförandet skett i en affärslokal som varit tillgänglig för allmänheten så kommer HD fram till att framförandet omfattas av upphovsmannens ensamrätt.

I rättsfallet NJA 1980, s. 123 "Hotellmålet" ansåg HD att framföranden genom radio- och TV apparater på hotellrum skulle anses vara offentliga. Detta med motiveringen att musikverken förmedlats till hotellrum som varit fritt tillgängliga för allmänheten. Det spelade ingen roll att åhörarna individuellt kunde bestämma om, och i så fall när de skulle lyssna på framförandet.

HD fastslår i rättsfallet NJA 1996, s.354 "Stadens löjtnant" att sedan URL:s tillkomst har utvecklingen både i lagstiftning och i praxis gått i riktning mot en förstärkning av skyddet för upphovsmannen. Generellt sett kan sägas att upphovsmannen fått ett starkt skydd genom HD:s tolkning av den upphovsrättsliga regleringen och att andra hänsyn än dem för upphovsmannen inte haft någon avgörande betydelse vid denna tolkning.

2.2.1 NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansförening)

Stala Gammeldansförenings huvudsyfte var att anordna danstillställningar för sina medlemmar. Musiken spelades av en för tillfället särskilt engagerad orkester. Vem som helst kunde vinna medlemskap i föreningen genom att betala en avgift på 3 kr och antalet medlemmar var inte begränsat. Inträde i föreningen kunde inte göras i omedelbart samband med tillställningarna, dock tidigare under samma dag som tillställningen skulle hållas. Föreningen upplyste om evenemangen genom annonser i ortspressen.

Rättsfrågan i fallet var följande: Kan ett framförande av en förening anses offentligt trots att det uppställs ett medlemskrav för deltagande vid arrangemanget? Frågan besvarades av HD, med hänsyn till ändamålet med föreningen samt det sätt på vilket medlemskap kunde förvärfas, jakande.

2.2.2 NJA 1988 s. 715 (Sjukhusmusik)

Det andra rättsfallet som rör hur offentligheten i 2 § URL skall bestämmas är "Sjukhusmusik". Den första rättsfrågan var huruvida tillhandahållande av musik för patienter på en sluten avdelning omfattades av upphovsmannens rätt. HD gav "vissa vägledande synpunkter" angående huruvida ett framförande skall anses vara offentligt eller ej. HD konstaterar att för att en personkrets skall anses vara sluten måste den på något sätt vara "individuellt bestämd"³⁶ och utgöra en "utåt avgränsad enhet sammanhållen av ett

³⁶ I 1914 års motiv till 1919 års lag om rätt till litterära och musikaliska verk används samma formulering, där det heter att "Auktor har förbehållits allenast det uppförande, som sker *offentligt*. Denna förutsättning är givetvis för handen, då uppförandet sker inför en personkrets, vilken icke är på något sätt *individuellt bestämd*" (min kursivering). Denna lag tillkom med tysk rätt som förebild och i den samtida tyska litteraturen finner vi även de

påvisbart samband mellan medlemmarna”.³⁷ Som exempel på sådana grupper tar HD anställda på ett företag, eleverna på en skola och medlemmarna i en förening för bedrivande av viss verksamhet, vilken tillämpar klara och begränsande inträdesbestämmelser eller kräver aktivitet av medlemmarna. Kretsen får emellertid inte vara för stor eller för obestämd på så sätt att vem som helst i en stor grupp i ett någorlunda stort område, till exempel en viss grupp av befolkningen kan vinna inträde. Vid en samlad bedömning skall beaktas vad som är ändamålet för föreningen, möjligheterna att vinna medlemskap och tillträde till framförandena, antalet personer och om framförandena skett i ekonomiskt syfte.

Vad kom HD fram till i detta fall? Först konstaterades att musiken var tillgänglig för alla som av läkare var ordinerade sluten vård. Denna grupp ansågs av HD vara till sin sammansättning ”heterogen, växlande och tillfällig samt utan egentligt inbördes samband”. Att personer tagits in för sluten vård ansågs vara en så allmänt präglad betingelse att gruppen inte kunde anses vara sluten, och därmed var framförandena att betecknas som offentliga.

Detta domslut ställer HD:s tolkning i ”**Stala Gammeldansförening**” av offentlighetsbegreppet lite på kant. Ändamålet för landstinget kan inte sägas vara i närheten av det för en dansförening. Vidare är möjligheten att vinna tillträde till framförandena ytterst begränsat då åhörarna i fråga måste vara allvarligt sjuka och intagna för sluten vård. Även kring de kriterier som uppställs i ”**Sjukhusfallet**” kan frågetecknen resas. Inte har väl framförandena skett i ekonomiskt syfte och kretsen får anses utgöra en utåt avgränsad enhet. Att kretsen av HD ansågs vara ”heterogen” och ”utan egentligt inbördes samband” tyder på att det skall tolkas in ett subjektivt rekvisit i så motto att deltagarna måste av fri vilja vara närvarande och ha ett intresse av att umgås med varandra. Enbart ett objektiva kriterium på samhörighet – i detta fall att åhörarna var tvångsintagna på grund av en allvarlig sjukdom – är inte tillräckligt.³⁸

Den andra rättsfrågan som besvarades av HD i detta fallet var om den musik som spelas för de anställda i slutna personalutrymmen på offentliga sjukhus

citerade orden. I Allfelds kommentar från år 1902, ”Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und der Tonkunst”, C H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1902 finns följande yttrande: ”Öffentlich ist eine Aufführung dann, wenn der Kreis der Zuhörer individuell nicht bestimmt ist”, s. 119. Många av HD:s formuleringar påminner dessutom om Allfelds. Om Allfelds verk se Eberstein, ”Om offentlighet i svensk författarrätt”, NIR 1949, s. 4 f.

³⁷ Även dessa formuleringar finner vi i Allfelds ovan nämnda kommentar där det står ”Icke offentligt är ett uppförande allenast, då åhörarkretsen utåt utgör en sluten, utåt bestämt avgränsad enhet, sammanhållen av ett inre band av ömsesidiga personliga förbindelser mellan åhörarna inbördes eller till den, som föranstaltat om uppförandet”. Allfeldt s. 119. (Översättning Eberstein, NIR 1949, s. 8 f).

³⁸ Det är möjligt att resultatet blivit ett annat i Danmark. Schönning tar som exempel på en sluten krets institutioner inom sjukvården då det ofta finns ett personligt band mellan patienter och personal, Schönning s. 151.

framförs inom en ”förvärvsverksamhet” enligt kompletteringsregeln?³⁹ HD konstaterar först att sådan sjukvård inte kan betecknas som förvärvsverksamhet i företagsekonomisk mening. Dock, fortsätter HD, så ingår det omfattande ekonomisk verksamhet i den landstingskommunala sjukvården och denna verksamhet har starka drag som kännetecknar näringsverksamhet. Sjukvård kan bedrivas under skilda betingelser vad gäller huvudmannaskap och finansiering och dessa skillnader bör inte ha någon betydelse ur en upphovsrättslig synvinkel. Slutligen jämför HD detta framförande med det som sker på ett industriföretag och drar slutsatsen att båda är till för att öka trivselen på arbetsplatsen, därmed ingår den som ett led i den bedrivna sjukvården och gagnar landstingets verksamhet. Konklusionen HD drar av detta och ”med beaktande av kompletteringsregelns syfte att tillgodose upphovsmannens ensamrätt” är att landstingets sjukvård bedrivs i ”förvärvsverksamhet” enligt den mening detta begrepp har inom upphovsrätten.

2.2.3 Praxis från övriga Norden

De nordiska upphovsrättslagarna reglerar frågan om offentlighet i förhållande till framföranden huvudsakligen på samma sätt.⁴⁰ Därför kan det vara av intresse att undersöka hur begreppet har tolkats i dessa länder. Schönning gör i sin kommentar till den danska upphovsrättslagen en uppräknig av de faktorer som är väsentliga vid avgörandet om ett framförande av en förening skett offentligt. Dessa skulle vara: kriterier för medlemskap i föreningen,⁴¹ formen för medlemskap,⁴² föreningens ändamål,⁴³ antalet medlemmar i föreningen och antalet deltagare vid arrangemanget.⁴⁴

Jag tänker inte inom ramen för denna uppsats ge en heltäckande redogörelse för all praxis i de nordiska länderna vad gäller offentliga framföranden utan koncentrerar mig på en omdebatterad dom som har relevans för avgörandet

³⁹ Parterna var eniga om att musiken framfördes inför en ”större” krets.

⁴⁰ Lund, Astri M., ”Begreppet ”offentlig framförelse” i nordisk opphavsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år”, NIR 2001, s. 604.

⁴¹ Se de danska fallen U 1954.876 (Idrättsforening); U 1955.304 V (Musikforening i Frederikshavn); U 1978.610 Ö (Allinge-Sandvig Pensionistforening); U 1954.878 V (Örum Forsamlingshus); U 1951.223 Ö (Herfølge Ungdomsforening). Den norska domen från Høyesterett 155B/1970 (Discotequeklubben), samt det svenska NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansforening).

⁴² Se de danska fallen U 1954.876 (Idrättsforening); U 1961.470 Ö (Teenager-klub); U 1969.946 Ö (Borgerforening i Køge). Se även NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansforening).

⁴³ Se de danska fallen NIR 1953.137 B (Aarhusegnens ungdomsforening); U 1954.842 Ö (Abonnementkonserterna i Slagelse); U 1961.470 Ö (Teenager-klub); U 1955.304 V (Musikforening i Frederikshavn); U 1978.610 Ö (Allinge-Sandvig Pensionistforening); U 1972.827 Ö (Lille Valby Forsamlingshus); U 1963.617 B (Möens Husmandsforening); U 1972.700 Ö (Køge Husmodersforening); U 1954.876 (Idrättsforening); U 1969.944 Ö (Bellinge forsamlingshus). Se även NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansforening).

⁴⁴ U 1969.946 Ö (Borgerforening i Køge) där det var ca 800 medlemmar, offentligt framförande och U 1972.700 Ö (Køge Husmodersforening) där det var ca 750 medlemmar, icke offentligt framförande.

av JF-fallet, nämligen danska Højesterets dom av den 8 september 1999 som gäller musik i ungdoms- och fritidsklubbar.⁴⁵ I Højesterets bedömning huruvida det var fråga om ett privat eller offentligt framförande, lades vikt vid det fritidspolitiska- och socialpedagogiska ändamål som enligt lagstiftningen klubbarna hade att uppfylla genom att ge barn och ungdomar ett ställe där dessa kan umgås och aktivera sig. Musik spelades, enligt domstolen, i klubbens regi som ett alternativ till att barnen och ungdomarna träffades hemma och spelade musik. Musikframförandena hade inte annonserats i pressen och hade då, enligt Højesteret, en privat karaktär och verksamheten i övrigt kunde inte heller anses som offentlig trots att den var offentligt finansierad. Klubbarna skulle därmed inte behöva betala ersättning för dessa framföranden.

Rättsfallet har diskuterats i doktrin. **Koktvedgaard** anser att avgörandet kan sägas vara ett uttryck för att privatsfären i dagens samhälle har flyttat till det offentliga rummet. Mycket av den samvaro som tidigare skedde i hemmet sker nu inom offentliga institutioner och därmed har också gränserna för det upphovsrättsliga offentlighetsbegreppet förskjutits.⁴⁶ **Schönning** kritiserar avgörandet eftersom medlemmarna betalar en medlemsavgift och det således är frågan om en ekonomisk aktivitet knutet till framförandena. Dessutom sker musikspelandet långt utanför hemmets fyra väggar. Vidare skulle avgörandet inte harmonera med regeln om kabelvidarespridning i 35 § Ophavsretsloven där gränsen för en offentlig krets dras vid distribution till tre hushåll, det vill säga 7-8 personer. Inte heller står avgörandet, enligt Schönning, i överensstämmelse med tendensen vad gäller exemplarframställningsrätten att denna även kommit att omfatta aktiviteter inom privatsfären.⁴⁷

⁴⁵ UfR 1999, s. 2011.

⁴⁶ Koktvedgaard, Mogens, ”Udviklingen i Norden i perioden 1997-2001”, NIR 2001, s. 514.

⁴⁷ Schönning, Peter, ”Begrebet offentlig framførelse”, NIR 2001, s. 630 ff.

3 Kapitel 2 Upphovsrättslagen - inskränkningar i ensamrätten

I det andra kapitlet URL finns en rad specialstadganden vilka gör undantag från den rätt som första kapitlet URL tillerkänner upphovsmannen. Mot bakgrund av vissa samhälleliga intressen, motiverade utifrån hänsyn till bland annat informations- och yttrandefriheten och undervisningsväsendet, medger dessa stadganden att verket utnyttjas utan att tillåtelse krävs från upphovsmannen.

Utgångspunkten för vid vilka situationer där dessa inskränkningar kan ske är densamma som vad gäller för andra paragrafen, det vill säga att upphovsmannen skall kunna förfoga över sitt verk i alla ekonomiskt betydelsefulla situationer och därigenom tillförsäkra denne ersättning då verket utnyttjas. Enligt förarbetena leder detta till slutsatsen att inskränkningar aldrig kan göras för att tillgodose enbart ekonomiska intressen, oavsett om dessa är allmänna eller enskilda. Lagen skall uppta så få inskränkningar som möjligt och dessa skall vara så begränsade som möjligt.⁴⁸

Det finns i huvudsak tre olika former av inskränkningar. Den första är bestämmelser om *fritt utnyttjande*. Detta är den mest långtgående inskränkningen i upphovsmannens ensamrätt och innebär att upphovsmannen dels inte kan motsätta sig utnyttjandet, dels inte har rätt till ersättning för utnyttjandet. Motivet till dessa regler är att det finns starka samhälleliga intressen,⁴⁹ men även svårigheten att kontrollera utnyttjande kan utgöra argument för dessa regler.⁵⁰ Den andra kategorin är *tvångslicensbestämmelser*, vilka innebär att rättighetsinnehavaren inte kan motsätta sig utnyttjandet, men att han har rätt till ersättning för det.⁵¹ Anledningen till införandet av dessa bestämmelser är att det från samhällelig synpunkt ansetts angeläget att ett verk alltid skall kunna utnyttjas, men samtidigt att upphovsmannen skall få ersättning.⁵² *Avtalsbestämmelser* utgör den tredje och sista kategorin. Dessa förutsätter att det finns en organisation som företräder ett flertal upphovsmän, vilken ingår avtal med användare. Licensen medför att användaren inte endast kan använda verk av

⁴⁸ SOU 1990:30, s. 160 ff.

⁴⁹ SOU 1990:30, s. 163. Till exempel 14 § 1 st. URL om citaträtten; och 24 § 2 st. URL om återgivning av vad som anförs i vissa allmänna sammanhang. Även den paragraf som är av främsta intresse i denna uppsats, 21 § URL, ger en rätt till fritt utnyttjande.

⁵⁰ Till exempel 11 § URL om exemplarframställning för enskilt bruk.

⁵¹ Till exempel 14 § 2 st. URL om återgivning av konstverk i populärvetenskaplig framställning; och 16 § URL om återgivning av litterära eller musikaliska verk i samlingsverk till bruk vid gudstjänst eller undervisning.

⁵² SOU 1990:30, s. 165.

upphovsmän som företräds av organisationen utan även verk av andra upphovsmän.⁵³

3.1 21 § Upphovsrättslagen – inskränkningar i framföranderätten

Vad det gäller inskränkningar i upphovsmannens rätt till offentliga framförande är det främst 21 § URL som är av intresse.⁵⁴ Enligt första stycket 21 § URL är framförandet fritt vid följande tre tillfällen: gudstjänst, undervisning eller då framförandet inte är det huvudsakliga, tillträdet är avgiftsfritt och anordnandet sker utan förvärvssyfte. Det är framförallt det sista undantaget, nedan kallat ”marschmusikregeln”, som är av intresse vid besvarandet av uppsatsens frågeställning. Denna regel består som förstås av tre delar, vilka kommer att behandlas var för sig nedan. Emellertid är det av intresse att först ge en kort redogörelse för stadgandets historik.

Det var först genom lagändringar år 1897 i 1877 års lag angående äganderätt till skrift som kompositörer fick ett skydd mot offentligt framförande. Skyddet kunde dock endast åtnjutas om det på den tryckta utgåvan gjorts ett förbehåll om rätten till ”offentligt föredragande”.⁵⁵ En generell ”utföranderätt” infördes först i och med 1919 års lag om rätt till litterära och musikaliska verk.⁵⁶ Framförandet var dock fritt om vissa förutsättningar var uppfyllda. För det första om åhörarna hade fritt inträde och inget förvärvssyfte heller i övrigt förelåg. För det andra om den inkomst som gjordes var avsedd för välgörande ändamål och de som framförde musiken inte erhöll någon ersättning. Slutligen var framförandet fritt om verket var utgivet som musik till sällskapsdans.⁵⁷

⁵³ Se 26 i § URL.

⁵⁴ Paragrafen har följande lydelse:

Offentliga framföranden

21 § Var och en får framföra utgivna verk offentligt

1. vid tillfällen där framförandet av sådana verk inte är det huvudsakliga, tillträdet är avgiftsfritt och anordnandet sker utan förvärvssyfte samt
2. vid undervisning eller gudstjänst.

Första stycket gäller inte sceniska verk och ger inte rätt att sända ut verk i ljudradio eller television

Första stycket 2 ger inte rätt att i förvärvssyfte framföra sammanställningar vid undervisning.

⁵⁵ Rosén, Jan, ”Yttrande över innebörden av att musikaliska verk jämte texter får framföras offentligt vid gudstjänst utan upphovsmännens medgivande, såsom stadgas i 21 § 2 p av lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, URL”, Stockholm 2001.04.15., s. 5. (nedan; yttrande). Se Lag om rätt till litterära och musikaliska verk av den 30 maj 1919 (nedan 1919 års lag), 2 §.

⁵⁶ Rosén, Yttrande, s. 5.

⁵⁷ Se 1919 års lag § 12, 3 och 4 st. Anledningen till att dessa inskränkningar gjordes var att det ansågs erforderligt att på något sätt inskränka den införda ensamrätten till offentliga

1931 års ändringar i upphovsrätten vad gäller framföranderätten avsåg främst att anpassa lagen till de nya förhållandena som radions och biografens inträde innebar.⁵⁸ De inskränkningar i upphovsmannens rätt som infördes genom 1919 års lag behölls oförändrade förutom att undantaget för dansmusik togs bort. Dessutom var det fritt att utsända verk i radio för ”religiös uppbyggelse” eller ”elementär undervisning”. De övriga undantagen var även tillämpliga på radioutsändningar.⁵⁹

I 20 § 1 st. i 1960 års URL stadgades att verk fick framföras offentligt vid gudstjänst och vid undervisning. Beträffande dessa arrangemang uppställdes inget krav på avgiftsfrihet eller att framförandet inte fick ske i förvärvssyfte. Även framföranden i folkbildningsverksamhet, för välgörande ändamål eller i annat allmännyttigt syfte var fria, dock endast om alla medverkande deltog utan ersättning.

Auktorrättskommittén hade inte med huvudsaklighetsrekvisitet i betänkandet, då det inte ansågs möjligt att dra en gräns mellan olika former av avgiftsfria framföranden.⁶⁰ Efter kritik från remissinstanserna togs dock detta med i propositionen och i den slutgiltiga lydelsen av lagtexten. Anledningen var att inte alla avgiftsfria arrangemang skulle omfattas av undantaget utan endast de där framförandet var ett ”beledsagande inslag” i programmet.

3.1.1 Marschmusikregeln idag

I början av 90-talet var det tal om att helt ta bort marschmusikregeln, med argumentet att det i praktiken är så att musik ofta utgör ett centralt moment vid militärparader. Framförandet kan vid sådana och liknande tillfällen anses utgöra ett betydande men inte det huvudsakliga inslaget. Dessutom fastslog kommittén att genom denna regel så fräntas kompositörer av marschmusik alla möjligheter till ersättning. Inte heller ansågs det finnas några starka skäl ur allmän synpunkt för att behålla regeln.⁶¹ Förslaget gick emellertid inte igenom. Enligt propositionen innebar förslaget en belastning för dem som utan förvärvssyfte ordnar olika typer av avgiftsfria arrangemang vid vilka framförande av verk förekommer men inte är det huvudsakliga. Med hänsyn till att denna användning av verk har så liten

framföranden. Se Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, Stockholm 1914, s. 110.

⁵⁸ Se SOU 1929:37, Förslag till ändringar i lagstiftningen om rätt till litterära och konstnärliga verk, Stockholm 1929, s. 23 ff. samt Första lagutskottets utlåtande nr. 4 år 1931, s. 5 ff.

⁵⁹ Se Lag angående ändring i vissa delar av lagen den 30 maj 1919 (nr 381) om rätt till litterära och musikaliska verk 10 § 3 och 4 st.

⁶⁰ SOU 1956:25, s. 231.

⁶¹ SOU 1990:30, s. 335. De enda tillfällen som framföranden skulle få ske fritt var vid undervisning, dock inte om verket sändes i radio eller TV.

ekonomisk betydelse för upphovsmännen bör det inte krävas av arrangörerna att de träffar avtal eller ens betalar för den.⁶²

Som avgiftsfritt skall ett framförande anses om allmänheten äger fritt inträde. Om publiken frivilligt erlägger bidrag, till exempel då kollekt upptas vid en kyrkkonsert, skall detta inte innebära att framförandet anses avgiftsbelagt.⁶³

Uttrycket förvärvssyfte skall tolkas vitt och kan avse både direkt och indirekt förvärvssyfte. Med indirekt menas framföranden på till exempel restauranger eller i affärslokaler.⁶⁴ Rekvisitet har som ovan beskrivits sitt ursprung i 1919 års lag. I kommentaren till de ändringar som gjordes år 1931 framhölls att förvärvssyfte avser att "den, för vars räkning utförandet äger rum, åsyftat att göra sig vinst genom utförandet".⁶⁵ Det spelar emellertid ingen roll vad vinsten sedan används till, även insamlingar till välgörande ändamål skall anses ske i förvärvssyfte.⁶⁶

3.2 Undantag från framföranderätten i Bernkonventionen och TRIP:s

Bernkonventionen för skydd av litterära verk från 1886 utgör fundamentet vad gäller mellanstatligt samarbete på det upphovsrättsliga området. Cirka 135 länder har anslutit sig till denna konvention.⁶⁷ Dessa länder bildar en s.k. *union* till skydd för upphovsrätten. Konventionen fastställer bland annat vissa minimirättigheter som nationell rätt måste tillförsäkra upphovsmannen.

Vad gäller upphovsmannens rätt till offentliga framföranden regleras denna i artiklarna 11 och 11bis. Artikel 11 ger upphovsmannen ensamrätt att framföra sitt verk direkt till publiken, *public performances*, till exempel genom att en orkester spelar i en konserthall eller då en diskoteksägare

⁶² Prop. 1992/93:214, s. 89.

⁶³ SOU 1956:25, s. 231. Exemplet "kyrkkonsert" får anses mindre lyckat då detta arrangemang omfattas av "huvudsalighetsrekvisitet".

⁶⁴ Weincke s. 88; Lund, Torben, s. 162; Karnell, Gunnar, "Kompositörers upphovsrätt vid framföranden av deras verk i samband med insamlingar för politiska ändamål, naturkatastrofers offer etc.", NIR 1976, s. 342.

⁶⁵ von Konow, Ulf, "Författares och tonsättares rätt enligt gällande lagstiftning", Bokförlaget natur och kultur, Stockholm 1941, s. 63.

⁶⁶ Karnell anser att det är "närmast självklart" att varje insamling sker i förvärvssyfte, se Karnell, NIR 1976 s. 342. Enligt min mening står detta i så fall i strid med förarbetsuttalandet om att frivilligt erlagda bidrag, såsom kollekt, inte skall leda till bedömningen att inträde upptas. Vad är det för vits med det uttalandet om framförandet i alla fall skall bedömas ske i förvärvssyfte.

⁶⁷ Sverige anslöt sig år 1904.

spelar CD skivor.⁶⁸ Om däremot framförandet sker genom radio eller TV, *broadcasting*, ges upphovsmannens ensamrätt istället av artikel 11bis.⁶⁹

Enligt konventionstexten finns det inga möjligheter att införa undantag från dessa rättigheter. Det uttalas dock i generalrapporten från Brysselkonferensen år 1948 att nationell rätt får innehålla vissa "minor exceptions" till förmån för religiösa ceremonier, militärorkestrar samt för undervisnings- och utbildningsändamål. Det torde vara den allmänna uppfattningen att undantag får göras för dessa ändamål.⁷⁰ Många konventionsstater, till exempel Sverige, Tyskland och U.S.A., har dessutom sedan lång tid tillbaka undantag från framföranderätten införda i sina respektive lagstiftningar.

Vad gäller TRIP:s skall samma rättigheter som garanteras enligt Bernkonventionen även gälla vid tillämpning av TRIP:s.⁷¹ Konventionen innebär dock en skillnad i förhållande till vilka undantag som får göras. Enligt TRIP:s måste ett undantag uppfylla vissa kriterier, det så kallade trestegstestet, innan det får införas.⁷² Detta har följande lydelse:

"Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interest of the rightholder."⁷³

Detta test finns även upptaget i Bernkonventionen men då endast i relation till upphovsmannens rätt att framställa exemplar. Resultatet av att denna begränsning inte finns i TRIP:s blir att de stater, bland annat Sverige, som ratificerat konventionen måste se till att alla de undantag som införs i lagstiftningen uppfyller trestegstestet.⁷⁴ Men vad innebär då detta test?

För det första betyder det att användandet måste ha ett särskilt syfte. Ett alltför brett undantag uppfyller inte detta krav. För det andra måste det vara något "särskilt" med detta syfte i den betydelsen att det är rättfärdigat för att

⁶⁸ Se Bilaga B, 3a.

⁶⁹ Se Bilaga B, 3b.

⁷⁰ Se SOU 1956:25, s. 230; Prop. 1973:15, s. 93; Ricketson, Sam, "The Bern Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986", Kluwer, London 1987, s. 536 f, anser att dessa "minor exceptions" inte får uppfattas som en del av Bernkonventionen som sådan, utan endast som ett medel för att tolka innebörden av artikel 11. Tolkningen av dessa undantag skall då baseras på en "de minimis-princip", det vill säga att anledningen till att undantagen införts är att lagen inte skall behandla småsaker. Detta får till följd att inskränkningarna endast får ha minimal eller ingen som helst betydelse för upphovsmannen. Se även Sterling s. 371. Nordeman m.fl, s. 101 f, 120 och 129, anser emellertid att det inte finns något utrymme att tillämpa några undantag.

⁷¹ Se TRIP:s artikel 9.

⁷² Detta trestegstest finns också upptaget i WIPO Copyright Treaty artikel 10, och, i något modifierad form, även i "Copyrightdirektivet" artikel 5.5.

⁷³ Se TRIP:s artikel 13.

⁷⁴ Ricketson, Sam, "The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions: International Conventions and Treaties", I.P.Q 1999 (nedan Ricketson, I.P.Q. 1999), s. 80.

uppfylla ett klart definierat allmänt intresse.⁷⁵ Generella undantag är således inte tillåtna.⁷⁶

Vad "det normala utnyttjandet" innefattar är däremot mer osäkert. En tolkning är de användanden som en upphovsrättsinnehavare förväntar sig att kunna utnyttja sitt verk på. Undantag får alltså endast göras i situationer då upphovsmannen inte kan räkna med att en avgift skall erläggas, till exempel på grund av det inte finns något sätt för användaren att komma i kontakt med upphovsmannen, oavsett att detta användande faller inom lagtextens definition av vad som omfattas av hans rätt.⁷⁷ En annan uppfattning är att rättighetsinnehavaren måste acceptera andras bruk av verket och en härav följande negativ effekt på avsättningen av verket på marknaden så länge denna effekt inte är orimligt stor.⁷⁸

Att undantaget inte får inkräkta på upphovsmannens "legitima intressen" torde innebära att upphovsmannen skall ha en rätt att få del i den ekonomiska vinst som görs vid användande av verket, och detta oberoende av om det inkräktar på upphovsmannens normala utnyttjande eller inte.⁷⁹

⁷⁵ Ricketson, I.P.Q 1999, s. 69.

⁷⁶ Sterling, s. 355.

⁷⁷ Ricketson, I.P.Q 1999, s. 69.

⁷⁸ Riis, Thomas, "Ophavsret og retsøkonomi. Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning", Gadjura, Köpenhamn 1996, s. 98.

⁷⁹ Sterling, s. 355.

4 Internationell utblick

Olika rättsordningar har olika utgångspunkt när det gäller varför lagstiftningen skall ge upphovsmannen ett skydd. Generellt sett kan nationell rätt kategoriseras som tillhörande antingen "copyrightmodellen" eller "droit d'auteur modellen". Den förstnämnda finner sin tillämpning främst i anglo-amerikansk rätt, det vill säga länder vars rättsliga tradition bygger på "common law", medan "droit d'auteur modellen" dominerar i "civil law länder", framför allt i Tyskland och Frankrike.⁸⁰

Anledningen till att tillämpa den ena eller den andra modellen baseras främst på vilken utgångspunkt lagstiftaren har till varför upphovsmannen bör få ett skydd. I länder som bygger sin lagstiftning på principen om "droit d'auteur" är det skyddet för upphovsmannen som står i centrum. Denne anses ha en naturrättsligt motiverad rätt till verket på ett eller annat sätt, till exempel att verket är ett uttryck för hans personlighet.

"Copyrightmodellen" garanterar upphovsmannen en ekonomisk rätt till sitt verk genom att denne skall få möjlighet att exploatera sitt verk, till exempel genom att göra kopior eller framföra detta. Motivet till införandet av det upphovsrättsliga skyddet är mer av kommersiell natur genom att upphovsmannen skall kunna kontrollera sitt verk och på så sätt tjäna pengar på det. Dessutom gynnar det samhället i stort att ett skydd införs eftersom samhället har ett intresse av att verk skapas. Tyngdpunkten vad gäller skyddet ligger alltså mer på verket och inte på upphovsmannen såsom fallet är i länder som tillämpar principen om "droit d'auteur". En effekt av denna inställning är att lagstiftaren inte ser det som så angeläget att skydda upphovsmannens ideella intressen.

I detta kapitel redogörs för hur amerikansk respektive tysk lagstiftning har löst konflikten mellan upphovsmannen och användaren vad gäller framföranden av musik.

4.1 Amerikansk "Copyright"

4.1.1 Konstitutionen

Utgångspunkten i amerikansk upphovsrätt är Article I, Section 8, Clause 8 i den amerikanska konstitutionen vilken ger kongressen mandat att ge upphovsmän skydd med följande motivering: "*to promote the Progress of*

⁸⁰ Om skillnaderna mellan dessa två modeller se: Kockvedgaard/Levin, s. 56 f; Sterling, s. 15 ff och 443 ff.

Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.” Målet är således en ökad kunskapsnivå i samhället, medlet att nå detta mål är att ge upphovsmannen en upphovsrätt.⁸¹ Mot bakgrund av detta har inställningen att upphovsmannen skulle ha någon form av naturrättsligt motiverad äganderätt till verket uttryckligen avfärdats av både U.S. Supreme Court och kongressen.⁸² Det är med andra ord samhällets intresse av att ge upphovsmannen en ensamrätt som står i fokus, inte upphovsmannens rätt eller intresse av att ha denna rätt.

4.1.2 Upphovsmannens rätt till offentliga framföranden

När dessa principer omsätts i praktiken genom de materiella lagreglerna ges upphovsmannen bland annat en ensamrätt att framföra och visa verket offentligt.⁸³ Amerikansk rätt definierar också vilka framföranden som skall anses vara offentliga. Det är då det sker på en plats dit allmänheten kan få tillträde eller på en plats där ett stort antal personer, vilka inte tillhör framförarens närmsta familje- eller vänkrets, har samlats.⁸⁴

Såsom i Sverige görs även vissa särskilda undantag från denna ensamrätt. Ett av dessa är det så kallade ”home-type set exemption”, § 110 (5).⁸⁵ Syftet med detta undantag är att upphovsmannens rätt inte skall omfatta situationer då någon, på en offentlig plats, lyssnar på en vanlig radio eller har TV:n på. Framföranden av helt underordnad betydelse i förhållande till den bedrivna affärsverksamheter såsom på krogar, lunchbarer, frisersalonger eller tandläkare, undantas således från upphovsmannens rätt.⁸⁶ Krav för

⁸¹ U.S. Supreme Court har också fastslagit detta se till exempel *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984) ”[t]he monopoly privileges [of copyright] that the Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit”(cit. *Pallas Loren* s. 7). Se också *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156, 186 U.S.P.Q. (BNA) 65, 66 (3d Cir. 1975) ”The limited scope of the copyright holder’s statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution reflects a balance of competing claims upon the public interest. Creative work is to be encourage and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music and the other arts.”(cit. *Pallas Loren* s. 22, fotnot 5)

⁸² Se *Wheaton v. Peters* 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834) där U.S. Supreme Court konstaterade att kongressen hade ”instead of sanctioning an existing right,...created it”. Kongressen underströk i House of Representatives Report No. 2222, 60th Congress, 2nd session, at 7 (1909), att ”the enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings...but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings” (cit. *Davies*, s. 57).

⁸³ Se Bilaga B, 1a .

⁸⁴ Se Bilaga B, 1b.

⁸⁵ Se Bilaga B, 1c. Om detta undantag se Fouad Makeen, Makeen, ”Copyright in a Global Information Society. The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law”, Kluwer Law International 2000, s. 94-110.

⁸⁶ Makeen, s. 95.

tillämpning är emellertid att apparaten skall vara av en sådan typ som är avsedd för privat bruk och att ingen direkt vinst görs av framförandet.⁸⁷

Utöver dessa undantag omfattar inte ensamrätten användande av verket som kan konstateras falla under kategorin ”fair use”.⁸⁸ Då syftet med en upphovsrätt, enligt konstitutionen, är att den skall bidra till ökad kunskap i samhället krävs en motvikt till upphovsmannens monopol att förfoga över verket. Denna motvikt utgörs av doktrinen om ”fair use” vilken skall se till att ensamrätten till verket inte blir så omfattande att den förhindrar samhället att dra nytta av detta.⁸⁹ En förutsättning för att upphovsmannen skall kunna kräva ersättning är alltså att användandet kan betraktas vara ”unfair”.⁹⁰

4.2 Tysk “Droit d’Auteur”

4.2.1 Konstitutionen

Tysk rätt har en naturrättslig motivering för att införa en upphovsrätt. Upphovsmannens exklusiva kontroll över verket är en konsekvens av det faktum att han har skapat detta. Av denna princip följer att varje användande av verket tillhör honom.⁹¹ Enligt BverfG har upphovsmannen dels en äganderätt till sitt verk vilken skyddas av konstitutionen, *Grundgesetz*,

⁸⁷ Däremot innebär framförarens indirekta vinst av framförandet inte att undantaget inte kan tillämpas, se Makeen, s. 95.

⁸⁸ Se Bilaga B, 1d.

⁸⁹ Se till exempel *Sony Corporation of America v. Universal studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 673, (1984) att varje ”Fair Use” analys ”involves a difficult balance between the interest of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society’s competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand”(cit. Pallas Loren s. 22, fotnot 5), eller *Wainwright Sec. Inc. v. Wall St. Transcript Corp.*, 558 F.2d 91, 94, 194, U.S.P.Q. (BNA) 401, 403 (2d Cir. 1977): Fair Use ”offers a means of balancing the exclusive rights of a copyright holder with the public’s interest in dissemination of information affecting areas of universal concern, such as art, science and industry.”(cit. Pallas Loren s. 22, fotnot 5) Det skulle leda för långt att inom ramen för denna uppsats i detalj redogöra för innehållet i denna reglering. Av intresse är endast att konstatera att den amerikanska lagstiftningen innehåller denna, såsom det uttrycks i fallet *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569, 579, 29 U.S.P.Q. 2^d (BNA) 1961, 1965 (1994), ”breathing space within the confines of copyright” (cit. Pallas Loren s. 2).

⁹⁰ Se till exempel U.S. Supreme Court i *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345, 1357 n.19, 180 U.S.P.Q. (BNA) 49, 58 n.19 (Ct. Cl. 1973), 420 U.S. 376 (1975) ”It is wrong to measure the detriment to plaintiff by loss of presumed royalty income – a standard which necessarily assumes that plaintiff had a right to issue licenses. That would be true, of course, only if it were first decided that the defendant’s practices did not constitute ”fair use”. In determining whether the company has been sufficiently hurt to cause these practices to become ”unfair”, one cannot assume at the merit of the plaintiff’s position, i.e., that plaintiff had the right to license. That conclusion results only if it is first determined that the photocopying is ”unfair””(cit. Pallas Loren s. 14).

⁹¹ Nordeman m.fl. s. 98 f.

artikel 14 stycke 1,⁹² dels en moralisk rätt till detta verk vilken skyddas av Grundgesetz artiklarna 1 och 2. Vad gäller äganderätten skall den emellertid, enligt Grundgesetz artikel 14 stycke 2 och 3, denna rätt, precis som vad gäller andra former av äganderätt, även tjäna samhällets intressen. Om sociala eller andra samhällseliga intressen väger tyngre än upphovsmannens intresse av att bibehålla ensamrätten kan ensamrätten reduceras till en rätt att erhålla ersättning eller till och med helt exproprieras.⁹³

Skillnaden mellan den tyska och amerikanska lagstiftningen kan sägas vara att då amerikansk rätt ser samhällets intressen som ett skäl att ge upphovsmannen en begränsad rätt till ett verk så ser den tyska samhällets intressen som en orsak att ta ifrån upphovsmannen en del av denna rätt.

4.2.2 Upphovsmannens rätt till offentliga framföranden

Utgångspunkten i den tyska upphovsrättsregleringen är att upphovsmannens ensamrätt inkluderar offentliga framföranden. I 15 § UrhG återfinns den samlingsregel som utgör grunden i upphovsmannens ensamrätt, vilken hänvisar vidare till andra paragrafer där innehållet i ensamrätten närmare beskrivs. Upphovsmannens ensamrätt till offentliga framföranden regleras i 15 § UrhG 2 och 3 st.⁹⁴ i likhet med amerikansk lagstiftning ger UrhG en beskrivning av de situationer som skall räknas vara offentliga. Detta är, enligt 15 § 3 st. UrhG, fallet om framförandet sker inför ett flertal personer vilka inte har någon personlig relation till varandra eller till den som framför verket.⁹⁵ Naturligtvis blir det svårare att hävda att åhörarna har denna

⁹² Se Bilaga B, 2a.

⁹³ Davies, Gillian, "Copyright and the Public Interest", Studies in Industrial Property and Copyright Law, Volume 14, Published by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich 1993, s. 121 ff. För att avgöra denna fråga har BverfG etablerat en form av "proportionalitetsprincip", se de fem avgörandena som avgjorde huruvida 1965 års lag stod överensstämmande med konstitutionen, 1972 GRUR 485 Bibliotheksgroschen; 1972 GRUR 481 Kirchen- und Schulgebrauch; 1972 GRUR 487 Schulfunksendungen; 1972 GRUR 488 Tonbandvervielfältigung; 1972 GRUR 491 Schallplatten samt BverfG 49, 382 Kirchenmusik. I det senare fallet kom domstolen fram till att upphovsmannens ensamrätt enligt konstitutionen inte omfattade framföranden i kyrkor, men att denne hade rätt till kompensation.

⁹⁴ Se Bilaga B, 2b.

⁹⁵ Relationen skall vara en "engem personliche kontakt" enligt BGH GRUR 1996, 875 – Zweibettzimmer im Krankenhaus. Angående tolkningen i praxis av offentlighetsbegreppet se BGHZ 17, 376 – Betriebsfeiern; 36, 17 – Rundfunkempfang im Hotelzimmer; 79, 356 – Öffentliche wiedergabe von Sprachwerken; 58, 262, – Landesversicherungsanstalt; 79, 350, – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten I; GRUR 1975, 33, – Alterswohnheim; 1983, 562, – Zoll- und Finanzschulen; 1984, 734, – Vollzugsanstalten; BGH GRUR 1956, 515 – Tanzkurse; GRUR 1960, 338, – Tanzstundenabschlussbälle; BGH UFITA 73 (1975) 286; 289 – Postjugend- Wohnheim. Slutenhetskravet gäller naturligtvis även vid framföranden av föreningar se Rehbinder, s. 139 och Möhring/Nicolini (Kroitzsch), s. 282 f. Se även BGHZ 17, 376 där domstolen på s. 379 uttalar "So können auch Vereinveranstaltungen, zu denen ausschliesslich Vereinsmitglieder zugelassen sind, öffentliche Veranstaltungen im Sinne des § 11 Abs 2 LitUrhG sein, wenn es nach dem ganzen gefüge des Vereins an einem engeren persönlichen Band zwischen den Vereinsmitgliedern fehlt"...."Da hiernach für die Frage, ob eine Aufführung im urheberrechtlichen Sinne als öffentlichen anzusehen ist, allein der

relation ju större kretsen är.⁹⁶ Emellertid är det likgiltigt för vilket ändamål framförandet sker. Således kan även ett framförande i förvärvssyfte bedömas vara privat.⁹⁷

Undantag från ensamrätten till offentliga framföranden regleras i 52 § UrhG.⁹⁸ Tre olika undantagsmöjligheter upptas i 52 § UrhG.

För det första undantas i första stycket framföranden som inte tjänar något förvärvssyfte för arrangören, åhörarna har fritt inträde och de som framför verket gör det utan krav på ersättning. Dock är dessa framföranden inte fria utan en skälig ersättning måste erläggas till upphovsmannen. Förvärvssyftet kan vara både direkt och indirekt.⁹⁹ Tillräckligt är således att framförandet kan anses gynna ett näringsyfte och inte endast är en total bisak i förhållande till den bedrivna verksamheten.¹⁰⁰ Vad gäller kravet på fritt inträde gäller att det skall vara helt fritt, även obetydliga bidrag förhindrar tillämpning av undantagsregeln.¹⁰¹ Däremot räknas inte garderobsavgift eller betalning för program eller förfriskning som ett inträde om åskådaren inte betalar mer än vad som är brukligt. Som huvudregel betraktas inte heller medlemsavgift i en förening såsom erläggande av inträde då denna inte anses ha något direkt samband med det offentliga framförandet.¹⁰²

För det andra undantas i andra meningen samma stycke framföranden som sker inom vissa typer av verksamheter såsom fångvård, äldreomsorg och vid läroanstalter. Då framförandet måste rikta sig till en bestämt avgränsad krets ligger naturligtvis dessa nära de framföranden som räknas som slutna. Ett ytterligare krav är att framförandet skall tjäna institutionens sociala eller uppfostrande syfte. Således kan till exempel inte en skoldans undantas från ersättningsskyldighet enligt 52 § UrhG.¹⁰³ Slutligen gäller inte undantaget om framförandet tjänar tredje mans förvärvssyfte. Är detta fallet skall denne tredje man betala ersättning. Andra stycket 52 § UrhG undantar för det tredje framförande av kyrkor eller religiösa samfund om detta sker på gudstjänster eller vid kyrkliga högtider såsom dop.

Grad der persönlicher Verbundenheit des Höerkreises massgebend ist, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht der Anbringung von Schildern mit dem Hinweis "Geschlossene Gessellschaft" für die entscheidung des Rechtsstreits keine Bedeutung beigemessen hat."

⁹⁶ Möhring/Nicolini (Kroitzsch), s. 281. Se även GRUR 1975, 33, 34 – Alterswohnheim.

⁹⁷ Rehbinder, s. 138, även BGH, Urt. v. 19.06.1956 – I ZR 104/54 (Berlin) NJW 1956, 1553, där domstolen kom fram till att framföranden på en danskurs var privata trots att verksamheten bedrevs i näringsyfte. Se även BGHZ 36, 171 - Rundfunkempfang im Hotelzimmer s. 179.

⁹⁸ Se Bilaga B, 2c.

⁹⁹ BGHZ 58, 262, 267 – Landesfersicherungsanstalt.

¹⁰⁰ RGST 43, 189 – Kurkonzert; BGHZ 17, 376, 387 – Betriebsfeier; BGHZ 58, 262, 267 – Landesfersicherungsanstalt BGH GRUR 1961, 97, 99 – Sportheim.

¹⁰¹ BGHZ 19, 227, 234 – Gastwirt.

¹⁰² Möhring/Nicolini (Waldenberger), s. 514.

¹⁰³ Möhring/Nicolini (Waldenberger), s. 516.

5 JF – en studiebevakande festförening

JF motiverar sin inställning att framföranden på deras pubar inte omfattas av upphovsmannens rätt enligt följande: Det är frågan om framföranden inför en sluten krets. JF uppställer ett medlemskrav för att få tillträde till arrangemanget. De personer som genom detta medlemskap har tillträde är en krets av personer som är lätt att avgränsa i förhållande till dem som inte har tillträde. Alla medlemmar har något gemensamt i det att de läser juridik vid Lunds universitet.

Om domstolen skulle komma fram till att JF:s framföranden är offentliga anser JF att undantagsbestämmelsen i 21 § är tillämplig. Musikframförande är inte det huvudsakliga ändamålet med JF-pubarna utan det är endast frågan om bakgrundsmusik, åhörarna betalar inte för att få tillträde till pubarna och pubarna drivs inte i förvärvssyfte utan i socialt syfte genom att juridikstuderande ges möjlighet att träffas vid sidan av studierna.

Är detta argument som skulle hålla för en domstolsprövning såsom lagstiftningen ser ut idag och med tanke på hur HD har tolkat denna? Min åsikt följer nedan.

5.1 JF:s medlemmar - Inte tvångsintagna, men tvångsanslutna¹⁰⁴

Till att börja med kan konstateras att det endast är medlemmar som har tillträde till JF: s pubar. Den första frågan som bör ställas blir därför hur medlemskonstruktionen ser ut. Vem kan bli medlem och hur går det till? Räcker JF: s medlemskrav till för att göra åhörarkretsen sluten, och framförandena därmed icke- ersättningsbara?

Vem som helst kan inte bli medlem i JF. Enligt JF: s stadgar *skall* den som bedriver sina studier i huvudsak vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet vara medlem av JF. I stort sett inga andra än studenter vid juridiska fakulteten i Lund kan bli medlemmar.¹⁰⁵ Enligt 4 § i *Förordning (1983:18) om studerandekårer, nationer och studentföreningar vid universitet och högskolor* måste alla studenter vid universitet vara medlem av en kår och JF är Juridiska fakultetens kår. Eftersom inte ”vem som helst”

¹⁰⁴ JF:s verksamhet bedöms mot bakgrund av de svar på ett antal frågor som jag fick av JF:s vice ordförande Ola Ranstam på ett antal frågor. Frågor och svar återfinns i Bilaga A.

¹⁰⁵ Stadga för Juridiska föreningen i Lund, 1 kap. 1 §.

kan bli medlem i JF utan det endast är juridikstudenter vid Lunds universitet så uppfyller JF medlemskravet i 2 § URL.

JF:s argument för att framförandena skall betraktas som icke-offentliga kan sägas gå ut på följande: eftersom en icke-medlem inte har tillträde och det dessutom går att skilja denna icke-medlem åt från en medlem genom att denna icke-medlem inte läser juridik vid juristutbildningen i Lund så är kretsen av medlemmar sluten. Problemet för JF är att det ur upphovsrättslig synvinkel enligt HD inte har någon relevans vilka som *inte* får tillträde till ett framförande. Det är istället de potentiella åhörarnas *inbördes* förhållande som skall bedömas.

Frågan skall således ställas om JF:s medlemmar uppfyller detta krav på inbördes samband. JF har ca 2000 medlemmar, varje år tillkommer ca 300 nya medlemmar och ungefär lika många lämnar föreningen. Detta talar för att sammansättningen av potentiella åhörare både är ”*växlande*” och ”*tillfällig*”. Det är vidare frågan om ett tvångsmedlemskap, vilket innebär att medlemmarna inte av fri vilja sökt sig till varandra, och endast en liten del av medlemmarna engagerar sig eller deltar regelbundet i JF:s aktiviteter. Om det är så att tvångsintagna patienter på en sjukhusavdelning inte anses uppfylla kravet på samhörighet torde inte heller 2000 juridikstudenter som är tvångsanslutna till JF göra det. Det objektivt konstaterbara faktum att alla medlemmar läser juridik i Lund medför således inte att det finns ett ”*inbördes* samband” mellan dessa. Att påstå detta inför en domstol vore enligt min mening att begå juridisk harakiri.

5.2 JF och marchmusikregeln

Det andra argumentet som JF framför är att verksamheten omfattas av marschmusikregeln. Frågan är om den gör det? SAMI anser att den inte är det med hänvisning till att denna bestämmelse skall tolkas restriktivt och att regeln endast kan tillämpas på välgörenhetsarrangemang och liknande, exempelvis militärparader. Dessutom anser SAMI att JF bedriver ”någon form av förvärvsverksamhet”.¹⁰⁶

Ett argument mot att marschmusikregeln kan tillämpas är att paragrafens ändamål är att tillgodose olika ”*religiösa, kulturella och andra samhällliga ändamål*”. De exempel som ges då regeln kan tillämpas är militärmarscher, organisationers möten på allmänna platser och kyrkliga ceremonier (utöver gudstjänster). Däremot skall inte till exempel parkkonserter eller friluftsföreställningar omfattas.¹⁰⁷ JF:s verksamhet uppfyller inte något av de angivna ändamålen och därför skulle ersättningskyldighet föreligga. En

¹⁰⁶ E-mail från SAMI, Tobias Eltell, till JF den 7/12-01.

¹⁰⁷ Se SOU 1956:25, s. 231 och Prop. Nr. 17 1960, s. 141.

fördragskonform tolkning, där hänsyn tas till Bernkonventionen som inte tillåter undantag än för särskilt angivna syften, skulle peka i samma riktning.

Vid en semantisk tolkning skulle resultatet emellertid bli annorlunda. Alla arrangemang där musikspelare inte är det huvudsakliga omfattas av undantaget. Även uttalanden i förarbetena talar för att undantaget omfattar föreningars verksamhet. Första lagutskottet uttalar explicit vad gäller ideella föreningars verksamhet att "framföranden i hithörande fall ofta torde bli fria på grund av undantagsbestämmelsen i 20 §". Propositionsuttalet att marschmusikregeln inte kunde tas bort med hänvisning till att det skulle innebära en belastning för dem som utan förvärvssyfte ordnar olika typer av avgiftsfria arrangemang talar i samma riktning. Ingenting i denna motivering hindrar att regeln används på föreningars verksamhet.

Är då JF:s framförande på puben ett beledsagande, betydande eller det huvudsakliga inslaget vid arrangemanget? Det är endast om det senare är för handen som paragrafen inte kan tillämpas. Att "det huvudsakliga" uttrycks i singularis måste betyda att det i stort sätt endast är konserter som inte omfattas av stadgandets tillämpningsområde. Avgift skall enligt förarbetena endast betalas om framförandet utgör "själva ändamålet med arrangemanget".¹⁰⁸ Det går inte att säga att musikspelare är en pubs huvudsakliga syfte. Syftet är att vara en plats för personer att träffas på för att ta något att dricka eller äta. Frågan är om musikspelare på pubens när upp till att vara ett "betydande" eller "beledsagande" inslag i verksamheten såsom fallet är vid till exempel militärparader. Detta leder till resultatet att JF:s framförande av musik inte skall anses vara det huvudsakliga i pubverksamheten.

Vad gäller inträdeskravet så tar JF ingen avgift av dem som kommer till torsdagspuben, så detta rekvisit är definitivt uppfyllt.¹⁰⁹ Hur är det då med förvärvssyftet? Syftet med pubarna är inte att göra en vinst, JF budgeterar inte för att göra någon vinst och vinst har heller inte uppkommit. De som arbetar gör detta utan krav på ersättning. Förarbetena talar om musikframföranden i restauranger, affärslokaler och den ovan nämnda industrimusiken. Gemensamt för dessa exempel är att musiken spelas i någon form av verksamhet som bedrivs yrkesmässigt för att generera en vinst. I JF:s fall kan detta inte sägas vara fallet.

Resultatet av resonemanget blir att musikframföranden på JF-pubarna inte är det huvudsakliga, medlemmar betalar ingen avgift för att få tillträde och verksamheten sker inte i förvärvssyfte. Således omfattas inte dessa framföranden av upphovsmannens ensamrätt och JF behöver inte erlagga någon ersättning.

¹⁰⁸ Prop. 1960:17, s.141 f.

¹⁰⁹ Medlemsavgiften har inget direkt samband med pubverksamheten, så den kan enligt min mening inte ses som en "avgift" för att få tillträde till puben.

6 Analys av Upphovsrättslagens reglering av offentliga framföranden

Ovan har redogjorts för vilka ekonomiska överväganden som bör göras då gränserna för upphovsrätten utstakas, hur den svenska lagstiftningen och internationella konventioner reglerat frågan om upphovsmannens rätt till offentliga framföranden samt hur dessa stadganden har tolkats i nordisk praxis. Vidare har jag också visat att utformningen av skyddets utformande till stor del beror på vilket motiv lagstiftaren har för att införa skyddet. Slutligen gett min syn på hur JF-fallet bör avgöras mot bakgrund av den av HD fastslagna praxis som gäller på området.

I detta avslutande kapitel redogör jag för de brister som jag anser att det finns i HD:s resonemang, framför allt i fallet "Sjukhusmusik", och vilka skillnader en alternativ tolkning kan ge för användare av upphovsrättsligt skyddat material. Vidare återanknyter jag till det första kapitlet och söker besvara frågan om upphovsrättslagen tagit ekonomiska hänsyn i tillräckligt stor utsträckning då konflikten mellan upphovsmannen och användaren lösts när det gäller framföranden av musik. Slutligen några avslutande kommentarer och ett försök att förutspå vilka hänsyn som kommer att avgöra omfattningen av upphovsmannens skydd i framtiden.

6.2 Total begreppsförvirring i HD?

Såsom jag tolkar förarbetena var intentionen att huvudregeln i 2 § 1 st. URL skulle avgränsa åhörarkretsen ur ett "objektivt" perspektiv genom att ställa frågan om vilka som har tillträde till framförandet och vilka som inte har det, med andra ord kretsens slutenhet.¹¹⁰ Vid denna bedömning är faktorer som medlemskrav och kriterier för medlemskap av intresse.¹¹¹ När detta är gjort och svaret blir att framförandet inte är öppet för envar, det vill säga att kretsen är "sluten", analyseras åhörarnas inbördes förhållanden för att svara på frågan om denna slutna krets har karaktären av att vara privat eller inte genom att kompletteringsregeln i 2 § 3 st. URL tillämpas.¹¹² En sluten krets

¹¹⁰ SOU 1956:25, s. 105. Auktoritetskommittén uttalar att kriteriet på offentlighet föreligger om tillträdet formellt är öppet för envar.

¹¹¹ Ingenstans i förarbetena förespråkas att kretsens slutenhet skall avgöras med hänsyn till åhörarnas inbördes relationer.

¹¹² Se till exempel Auktoritetskommitténs motivering till att införa kompletteringsregeln: "Såsom förut anförts kan industrimusik icke betraktas som ett i egentlig mening *offentligt* framförande av musiken; särskilt påtagligt är detta om med hänsyn till fabriks-hemligheter

där åhörarna inte har några band mellan sig är inte offentlig, men skall enligt kompletteringsregeln jämföras med en dylik krets. Problemet då HD i domskälen till NJA 1988, s. 715, "Sjukhusmusik", skriver av den tyska kommentaren är att denna uppdelning i två stadganden inte görs i tysk rätt. I UrRG ses åhörarnas inbördes förhållanden som det enda kriterium som avgör frågan om offentlighet.¹¹³ HD har således (felaktigt?) underlåtit att först ställa sig frågan huruvida kretsen är sluten eller inte, med andra ord offentlig eller inte, och direkt tillämpat ett av rekvisiten i kompletteringsregeln, men gjort det i huvudregelns namn. En tolkning som kommer att göra kompletteringsregeln helt verkningslös.

Någon kanske skulle opponera sig mot detta resonemang och hävda att kompletteringsregeln innebär det tillägget att framföranden i "förvärvsverksamhet" skall omfattas av upphovsmannens "uteslutande rätt" att förfoga över verket. Mot detta argument kan huvudsakligen två invändningar göras. För det första kan konstateras att för att överhuvudtaget kunna tillämpa rekvisitet "förvärvsverksamhet" enligt kompletteringsregeln måste dels kretsen vara "sluten" enligt huvudregeln, dels denna slutna krets vara "större" enligt kompletteringsregeln. Rekvisitet "större" är som sagt menat att skilja ut framföranden som sker inom privatlivet, det vill säga tar sikte på det "subjektiva" bedömningskriteriet.¹¹⁴ Eftersom HD tar hänsyn till detta kriterium redan vid bedömningen av huruvida kretsen är sluten eller inte enligt huvudregeln, så kommer en "större", det vill säga "icke-familjär", krets inte att bli bedömd som "sluten" vilket som sagt är en förutsättning för att kompletteringsregeln skall kunna tillämpas.¹¹⁵ För det andra beaktar HD framförarens "ekonomiska syfte" redan vid bedömningen enligt huvudregeln.¹¹⁶ Detta desarmerar naturligtvis helt kompletteringsregelns potentiella slagkraft då HD genom denna tolkning bedömer båda dess rekvisit redan vid tillämpningen av huvudregeln.

6.1.1 Framförarens ekonomiska intresse

Den grundläggande synpunkten vad gäller omfattningen av upphovsmannens ensamrätt var enligt Auktorrättskommittén att inom gränserna borde falla "allt sådant utnyttjande av verket i **ekonomiskt** syfte,

eller av säkerhetsskäl kontrollen över tillträdet till arbetsplatsen är mycket sträng." SOU 1956:25, s. 103 f.

¹¹³ Se 15 § UrhG samt BGHZ 17, 376 – Betriebsfeiern.

¹¹⁴ Se SOU 1956:25, s. 104. "För denna avgränsning av mindre arbetsmiljöer, som *stå privatlivets område nära*, har kommittén icke kunnat finna någon annan benämning än det rent kvantitativa, att endast utföranden för "större" åhörarkretsar skall innefattas i upphovsmannens ensamrätt." (min kursivering).

¹¹⁵ Med andra ord, för att tillämpa *huvudregeln* krävs enligt "Sjukhusmusik", att upphovsmannen visar att: I) Kretsen av åhörare inte är sammanhållen av personlig band, det vill säga icke-privat. För att tillämpa *kompletteringsregeln* krävs att upphovsmannen visar att: I) Kretsen av åhörare inte är inte sammanhållen av personlig band, det vill säga icke-privat + II) framförandet sker i förvärvsverksamhet. HD:s tolkning leder således till att kompletteringsregeln inskränker upphovsmannens rätt, inte utvidgar den, något som inte var Auktorrättskommitténs tanke bakom införandet.

¹¹⁶ Se "Sjukhusmusik", s. 724.

vilket **icke är att hänföra till privatlivets område.**¹¹⁷ (min understrykning). Ett e contrario resonemang av detta uttalande leder fram till följande:

För det första skall ett framförande som sker **utanför** privatlivets område inte omfattas av upphovsmannens ensamrätt såvida framförandet inte sker i ekonomiskt syfte. Detta ger enligt min mening ytterligare stöd för att HD:s tolkning av 2 § URL är felaktig. Då frågan huruvida ett framförande omfattas av upphovsmannens ensamrätt skall avgöras krävs alltså att domstolen gör följande trestegstest: Först skall undersökas om tillträdet till framförandet är begränsat, det vill säga om kretsen är sluten eller inte. Om kretsen är sluten, åhörarnas personliga relation för att analysera om framförandet skett innanför eller utanför privatlivet genom att tillämpa rekvisitet "större". Slutligen, vilket är viktigt, om framförandet skett i ekonomiskt syfte. Inget ekonomiskt syfte, ingen ersättningsskyldighet.¹¹⁸

För det andra innebär inte det faktum att framförandet sker i ekonomiskt syfte automatiskt att framförandet skett utanför privatlivets område. Auktorrättskommitténs inställning ligger sålunda nära den tyska uppfattningen att offentlighetsfrågan är oavhängig frågan om ekonomiskt intresse hos framföraren.¹¹⁹

Distinktionen mellan offentlighet och ekonomiskt intresse görs inte alls i praxis. Tvärtom bakas de två frågorna, som ovan beskrivits, ihop vid den enda bedömning som görs, nämligen den om framförandet är offentligt enligt huvudregeln. Detta riskerar att leda till att upphovsmannens ensamrätt blir alltför omfattande upphovsrätt då framförarens ekonomiska syfte inte blir ett absolut krav för ersättningskyldighet i situationer när framförandet sker inför en sluten krets. Enligt min mening bör Auktorrättskommitténs uppfattning i frågan åtlidas.

6.1.2 Vems förvärvsverksamhet är det som är relevant enligt HD?

Detta hindrade emellertid inte HD från att i fallet "Sjukhusmusik" tillämpa rekvisitet "förvärvsverksamhet" i kompletteringsregeln på framföranden för personal på ett sjukhus. Detta skedde dock utan att offentligheten i huvudregeln eller rekvisitet "större" först prövades. Vad innebär då begreppet "förvärvsverksamhet"? Enligt Auktorrättskommittén är det som ovan framhållits då framförandet ingår som ett led i företagets verksamhet. Om de anställda själva anordnar framförandet så faller detta inte in under stadgandets tillämpningsområde och inte heller icke-yrkesmässiga arrangemang inom en sluten krets som har till syfte att få in medel till allmännyttiga eller välgörande ändamål.¹²⁰ Av detta kan, enligt min mening,

¹¹⁷ SOU 1956:25, s. 104.

¹¹⁸ Uttalandet av Auktorrättskommittén vad gäller systematiken vid tillämpningen av 2 § URL ger enligt min mening stöd för denna tolkning, se SOU 1956:25, s. 106 f.

¹¹⁹ Se ovan, not 97.

¹²⁰ SOU 1956:25, s. 106.

slutsatsen dras att det krävs att verksamheten bedrivs i vinstsyfte och att musikframförandet bidrar till denna vinst för att kompletteringsregeln skall kunna tillämpas. Denna tolkning ligger även i linje med det ovan citerade uttalandet att ett icke-offentligt framförande måste ske i ekonomiskt syfte för att omfattas av upphovsmannens rätt.

Hur går detta ihop med HD:s resonemang i "Sjukhusmusik"? HD konstaterar först att det i landstingets verksamhet ingår omfattande ekonomisk verksamhet och att faktorer som finansiering eller huvudmannaskap inte skall avgöra frågan om upphovsmannen har rätt till ersättning eller inte. Jasså? HD verkar mena att verksamhet som inte bedrivs i förvärvssyfte men **kan** bedrivs för att tjäna pengar och att verksamheter som i sig är kostnadskrävande skall omfattas av upphovsmannens rätt. Detta är självfallet precis tvärtemot vad som är tanken med stadgandet. Om någon väljer att inte tjäna pengar på en viss verksamhet så skall denne naturligtvis inte behöva betala till upphovsmannen bara för att någon annan bedriver samma typ av verksamhet i syfte att tjäna pengar. En verksamhet som bedrivs med ett annat syfte än att förvärva något, kan enligt min mening näppeligen betecknas som en **förvärvs**verksamhet.

Två av JustR:n tillade för egen del i rättsfallet "Sjukhusmusik" att de "fäst avgörande vikt vid att motiven så starkt betonar upphovsmannens intressen i dessa sammanhang (se särskilt första lagutskottets utlåtande NJA II 1961 s 57 f). Detta motiverar att reglerna om offentligt framförande tillämpas också i vissa situationer som knappast faller under lagens ordalag, en ståndpunkt som också har stöd i HD:s tidigare praxis (se särskilt NJA 1980 s 123)." Enligt min mening finns det dock ingenting i förarbetena som talar för att domstolarna skulle ha fått ett mandat att utvidga upphovsmannens rätt till situationer som inte täcks av lagtexten. Än mindre att införa andra bedömningskriterier än gruppens slutenhet för att avgöra offentlighetsfrågan enligt huvudregeln.¹²¹

Vad gäller praxis uttalar HD i fallet NJA 1985, s. 893, "Manifestet", angående frågan om ett undantag från 2 § URL kan tillämpas som inte direkt är upptaget i lagtexten: "...en befogenhet för domstolarna att godta undantagssituationer – vid sidan av de sedan länge vedertagna straffrihetsgrunderna – måste utnyttjas med största försiktighet. För detta talar självfallet i första hand nödvändigheten av att visa respekt för lagstiftarens bestämmanderätt"... "Det ter sig visserligen mindre betänkligt att i friande riktning avvika från lagtexten i ett straffbud. Ser man saken i ett framtida perspektiv, innebär emellertid en vidareutveckling genom praxis att medborgarna kommer att sväva i större osäkerhet om avgränsningen av det straffbara området än annars, eftersom domstolspraxis, allmänt sett, är mera svårtillgängligt än en författningsreglering." A fortiori borde detta

¹²¹ Se till exempel uttalandet av första lagutskottet som av HD i Stalafallet ansågs vara auktoritativt: "...varvid riktpunkten bör vara att upphovsmannens rätt principiellt bör innefatta alla framföranden som icke äger rum inför helt slutna kretsar".

resonemang även gälla då lagtexten **inte** talar för att ersättningskyldighet föreligger.¹²² Starka rättssäkerhetsskäl talar nämligen, enligt min mening, mot att en användare av ett verk skall behöva ersätta upphovsmannen, betala böter eller bli dömd till fängelse för ett framförande som enligt lagtexten inte omfattas av upphovsmannens rätt. Att tillämpa olika tolkningsmodeller och ge centrala begrepp i upphovsrättslagen olika innehåll beroende av om det är ett straff- eller civilmål är vidare inte en särskilt bra lösning.¹²³

6.2 JF-fallet - Resning beviljas

Ovan argumenterade jag för att framföranden av musik på JF-puben skulle bedömas som offentliga. Detta var emellertid mot bakgrund av den tolkning av offentlighetsbegreppet som HD gjorde i rättsfallet "Sjukhusmusik". Då denna tolkning har visat sig ha vissa brister är det intressant att fråga sig huruvida den ovan förespråkade trestegslösningen skulle leda fram till ett annat resultat.

För det första, är kretsen sluten eller offentlig? För att få tillträde krävs medlemskap och vem som helst kan inte bli medlem i föreningen utan strikta krav för medlemskap ställs upp. Detta till skillnad från omständigheterna i "Stala Gammeldansförening" där var och en som ville kunde bli medlem. JF riktar sig inte heller, genom till exempel reklam, till allmänheten, utan endast till medlemmar. En ytterligare skillnad i förhållande till detta fall är att JF:s huvudsyfte inte är att framföra musik. Att antalet medlemmar är betydande, eller att dessa medlemmar inte har något samband gör varken kretsen mer eller mindre sluten. Därmed skall kompletteringsregeln tillämpas.

Är då denna slutna krets att karaktärisera som icke-privat och därmed "större"? För att avgöra denna fråga är det av väsentlig betydelse att fråga sig om även potentiella åhörare skall räknas med i bedömningen. Auktorrättskommittén uttalade angående denna fråga att "...framförande av industrimusik skall anses ha en i förslagets mening större krets av åhörare, om det inom ett och samma företag lätt **kan** avlyssnas av mer än 50 personer."

Vad betyder **kan** i förhållande till omständigheterna i JF fallet där medlemsantalet är ca 2000 men det endast är i genomsnitt ca 30 personer som kommer till pubarna? En tolkning är att alla medlemmar har möjligheten att komma till pubarna och **kan** därmed också lyssna på musiken. En annan tolkning är emellertid att det endast är de medlemmar

¹²² "Det straffbara området" som HD i i rättsfallet "Manifestet" talar om avgränsas i mål som gäller framföranden av vilka framföranden som skall anses vara "offentliga".

¹²³ Bruun, Niklas, "Begreppet "offentligt framförande" i nordisk upphovsrätt i belysning av den internationella och europeiska utvecklingen", NIR 2001, s. 624.

som kommer till pubarna som **kan** lyssna på musiken. Väljer en medlem att stanna hemma så är det följaktligen inte heller möjligt för honom att lyssna på framförandet.

Lagtexten talar för den senare tolkningen "...anordnas **inför** en större sluten krets". Att JF även skall anses framföra musik inför personer som inte är närvarande vid framförandet är en orimligt extensiv tolkning av begreppet "inför". I samma riktning talar uttalandet av Auktorrättskommittén i sammanfattningen av 2 §: "För närvarande är det omtvistat huruvida sådana framföranden [det vill säga framföranden av musik inom fabriker och andra företag, min anmärkning] omfattas av upphovsmannarätten; enligt förslaget skall så vara fallet, där **åhörarna** kunna anses som en "större" krets" (min kursivering). För att räknas som en åhörare måste personen rimligtvis lyssna på musiken. Väljer någon att inte gå på en Bruce Springsteenkoncert är denne följaktligen inte heller åhörare av denna konsert oavsett om personen ifråga skulle kunnat ha köpt en biljett och lyssnat på framförandet. Samma resonemang bör då gälla omständigheterna i JF-fallet. Det tredje och kanske avgörande argumentet mot att potentiella åhörare skall räknas med är att denna bedömning redan gjorts enligt huvudregeln. Enligt denna besvaras frågan om vem som **kan** komma och lyssna, enligt kompletteringsregeln om den krets som **faktiskt** kommit och lyssnat är "större".

Auktorrättskommittén bedömde att då åhörarkretsen översteg 50 så skulle den räknas som "större", och det omvända om antalet åhörare understeg 20. Däremellan var omständigheterna i det enskilda fallet avgörande, men vid tveksamhet så skulle kretsen hänföras till mindre än "större". Vid JF-pubarna är det ca 30 studenter närvarande. Ofta är det de som engagerar sig i JF som kommer till pubarna, och vid "tentapubarna" eller "novischpubarna" studenter från en särskild termin. Det är således inte vem som helst av de 2000 medlemmarna som kommer till puben utan åhörarna har ofta någon form av samhörighet. Enligt min mening talar omständigheterna för att kretsen skall betecknas som privat och inte som "större".

Den sista frågan som skall besvaras är huruvida framförandet skett i "förvärvsverksamhet". SAMI hävdar att HD:s uttalande att huvudmannaskap eller finansieringssätt inte skall spela någon roll vid bedömningen talar för att så är fallet. Det skall således vara typen av verksamhet som är avgörande. JF skulle enligt detta resonemang bli ersättningsskyldiga inte för att de själva tjänar pengar på framförandet utan för att andra pubar såsom "John Bull" eller "Bishops Arms" har ett vinstintresse då de framför musik. Frågan är i så fall med vad JF skall betala SAMI, de har ju inte tjänat några pengar på framförandet? SAMI verkar mena att JF måste **börja** framföra musik i vinstsyfte, antingen genom att höja priserna i baren eller genom att ta inträde för att kunna betala för framförandena, en inställning som enligt min mening är minst sagt kontroversiell. Denna tolkning av kompletteringsregeln för dessutom med sig den konsekvensen att marschmusikregeln inte kommer att kunna tillämpas eftersom JF tvingas att tjäna pengar vid framföranden. Att JF

skulle behöva ta medel från andra typer av studiesocial verksamhet är uteslutet då det naturligtvis är den verksamhet där musikframförandet sker, och inget annat, som skall generera den vinst i vilken upphovsmannen har en rätt.

Jag anser dessutom att JF inte behöver betala till SAMI oavsett om pubarna drivs i vinstsyfte eller inte. För denna inställning talar förarbetsuttalandet att rekvisitet "förvärvsverksamhet" inte skall anses uppfyllt vid "icke-yrkemässiga arrangemang inom en sluten krets som har till syfte att få in medel till allmännyttiga eller välgörande ändamål."¹²⁴ Lagstiftaren tvingar naturligtvis studenter att vara med i JF just av den anledningen att det ses som angeläget för samhället, det vill säga allmännyttigt, att ha fungerande studentkårer. Om de pengar som JF eventuellt förvärvar vid bedrivandet av pubverksamheten går till JF:s övriga verksamhet så skall pubarna, enligt detta mycket klart formulerade förarbetsuttalandet, inte anses som bedrivna i förvärvsverksamhet.

6.3 Rättsekonomisk analys av framföranderätten

6.3.1 Marknadsmislyckanden

"The market failure approach" bygger på att marknadsmekanismerna, det vill säga förhandlingen mellan användaren och upphovsmannen, inte förbigås utan att det finns goda skäl för detta. Undantag enligt denna teori bör endast införas i situationer av marknadsmislyckande. Exempel på dessa är, som redogjordes för i inledningskapitlet, höga transaktionskostnader, effekten av externaliteter eller icke-monetära intresse. Föreligger det inte någon form av dessa marknadsmislyckanden så skall lagstiftaren överlämna åt parterna att förhandla om vem som skall få använda verket och i så fall under vilka förutsättningar.

Teorin måste dock användas med viss försiktighet. För att avgöra om ett marknadsmislyckande är för handen måste det naturligtvis först antas att det finns en marknad, det vill säga att någon har fått en rätt av lagstiftaren som kan säljas.¹²⁵ Då lagstiftarens uppgift just är att sätta gränserna för upphovsmannens ensamrätt, såsom vad gäller all annan äganderätt, så måste hänsyn tas även till andra samhällsaktörer vilka till exempel har ett intresse i att framföra verket. Upphovsrätten ges till upphovsmannen i syfte att ge incitament att skapa verk för att samhället sedan skall kunna utnyttja de verk som skapats. Ett problem med teorin med att det måste föreligga ett marknadsmislyckande för att ett undantag skall få införas är naturligtvis att

¹²⁴ SOU 1956:25, s. 106.

¹²⁵ Pallas/Loren, s. 11.

det som lagstiftaren skapar då denne ger upphovsmannen en ensamrätt är ingen vanlig marknad, det är ett monopol. Då ett utnyttjande av detta monopol från upphovsmannens sida, vars syfte inte primärt behöver vara att verket sprids utan att han tjänar pengar på det, kan leda till en "deadweight loss" för samhället genom att verket underutnyttjas finns det anledning att begränsa upphovsmannens rätt till verket. I situationer då den som framför verket inte gör detta i syfte att tjäna pengar kan det antas att hans vilja och möjlighet att betala inte är tillräcklig för att ersätta den vinst som framförandet medför samhället.¹²⁶ Då upphovsmannens monopolställning dessutom leder till att denne tar ut ett relativt sätt högt pris för användandet är riskerna uppenbara i lägen som dessa att verket kommer att underutnyttjas.

6.3.2 Upphovsmannens förlust

De ekonomiska argumenten för en upphovsrätt är tämligen lätta att förstå om de sätts i relation till exemplarframställning och kopiering. Utgångspunkten är att min kopiering och försäljning av ett verk leder till att upphovsmannen säljer ett exemplar mindre. Det finns således en direkt relation mellan min kopiering och upphovsmannens möjlighet att avsätta sitt verk på marknaden.¹²⁷

I förhållande till framförande av verk blir problemet mer komplicerat då ett framförande inte nödvändigtvis ersätter upphovsmannens eget framförande. Med andra ord, det finns ingen relation mellan ett framförande och upphovsmannens egen avsättning av verket på marknaden. Resultatet av att JF inte spelar musik är inte att upphovsmannen gör det istället, utan att det blir tyst.¹²⁸ Av detta, något självklara, konstaterande kan slutsatsen dras att det inte är alla framföranden som leder till en förlust för upphovsmannen.

Upphovsmannen gör endast en förlust om framföranden ersätter hans egen möjlighet att avsätta verket, genom försäljning av en skiva eller ett eget framförande av verket. Ett exempel på en sådan situation är då musikkonsumenter väljer att lyssna på radio istället för att köpa en skiva. Framförandet har då samma effekt som om radiostationen kopierat och sålt ett exemplar av denna skiva. Å andra sidan kan framförandet också leda till

¹²⁶ Gordon (1982), s. 1631.

¹²⁷ För att travestera Descartes "Vous copiez, donc je perde".

¹²⁸ Landes, William, M, "Copyright Protection of Letters, Diaries and Other Unpublished Works: An Economic Approach", <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, s. 10 ff., gör skillnad mellan *produktivt* och *reproduktivt* användande av verket. Produktivt är användandet då ett existerande verk används för att skapa ett nytt och skall tillåtas. Produktionskostnaderna för att tillverka det nya verket blir på detta sätt lägre eller kvalitén blir högre, samtidigt som den förväntade inkomsten för det existerande verket inte påverkas negativt. Enligt min mening bör samma resonemang kunna tillämpas på framföranden. Om upphovsmannen inte själv kan framföra sitt verk har framföraren bidragit med något som annars inte skulle uppstå, nämligen ett framförande. Under förutsättning att upphovsmannen inte förlorar på att verket framförs bör detta då som huvudregel inte omfattas av upphovsmannens ensamrätt.

att en annan radiolyssnare köper skivan. Om upphovsmannen vinner på att verket framförs varför skall han då ha en rätt att förvägra radiostationen framförandet? Inte är det på grund av att han gör en incitamentsförlust i och med framförandet i alla fall.¹²⁹

Men, invänder någon, om monopolet även skulle gälla framföranden så hade rättighetsinnehavaren till verket haft möjligheten att licensiera ut rätten att framföra verket till JF eller radiostationen. Rättighetsinnehavaren gör då en indirekt förlust genom att berövas denna möjlighet. Detta argument baseras emellertid på resonemanget att "en icke betald ersättning är en incitamentsförlust", vilket tar som utgångspunkt att upphovsmannen redan har en äganderätt till verket.¹³⁰ Naturligtvis är det så att rättighetsinnehavaren kan tjäna mer pengar om denne även får ensamrätt till framföranden så att en möjlighet att licensiera uppstår, men upphovsrättens syfte är inte att maximera upphovsmannens vinst utan att ge denne tillräckligt incitament att skapa.

Av denna rättsekonomska exkursion kan då följande slutsatser dras: **att** upphovsrättens syfte inte bör vara att maximera upphovsmannens vinst utan endast att ge honom ett tillräckligt incitament att skapa, **att** inte alla framföranden leder till en förlust för upphovsmannen, **att** det kan leda till en samhällsekonomska förlust om vissa framföranden omfattas av upphovsmannens rätt, **att** risken för underutnyttjanden på grund av upphovsmannens utnyttjande av sin ensamrätt är större i situationer då verket inte framförs i förvärvssyfte.

Om dessa slutsatser appliceras på JF-fallet och situationen för andra ideella föreningar ger det följande resultat: För det första att upphovsmannen inte gör en förlust då JF framför hans verk, trots att de inte betalar. Tvärtom är det så att han gjort en vinst eftersom JF köpt en skiva för vilken de har betalt ersättning. För det andra att det är olyckligt, ur ett ekonomiskt perspektiv, att ge upphovsmän, genom collecting societies, en obegränsad möjlighet att förhindra ideella föreningar att spela den skiva som de köpt, då detta riskerar att leda till att verket underutnyttjas.

¹²⁹ Landes, s. 10 ff, talar om "förutsatt samtycke". Till exempel så skulle en författare till en bok generellt sett inte invända om boken recenserades. Genom att undanta recensioner från upphovsmannens rätt så undviks på detta sätt transaktionskostnader. Likaså torde, enligt min mening, upphovsmannen inte ha ett intresse av att förhindra ett framförande som han själv tjänar på.

¹³⁰ Se till exempel U.S. Supreme Court i *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345, 1357 n.19, 180 U.S.P.Q. (BNA) 49, 58 n.19 (Ct. Cl. 1973), 420 U.S. 376 (1975), (ovan fotnot 89) och *Pallas Loren*, s. 11 ff.

6.4 Avslutande kommentarer

Hur har då svensk rätt löst konflikten mellan upphovsmannens och användaren intressen då det gäller framföranden? Egentligen inte så dåligt. Enligt lagtexten och förarbetena måste antingen framförandet ske i ekonomiskt syfte eller framföras i konsertverksamhet för att det skall omfattas av upphovsmannens rätt. Argumenten för detta är rätt naturliga. Om verket framförs för att generera vinst så finns det en förutsättning för förhandling mellan användaren och upphovsmannen. Risken för underutnyttjanden minimeras dessutom då framföraren naturligtvis kan tänka sig att ersätta upphovsmannen en del av sin vinst för att få rätten att framföra verket. Att arrangemang då framförande av musik är det huvudsakliga också omfattas av ensamrätten får den effekten att användarens arrangemang inte kan konkurrera med upphovsmannens egna konserter. Med andra ord omfattar ensamrätten bara framföranden då användaren själv gör en vinst eller upphovsmannen förlorar i och med framförandet. I teorin åtminstone.

I praktiken ser situationen något annorlunda ut. HD:s utgångspunkt vid avgörandet av upphovsrättsliga mål har ingalunda varit att vidmakthålla någon balans mellan ”upphovsmannens och samhällets berättigade intressen”.¹³¹ Intrycket är istället att HD försökt ge upphovsmannen ett så starkt skydd som möjligt, naturligtvis på användarnas bekostnad. Användarnas intressen av att få framföra verken har inte i något fall getts avgörande betydelse. Kompletteringsregeln skulle ju till exempel lika gärna kunna ses som ett, i och för sig nödvändigt men ändock, undantag från huvudregeln att användaren har rätt att framföra verket inför en sluten krets. Jag anser inte att en tolkning som inskränker den offentliga kretsen skulle stå i strid med Bernkonventionen. Bernkonventionen uttalar endast att upphovsmannens ensamrätt skall omfatta offentliga framföranden, inte vad som konstituerar ett dylikt framförande.¹³²

Vilket är målet med att ge upphovsmannen kontroll över sitt verk? Det talas i förarbetena om att upphovsmannen skall få gynnsamma arbetsförhållanden för att kunna fortsätta med sin verksamhet och nå ut till allmänheten med

¹³¹ SOU 1956:25, s. 85.

¹³² Jmf till exempel att JF:s verksamhet anses som ”sluten” enligt alkohollagstiftningen, se Lunds kommuns tillståndsenhets beslut om tillstånd enligt 7 kap. 5 § alkohollagen (1994:1738) för servering av alkoholdrycker, 1999-09-08, Dnr 350-1999. Första meningen i 7 kap. 5 §:s första stycke har följande lydelse: ”Serveringstillstånd kan meddelas för servering till allmänheten eller i förening, företag eller annat slutet sällskap”. I stort sätt samma bedömningskriterier för att bedöma gruppens slutenhet som upphovsrätten uppställer gäller inom alkohollagstiftningen, se prop. 2000/01:97, s. 42 och SOU 2000:59, s. 189 ff.

sina verk.¹³³ Men varför? Tysk rätt ser upphovsrätten som ett medel att införa en naturrättsligt motiverad äganderätt, amerikansk rätt som ett medel att öka bildningen i samhället. Tyvärr ger de svenska förarbetena inte klara riktlinjer för domstolarna att följa vad gäller målet med skyddet. Tvärtom uttalas att den diskussionen inte är nödvändig att föra vid införandet av en förfoganderätt.¹³⁴ Resultatet är att upphovsrätten både blir ett mål och ett medel. HD har alltså tvingats att själva tolka in syftet med upphovsrätten och det har blivit att upphovsmannen skall skyddas. Någon avvägning mellan motstående intressen har då heller inte varit nödvändig.

Amerikansk rätt har genom införandet av "fair use doctrine" även en annan fördel i förhållande till svensk rätt. Där vi koncentrerar oss på själva användandet, genom att ställa oss frågan huruvida framförandet är offentligt eller inte, går amerikansk lagstiftning ett steg längre; det viktiga är inte omständigheterna vid användandet utan konsekvenserna av detsamma. Detta resulterar i en mer flexibel lagstiftning som ger de amerikanska domstolarna en möjlighet att förhindra att upphovsmannen missbrukar sitt monopol.¹³⁵ En svensk domstol har inte denna möjlighet enligt upphovsrättslagstiftningen.

Frågan är om konkurrensrätten kan se till att ensamrätten brukas - inte missbrukas - av rättighetsinnehavaren? ECJ har vid ett flertal tillfällen uttalat att utövandet av den upphovsrättsliga ensamrätten kan begränsas genom de konkurrensrättsliga reglerna. Monopolet får inte användas så att rättighetsinnehavarens dominerande ställning missbrukas, och detta oavsett vad de upphovsrättsliga reglerna ger upphovsmannen för befogenheter.¹³⁶

¹³³ SOU 1956:25, s. 85.

¹³⁴ SOU 1956:25, s. 84 f.

¹³⁵ Se The Honorable Mr Justice Laddie, "Copyright. Over-strength, Over-regulated, Over-Rated?" E.I.P.R 1996, s. 258", angående "Fair Use Doctrine": "As the US Supreme Court has said on more than one occasion, this fair use defence "permits courts to avoid rigid application of the copyright statute when, on occasion, it would stifle the very creativity which that law is designed to foster". Compare that with our legislation. Rigidity is the rule. It is as if every tiny exception to the grasp of the copyright monopoly has had to be fought hard for, prized out of the unwilling hand of the legislature and, once conceded, defined precisely and confined with high and immutable walls. This approach also assumes that parliament can foresee, and therefore legislate for, all possible circumstances in which allowing copyright to be enforced would be unjustified."

¹³⁶ Se Volvo AB v. Erik Veng (U.K.) Ltd. [1988] E.C.R. 6211; [1989] 4 C.M.L.R. 122, ECJ; Consorzio Italiano C.R.A. v. Renault [1990] 4 C.M.L.R. 265 ("CICRA"); (Joined cases C-241-242/91P) RTE & ITP v. Commission [1995] E.C.R I-743 (Magill). Vad gäller avgöranden angående Collecting Societies se: European Commission Decision of June 2, 1971 (IV/26760-GEMA) [1971] O.J. No. L 134/15 (GEMA Statutes); Belgische Radio v. SABAM [1974] E.C.R. 51; [1974] 2 C.M.L.R. 238, ECJ; Greenwich Film Productions, Paris v. SACEM [1979] E.C.R. 3275; [1980] 1 C.M.L.R. 629, ECJ; GVL v. Commission [1983] E.C.R. 483; [1983] 3 C.M.L.R. 645, ECJ; Basset v. SACEM [1987] E.C.R. 1747; [1987] 3 C.M.L.R. 173, ECJ; Ministère Public v. Tournier [1989] E.C.R. 2811; [1991] 4 C.M.L.R. 248, E.C.J. Om dessa avgöranden se Sterling s. 625 ff. Se också Porter, Hamish, "European Union Competition Policy: Should the Role of Collecting Society be Legitimised" E.I.P.R 1996, s. 672 och kommentarer vad gäller denna artikel, Jackson, Christopher, "European Union Competition Policy: Collecting Societies", E.I.P.R 1997, s.

Vore det inte en bättre lösning att inte ge upphovsmannen ett monopol överhuvudtaget i situationer där det missbrukas och utnyttjas, oberoende av om de konkurrensrättsliga reglerna är tillämpliga eller inte? En svensk "fair use doctrine" skulle kunna vara ett steg i denna riktning.¹³⁷

Vem tillhör då den ljusnande framtiden, upphovsmannen eller användaren? Å ena sidan kanske det danska Højesteretsavgörandet, UfR 1999/2011 (Fritids- och ungdomsklubber), skall ses som ett trendbrott i den till dess gällande utvecklingen att utvidga upphovsmannens rätt. Jag håller inte med Schönning's kritik att avgörandet skulle vara i otakt med att ensamrätten vinner mer och mer mark inom den privata sfären vad gäller exemplarframställningsrätten. Utvecklingen har lett till att upphovsmännen kommersialiserar sina produkter i större utsträckning genom skivförsäljning på en global marknad istället för egna framföranden och nästintill identiska kopior är möjliga att framställa med hjälp av en vanlig hemdator. Detta leder naturligtvis till att privatkopiering av skivor utgör ett större hot mot upphovsmannens avsättning av produkten på marknaden än vad framföranden av skivan gör, och detta oavsett om den framförs offentligt eller inte. Helt i motsats till Schönning anser jag att det är rimligt att i en utveckling då fler privata framställningar av exemplar omfattas av upphovsmannens rätt, med hänvisning till den bistra verkligheten, leder till att färre framföranden omfattas, med hänvisning till samma bistra verklighet. Något annat skulle resultera i att upphovsmannen tillåts att "både äta kakan och ha den kvar", allt på användarnas bekostnad.

Å andra sidan har det trestegstest som ovan redogjordes för införts även inom EG-rätten genom Copyrightdirektivet.¹³⁸ Trots att direktivet inte omfattar direkta framföranden är det ingen vågad gissning att testet kommer att påverka bedömningen vid införandet av alla typer av undantag från upphovsmannens rätt.¹³⁹ Tolkningen av testet, och då framförallt kriterierna att undantaget inte får strida mot det normala utnyttjandet och inte heller får inkräkta på upphovsmannens legitima intressen, kan leda till problem för de

161 och Porter, Hamish, "European Union Competition Policy: Collecting Societies" E.I.P.R 1997, s. 215; Stamatoudi Irini. A., "The European Court's Love-Hate Relationship with Collecting Societies", E.I.P.R. 1997, s. 161. Se även KKV:s beslut 142/99 angående STIM.

¹³⁷ Att upphovsrätten kan ses ur ett användarperspektiv även i "Civil Law" länder är Nederländerna ett exempel på, se Grosheide, F Willem, "Copyright Law from a User's Perspective: Access Right for Users.", E.I.P.R. 2001, s. 325.

¹³⁸ Dock är möjligheterna att införa undantag mer begränsade i direktivet då detta även innehåller en uttömmande lista i artikel 5 över de syften som undantaget måste tjäna. Om direktivet se Hart, Michael, "The Copyright in the Information Society Directive: An Overview", E.I.P.R 2002, s. 58-64.

¹³⁹ Anledningen till att direktivet inte omfattar direkta framföranden är naturligtvis att dessa inte har en gränsöverskridande effekt och berör således inte varors fria rörlighet, se Lund, Astri M, "Begrepet "offentlig föreläsning" i nordisk opphavsrett i lys av den internationale og europeiske utvikling i de siste år", NIR 2001, s. 619. Om implementeringen av direktivet i de nordiska länderna se Rosén, Jan, "Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället - Implementering av EG-direktivet 2001/29/EG i de nordiska länderna.", <http://www.upphovsratt.nu/>.

som vill använda upphovsrättsligt skyddat material. Det ”normala” eller ”förväntade” sättet att erhålla ersättning är naturligtvis en direkt följd av vad upphovsrätten tillåter upphovsmannen att tjäna pengar på. Risken är att lagstiftaren har utgångspunkten att ”det som är värt att använda är det också värt att betala för” och allt mer effektiva licenssystem utvecklas. Detta kommer i så fall att leda till att trestegstestet snart har förvandlats till ett ”enstegstest”, där den enda fråga som ställs är huruvida det är praktiskt möjligt för upphovsmannen att kontrollera och därmed också tjäna pengar på det aktuella användandet.¹⁴⁰ Tolkningen av detta trestegstest medför följaktligen samma problem som tolkningen av det i praxis ofta citerade uttalandet att den principiella utgångspunkten i svensk rätt bör vara att åt ”upphovsmannen bör förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse”.¹⁴¹ Omfattas framförandet av upphovsmannens rätt så har det sålunda också en ”praktisk betydelse” för denne att ersättning erläggs.

Hur stark skall då framföranderätten vara? Låt oss för ett tag anta att upphovsrätten inte fanns och vi hade till uppgift att utforma den. Skulle vi då tvinga ideella föreningar såsom JF att betala till Max Martin, Britney Spears och Sony då de spelar en skiva som de köpt och betalt för, skulle vi döma en frisör till böter bara för att denne har radion på utan att betala till Paul McCartney när radiostationen redan har betalt en avgift eller skulle vi kasta den som driver en ungdomsgård i fängelse då han inte erlägger ersättning till Eminem, trots att den enda effekten för Eminem framförandet på ungdomsgården hade var att fler exemplar av hans skivor såldes? Skulle vi dessutom låta detta skydd vara under upphovsmannens livstid plus 70 år, det vill säga i sisådär 130 år? Jag tror inte det. Framföranderätten infördes i svensk lagstiftning för mer än hundra år sedan utifrån de förutsättningar som rådde då. Är det någon som vill påstå att musikindustrin och musikkonsumtionen såg likadan ut på den tiden som den gör idag med MTV, kommersiella radiostationer och multinationella skivbolag som omsätter miljarder kronor? Om inte, varför ser skyddet likadant ut? Att framföranderätten motiveras naturrättsligt innebär inte att den inte går att förändra i och med att utvecklingen går framåt; det är skillnad mellan naturrätt och naturlag.

Att skivindustrin kommer att bedriva lobbying även i framtiden för ett starkare upphovsrättsskydd så att de kan fortsätta teckna miljardkontrakt tvekar nog ingen på. Frågan är bara när lagstiftaren och domstolarna skall sluta mata denna ”upphovsrättsliga gökunge”.

¹⁴⁰ Heide, Thomas, ”The Bern Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive”, E.I.P.R 1999, s 106. Kritik mot att direktivet inte tar tillräckligt stor hänsyn till användarnas intressen har framförts. Se Heides ovan nämnda artikel och Wing, Mark och Kirk, Ewan, ”European/U.S. Copyright Law Reform: Is a Balance Being Achieved?”, I.P.Q. 2000 s. 138-163. Frågan huruvida direktivet står i överensstämmelse med de konkurrensrättsliga principerna diskuteras i artikeln, Kirk, Ewan, ”Encryption and Competition in the Information Society”, I.P.Q. 1999, s. 37-55.

¹⁴¹ NJA II 1961, s. 52.

Bilaga A

Detta är de svar jag fick av JF angående deras pubverksamhet.¹⁴²

- Vilket är pubarnas syfte?

- Syftet är att låta medlemmar i JF, studenter vid Juridiska fakulteten träffas. Ett sätt för medlemmarna att träffas under andra former än vid undervisning.

- Föreligger det något vinstintresse? Har ni budgeterat med någon vinst? Har ni gjort någon vinst?

- Inget vinstintresse. Clubmästeriets pubdel är nollbudgeterad. Clubmästeriet har de senaste åren gått med förlust.

- Får de som arbetar betalt?

- Nej, de får inte betalt. Allt arbete är ideellt.

- Vilka har tillträde och om medlemskrav uppställs hur kontrolleras detta?

- Idagsläget endast Juridiska föreningens medlemmar. Idagsläget sker ingen kontroll då antalet gäster inte har varit så högt och då personalen har kunnat hålla kontroll och uppsikt över gästerna.

- Hur omfattande är pubverksamheten, hur många gånger per år arrangerar ni pubar och hur många gäster har ni?

- Antalet pubar är ca 15 per termin (+/- 5 beroende på tentapubar och novischaktivitet). Antalet gäster ligger mellan 20-60 men snitt, kanske 30.

¹⁴² E-mail från JF:s vice ordförande Ola Ranstam, 020724 och 020728.

Bilaga B

1) Amerikansk lagstiftning:

a) § 106 Copyright Act. Exclusive rights in copyrighted works

Subjects to sections 107 through 120, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease or lending;
- (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
- (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and
- (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

b) § 101 Copyright Act

To perform or display a work "publicly" means:

- (1) to perform or display it at a place or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or,
- (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different places.

c) § 110 (5) Copyright Act

Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of section 106....

- (5) communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless
 - (a) a direct charge is made to see or hear the transmissions; or
 - (b) the transmission thus received is further transmitted to the public.

d) § 107 Copyright Act. Limitation on exclusive rights: Fair Use

Notwithstanding the provisions of section 106, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is fair use the factors to be considered shall include

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

The fact that a work is unpublished shall not in itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

2) Tysk lagstiftning:

a) Grundgesetz, artikel 14. Eigentum; Erbrecht; Enteignung.

- (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.
- (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.
- (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmass der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

b) § 15 UrhG, 2 och 3 st. Allgemeines

(2) Der Urheber hat ferner das ausschliessliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe); das Recht umfasst insbesondere

1. das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19)
2. das Senderrecht (§ 20)
3. Das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21)
4. Das Recht der Wiedergabe von Funksendungen (§ 22)

(3) Die Wiedergabe eines Werkes ist öffentlich, wenn sie für eine mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, dass der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und sie durch gegenseitige Beziehungen oder Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind.

c) § 52 UrhG, Öffentliche Wiedergabe

- (1) Zulässig ist die öffentliche Wiedergabe eines erschienenen Werkes, wenn die Wiedergabe keinem Erwerbszweck des Veranstalters dient, die Teilnehmer ohne Entgelt zugelassen werden und im Falle des Vortrages oder der Aufführung des Werkes keiner der ausübenden Künstler (73 §) eine besondere Vergütung erhält. Für die Wiedergabe ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Die Vergütungspflicht entfällt für Veranstaltungen der Jugendhilfe, der Sozialhilfe, der Alten- und Wohlfahrtspflege, der Gefangenenbetreuung sowie für Schulveranstaltungen, sofern sie nach ihrer sozialen oder erzieherischen Zweckbestimmung nur einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich sind. Dies gilt nicht, wenn die Veranstaltung dem Erwerbszweck eines Dritten dient; in diesem Fall hat der Dritte die Vergütung zu zahlen.
- (2) Zulässig ist die öffentliche Wiedergabe eines erschienenen Werkes auch bei einem Gottesdienst oder einer kirchlichen Feier der Kirchen oder Religionsgemeinschaften. Jedoch hat der Veranstalter dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen.
- (3) Öffentliche bühnenmässige Aufführungen und Funksendungen eines Werkes sowie öffentliche Vorführungen eines Filmwerkes sind stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

3) Bernkonventionen:

a) Artikel 11

(1) Authors of dramatic, dramatico-musical and musical works shall enjoy the exclusive right of authorising:

- (i) the public performance of their works including such public performance by any means or process;
- (ii) any communication to the public of the performance of their works.

(2) Authors of dramatic or dramatico-musical works shall enjoy, during the full term of their rights in the original works, the same rights with respect to translations thereof.

b) Artikel 11bis

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

- (i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by other means of wireless diffusion or signs, sound and images;
- (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;
- (iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed. They shall not in any circumstances be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority.

Litteraturförteckning

Böcker

- Allfeld, Philipp *Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und der Tonkunst*, C H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1902.
- Dahlman, Christian
Glader, Marcus och
Reidhav David *Rättsekonomi. En introduktion*, Studentlitteratur Lund 2002.
- Davies, Gillian *Copyright and the Public Interest*, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Volume 14, Published by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich 1993.
- Fouad Makeen, Makeen *Copyright in a Global Information Society. The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, Kluwer Law International 2000, s. 94-110.
- Gordon, Wendy J. och
Bone Robert G *Copyright* i Bouckaert, Boudewijn & deGeest, Gerrit (red.), *Encyclopedia of Law and economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, 2000 s. 189-210.
(<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/1610book.pdf>)
- Koktvedgaard, Mogens
och Levin, Marianne *Lärobok i Immaterialrätt*, sjätte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000
- Lund, Torben *Ophavsretten, Lovene af 31 maj 1961 om ophavsret og fotografibeskyttelse med kommentar*, G E C Gads Forlag 1961.
- Möhring/Nicolini
(författarens namn) *Urhebersrechtgesetz*, Kommentar, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2000
- Nordeman, Wilhelm,
Vink, Kai, *International Copyright and Neighboring Rights Law. Commentary with special emphasis on the*

- Hertin, Paul W. och Meyer, Gerald *European Community*, VCH Verlagsgesellschaft, 1990.
- Olsson, Henry *Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.
- Rehbinder, Manfred *Urheberrecht*, 11. Auflage, Verlag C.H. Beck 2001.
- Ricketson, Sam *The Bern Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, Kluwer, London 1987.
- Riis, Thomas *Ophavsret og retsøkonomi. Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning*, Gadjura, Köpenhamn 1996, s. 98.
- Schönning, Peter *Ophavsretsloven, med kommentar, andra upplagan*, Gadjura, Köpenhamn 1998.
- Sterling, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, 1999.
- Weincke, Willi *Ophavsret – Reglerna, Baggrunden, Fremtiden*, G. E. C. Gads Förlag, Köpenhamn 1976.
- von Konow, Ulf *Författares och tonsättares rätt enligt gällande lagstiftning*, Natur och Kultur, Stockholm 1941.

Artiklar

- Bruun, Niklas *Begreppet ”offentligt framförande” i nordisk upphovsrätt i belysning av den internationella och europeiska utvecklingen*, NIR 2001 s. 622-627.
- Deporter, Ben
Parisi, Francesco *Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation*.
(<http://www.gmu.edu/departments/law/faculty/papers/docs/01-03.pdf>)
- Eberstein, Gösta *Om offentlighet i svensk författarrätt*, NIR 1949, s. 4 – 14.
- Gordon, Wendy J *FAIR USE AS MARKET FAILURE: A STRUCTURAL AND ECONOMIC ANALYSIS OF THE BETAMAX CASE AND ITS PREDECESSORS*, 82 Columbia Law Review s.

1600. (http://detritus.net/rhizome/legal/Gordon-Fair_Use.html)
- Gordon, Wendy J *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspective*, Boston University School of Law, Working Paper Series, Law and Economics Working Paper No. 01-22. (http://www.bu.edu/law/faculty/papers/pdf_files/GordonW120501.pdf)
- Gordon, Wendy J *Assymetric Market and Prisoners Dilemma in Intellectual Property*, 17 University of Dayton Law Review, 1992, s. 853.
- Grosheide, F Willem *Copyright Law from a User's Perspective: Access Rights for Users*, E.I.P.R 2001 s. 321-325.
- Eltell, Tobias *Ersättning för musikframföranden vid idrottsevenemang*, Idrottsjuridisk skriftserie Nr 6 Artikelsamling 2001, s. 40-48.
- Hart, Michael *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, E.I.P.R. 2002 s. 58-64.
- Heide, Thomas *The Bern Three-Step Test and the Proposed Copyright Deirective*, E.I.P.R. 1999 s. 105-109.
- Mr Justice Laddie *Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-Rated?*, E.I.P.R. 1996 s. 253-260.
- Landes, William, M *Copyright Protection of Letters, Diaries and Other Unpublished Works: An Economic Approach*, (<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>)
- Landes William M. och Posner Richard A *An Economic Analysis of Copyright Law*, Journal of Legal Studies 1989, s. 325. (<http://cyber.law.harvard.edu/ipcoop/89land1.html>)
- Lund, Astri M *Begrepet "offentlig framförelse" i nordisk opphavsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år*, NIR 2001 s. 604-621.

- Lund, Torben *Graensen mellem "offentlig" och "privat" inden for ophavsretten.* NIR 1955 s. 68-86.
- Karnell, Gunnar *Kompositörers upphovsrätt vid framföranden av deras verk i samband med insamlingar för politiska ändamål, naturkatastrofers offer etc.* NIR 1976 s. 339.
- Kirk, Ewan *Encryption and Competition in the Information Society,* I.P.Q. 1999, s. 37-55.
- Koktvedgaard, Mogens *Udviklingen i Norden i perioden 1997-2001,* NIR 2001 s. 511-515.
- Pallas Loren, Lydia *REDEFINING THE MARKET FAILURE APPROACH TO A FAIR USE IN AN ERA OF COPYRIGHT PERMISSION SYSTEMS,* Journal of Intellectual Property Law, Vol. 5 1997, s. 1. (<http://www.lclark.edu/~loren/articles/fairuse.htm>)
- Porter, Hamish *European Union Competition Policy: Should the Role of Collecting Society be Legitimised,* E.I.P.R. 1996, s. 672.
- Porter, Hamish *European Union Competition Policy: Collecting Societies,* E.I.P.R. 1997, s. 215
- Ricketson, Sam *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions: International Conventions and Treaties,* I.P.Q. 1999 s. 56-94.
- Riis, Thomas ***Ophavsret og kulturøkonomi i EF,*** NIR 1994, s. 17.
- Rosén, Jan *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället - Implementering av EG-direktivet 2001/29/EG i de nordiska länderna.* (<http://www.upphovsratt.nu/>)
- Stamatoudi Irini. A. *The European Court's Love-Hate Relationship with Collecting Societies,* E.I.P.R. 1997, s. 161.
- van den Bergh, Roger *The Role and Social Justification of Copyright: "A Law and Economics" Approach,* I.P.Q 1998, s. 17-34.

Wing, Mark och
Kirk, Ewan

*European/U.S. Copyright Law Reform: Is a
Balance Being Achieved?*, I.P.Q. 2000 s. 138-
163.

Offentligt tryck

Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk,
lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till
fotografiska bilder, avgivna den 28 juli 1914 av därtill inom
kungl. Justitiedepartementet förordnade sakkunniga.

SOU 1929:37 Förslag till ändringar i lagstiftningen om rätt till
litterära och konstnärliga verk.

Prop. 1931:2 Förslag till lag angående ändring i vissa delar av
lagen den 30 maj 1919 (nr 381) om rätt till
litterära och musikaliska verk.

Första lagutskottets
utlåtande Nr 4 1931.

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

NJA II 1961 Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
Rätt till fotografisk bild.

SOU 1990:30 Översyn av upphovsrättslagstiftningen.

Prop. 1992/93:214 Proposition om ändringar i upphovsrättslagen.

SOU 2000:59 Bestämmelser om alkoholdrycker.

Prop. 2000/01:97 Vissa ändringar i alkohollagen.

Övrigt

Juridiska föreningens stadga.

E-mail från SAMI, Tobias Ettell, till JF den 7/12-01.

E-mail från JF:s vice ordförande Ola Ranstam, 020724 samt 020728.

Rosén, Jan – ”Yttrande till STIM över innebörden av att musikaliska verk
jämförda texter får framföras offentligt vid gudstjänst utan upphovsmännens

medgivande, såsom stadgas i 21 § 2 p av lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk URL”, Stockholm 2001-04-15.

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

NJA 1958 s. 80 (Industrimusik)

NJA 1967 s. 150 (Stala Gammeldansförening)

NJA 1985 s. 893 (Manifestet)

NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik)

NJA 1988 s. 715 (Sjukhusmusik)

NJA 1996 s. 354 (Stadens löjtnant)

Danska rättsfall

U 1951.223 Ö (Herfølge Ungdomsforening)

NIR 1953.137 B (Aarhusegnens ungdomsforening)

U 1954.842 Ö (Abonnementskonserterna i Slagelse)

U 1954.876 (Idrætsforening)

U 1954.878 V (Örum Forsamlingshus)

U 1955.304 V (Musikforening i Frederikshavn)

U 1961.470 Ö (Teenager-klub)

U 1969.944 Ö (Bellinge forsamlingshus)

U 1969.946 Ö (Borgerforening i Køge)

U 1972.700 Ö (Køge Husmodersforening)

U 1972.827 Ö (Lille Valby Forsamlingshus)

U 1978.610 Ö (Allinge-Sandvig Pensionistforening)

UfR 1999/2011 (Fritids- og ungdomsklubber)

Norska rättsfall

Høyesterätt 155B/1970 (Discotequeklubben)

Amerikanska rättsfall

Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)

Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156, 186 U.S.P.Q. (BNA) 65, 66 (3d Cir. 1975)

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

Wainwright Sec. Inc. v. Wall St. Transcript Corp., 558 F.2d 91, 94, 194, U.S.P.Q. (BNA) 401, 403 (2d Cir. 1977)

Campbell v. Acuff-Rose Music Inc., 510 U.S. 569, 579, 29 U.S.P.Q. 2^d (BNA) 1961, 1965 (1994)

Williams & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345, 1357 n.19, 180 U.S.P.Q. (BNA) 49, 58 n.19 (Ct. Cl. 1973)

Tyska rättsfall

GRUR 1956, 515 – Tanzkurse

GRUR 1961, 97 – Sportheim.

GRUR 1966, 338 – Tanzstundenabschlussbälle

GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch

GRUR 1972, 485 - Bibliotheksgroschen

GRUR 1972, 487 - Schulfunksendungen

GRUR 1972, 488 - Tonbandvervielfältigungen

GRUR 1972, 491 - Schallplatten

GRUR 1975, 33 – Alterswohnheim

GRUR 1980, 44 - Kirchenmusik

GRUR 1983, 562 – Zoll- und Finanzschulen

GRUR 1984, 734 – Vollzugsanstalten

GRUR 1996, 875 – Zweibettzimmer im Krankenhaus

BGHZ 17, 376 – Betriebsfeiern

BGHZ 19, 227 – Gastwirt.

BGHZ 36, 171 - Rundfunkempfang im Hotelzimmer

BGHZ 58, 262 – Landesversicherungsanstalt

BGHZ 79, 350 – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten I

BGHZ 79, 356 – Öffentliche Fernseh wiedergabe von Sprachwerken

BGH UFITA 73 (1975) 286 - Postjugend- Wohnheim

RGST 43, 189 – Kurkonzert

EG rättsliga avgöranden

C-238/87, Volvo AB v. Erik Veng (U.K.) Ltd. [1988] E.C.R. 6211; [1989] 4 C.M.L.R. 122, ECJ

C 54/87, Consorzio Italiano C.R.A. v. Renault [1990] 4 C.M.L.R. 265 ("CICRA")

Joined cases C-241-242/91P, RTE & ITP v. Commission [1995] E.C.R I-743 (Magill)

European Commission Decision of June 2, 1971 (IV/26760-GEMA) [1971] O.J. No. L 134/15 (GEMA Statutes)

Belgische Radio v. SABAM [1974] E.C.R. 51; [1974] 2 C.M.L.R. 238, ECJ

Greenwich Film Productions, Paris v. SACEM [1979] E.C.R. 3275; [1980] 1 C.M.L.R. 629, ECJ

GVL v. Commission [1983] E.C.R. 483; [1983] 3 C.M.L.R. 645, ECJ

Basset v. SACEM [1987] E.C.R. 1747; [1987] 3 C.M.L.R. 173, ECJ

Ministère Public v. Tournier [1989] E.C.R. 2811; [1991] 4 C.M.L.R 248,
E.C.J

Beslut av Konkurrensverket

KKV:s beslut 142/99 - STIM.