



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emelie Svensäter

Fildelning – Hur skall upphovs- rättsinnehavaren kompenseras?

Abstract: The discussion about the protection of intellectual property rights on the Internet has emerged into an international run against technology and time. This thesis discusses how a rights holder shall be compensated for the use of works on the Internet, when distributed with the method known as file-sharing. In theory, the Swedish legal system provides sufficient protection. However, in practice, the rights holder rarely manages to get compensated due to limited resources and a complicated system. At the same time, due to that the legal file-sharing networks are inferior to the illegal networks, which are free, the common respect towards copyright has declined.

Conclusively, file-sharing is a continuing part of the music- and film distribution system and must be dealt with as such. The protection for the rights holder can only be maintained if the illegal file-sharing declines and the rights holder is provided with sufficient civil measures to enforce the law.

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Hans Henrik Lidgard
Ämnesområde: Immaterialrätt
VT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Ämnespresentation	7
1.2 Syfte	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	9
1.5 Disposition	9
2 FILDELNING	11
2.1 Vad är fildelning?	11
2.1.1 Bakgrund	11
2.1.2 Berörda parter	12
2.1.2.1 Fildelare	12
2.1.2.2 Rättighetshavare	13
2.1.2.3 Internetleverantörer	13
2.1.2.4 Övriga	14
2.1.3 Nättjänster för musik och film	15
2.1.3.1 Musik	15
2.1.3.2 Film	16
2.2 Upphovsrättsinnehavarens ensamrättigheter	17
2.2.1 De ekonomiska rättigheterna	17
2.2.1.1 Exemplarframställning	17
2.2.1.2 Tillgängliggörande för allmänheten	18
2.2.2 De ideella rättigheterna	18
2.2.2.1 Namngivningsrätten	18
2.2.2.2 Rätten till respekt för verket	18
2.2.3 Inskränkningar	19
2.3 Praxis	19
3 ERSÄTTNING VID UPPHOVSRÄTTSSINTRÅNG	22
3.1 Ersättningssystemet	22
3.1.1 Internationella konventioner	22

3.1.2	EG-rätt	23
3.1.2.1	Infosocdirektivet	24
3.1.2.2	Sanktionsdirektivet	24
3.1.3	Ersättning enligt upphovsrättslagen	25
3.1.3.1	Ersättning enligt 54 § 1 st.	26
3.1.3.2	Ersättning enligt 54 § 2 st.	27
3.1.3.2.1	Beräkning av skadestånd	28
3.1.3.2.2	Förlust	29
3.1.3.2.3	Ideell skada	30
3.1.4	Ideell skada enligt andra immaterialrättsliga lagstiftningar	31
3.2	Skadeståndets funktioner	32
3.2.1	Reparativ funktion	32
3.2.2	Preventiv funktion	32
3.3	Arbetsrättens allmänna skadestånd	34
3.4	Skadeståndets storlek	34
3.4.1	Praxis	35
3.4.1.1	Hotel Mornington/Wellington	35
3.4.1.2	Bootleg	35
3.4.1.3	Madrassmålet	35
3.4.1.4	Journalistavtalet	36
3.4.1.5	Tunikan	36
3.4.1.6	Mediearkivet	37
3.4.1.7	Slutsats	37
4	KOMPENSATIONSLTERNATIV	38
4.1	Ersättningsmodeller	38
4.1.1	Skadestånd	38
4.1.2	Skatt	39
4.1.3	Licens	40
4.2	Andra åtgärder	40
4.2.1	Opinionsbildning	41
4.2.2	Lagliga distributionsalternativ	41
4.2.3	Samarbete	41
5	AVSLUTANDE KOMMENTARER	43
5.1	Inledning	43
5.2	Analys	44
5.3	Slutsatser	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	50
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	54

Summary

The purpose of this paper is to examine how a sustainable system can be developed for the protection of intellectual property rights, copyright, on the Internet concerning the issue of file-sharing.

File-sharing has become a widely used method to gain access to copyright protected material on the Internet. Although file-sharing brings music and films closer to the public it also creates a difficult problem since most of the material available on the Internet has not been distributed with an approval from the rights holder, thus leaving the rights holder uncompensated.

The Swedish Copyright Act contains, in its 54 §, the only available means for a rights holder in Sweden to get compensation for the usage of works, the right to a reasonable fee and damages. Directive 2004/48/EG, also called the Enforcement directive, has as its objective to “approximate legislative systems so as to ensure a high, equivalent and homogeneous level of protection in the internal market”. However, even though the directive will clarify the legislation it is not definite that it will simplify the process for the rights holder.

A rights holder is entitled to a reasonable fee when an invasion of the copyright has been proven, no regards to culpa or dolus. An intruder shall not benefit from not respecting copyright and shall therefore pay at least as much as if he had licensed the work legally. Apart from the reasonable fee, if culpa or dolus is proven, the rights holder is also entitled to damages, including vindictive damages. The calculation of damages has, nevertheless, proven to be difficult since there rarely are any fares that the court can base their calculations on. Therefore the damages that has been imposed has not been very large.

A substantial part of the Swedish population uses illegal file-sharing. Due to that the legal file-sharing networks are inferior to the illegal networks, which are free, the common respect towards copyright has declined. The illegal networks has a superior supply of files, are cheaper (free) and has none of the technical restraints implanted in the files.

The conclusion reached in this paper is that copyright must exist on the Internet as well as on the outside of it. The rights holders have to get compensation for their works and the users must therefore pay for the works. Although the widely spread use of illegal file-sharing is a difficult problem, file-sharing as a method is not negative for the music and movie industry. It is a simple, fast and effective method of spreading culture to a wide variety of people. The legal networks must therefore improve their services and most importantly remove the technical restraints. As a result of this some of the exclusive rights of the rights holder must be restrained.

Besides from the practical arrangements the attitude towards copyright on the Internet must change. The risk of getting caught is far too low today, but at the same time it is not reasonable to lay large police resources on the hunt of individual illegal file-sharers. The possibility for a

rights holder to gain access to information of Internet users from the Internet service providers is therefore a good start, even though it is not the end of the compensation problem.

Sammanfattning

Den här uppsatsen har som syfte att utreda vad som krävs för att utarbeta ett hållbart system där upphovsmannen kompenseras för sina upphovsrättsligt skyddade verk på Internet nyttjande metoden som kommit att kallas för fildelning.

Fildelning har blivit ett allt vanligare sätt att distribuera musik- och filmverk. Den nya tekniken har medfört att det är en enkel och billig process att kopiera filer och tillgängliggöra verk för allmänheten, vilket å ena sidan innebär att fler personer snabbare kan ta del av kulturlivet men å andra sidan även skapar kompensationsproblem. En stor del av de verk som tillgängliggörs på Internet är inte kopior med en lovlig förlaga, de har alltså inte lagts ut med upphovsmannens godkännande. Det innebär att rättighets-havaren inte blir kompenserad för nyttjandet av verken.

I 54 § upphovsrättslagen regleras rätten till ersättning för verk som utnyttjas i form av skäligt vederlag och skadestånd. I samband med implementerandet av dir 2004/48/EG, som har kommit att kallas Sanktionsdirektivet, kommer reglerna rörande dessa sanktioner att förtydligas. Det är dock inte säkert att de nya reglerna kommer att innebära en stor förbättring för upphovsmännens möjligheter att bli kompenserade.

Skäligt vederlag utgår alltid vid påvisat upphovsrättsintrång, oavsett uppsåt, vilket skapar en grund för att det inte skall löna sig att räkna med intrång för intrångsgöraren. Skadestånd som utdöms för upphovsrättsintrång utgår vid oaktsamhet eller uppsåt även för annat än ekonomisk skada, det vill säga ideell skada. Det är emellertid ofta svårt att uppskatta skadan då det sällan finns några tariffer att gå efter och det kan vara svårt att överblicka det totala skadeområdet. Följaktligen har skadestånden som utdömts inte varit stora.

En stor del av Sveriges befolkning fildelar idag illegalt och mycket tyder på att upphovsrätten i allmänhetens ögon har förlorat sitt syfte. De lagliga tjänster som finns att tillgå på marknaden lever inte upp till konsumenternas krav då utbudet är sämre än på de illegala sajterna samt att musiken och filmerna är dyrare och dessutom belagda med tekniska begränsningar.

Upphovsrätt måste finnas även på Internet. Upphovsmannen måste bli kompenserad för sina verk och därmed måste konsumenten betala för sitt nyttjande. Utbreddheten av illegal fildelning är ett stort problem, med fildelning är därmed inte negativt. Det är en snabb och effektiv metod att distribuera material. De lagliga nättjänsterna måste förbättra sin verksamhet och erbjuda ett betydligt större utbud, sänka priserna och framförallt ta bort de tekniska skydd som nu följer med de lagligt nedladdade filerna. Detta innebär att upphovsrättens ensamrätt kommer att behöva inskränkas, då spridningsrätten alltför mycket inkräktar på förfogandemöjligheterna konsumenten har.

Förutom de rent praktiska åtgärderna måste även en allmän attitydförändring komma till stånd. Illegal fildelning kan inte fortsätta att vara accepterat hos allmänheten. Det är en för liten risk att bli upptäckt som

illegal fildelare och skadestånden som utdöms avskräcker inte tillräckligt. Eftersom det inte är rimligt att lägga ned stora polis- och åklagarresurser på att jaga fildelare måste en bättre civilrättslig lösning finnas för rättighetshavaren. Ett steg i rätt riktning är möjligheten att efter domstols beslut kunna kräva ut personuppgifter bakom ip-numren. Det är dock en lång väg kvar.

Förord

Fildelning är ett typiskt ämne där juridiken möter samhället och ämnet blir till en vardagsfråga istället för en akademisk analys. Detta tvingar juridiken att bli begriplig, utan fikonspråk och utan ”det beror på”, en fascinerande förvandling.

Den här uppsatsen är tillägnad alla er som suttit och ömsom viskat ömsom skrikit åt mig om fildelningsproblemets labyrinter; här kommer mitt svar, kanske inte lika obönhörligt propagerande för ensamrätten som man kunde tro, men med en förhoppning om att kasta lite ljus över situationen.

Jag skulle vilja rikta ett stort tack till min handledare Hans Henrik Lidgard för uppslag och idéer. Slutligen vill jag tacka min familj, Johan och mina vänner som alltid vet när det är dags för en kaffepaus, för allt stöd och uppmuntran genom dessa år i, vad jag alltid kommer att anse vara, världens bästa studentstad.

Lund den 17 april 2008

Emelie Svensäter

Förkortningar

Dir.	Direktiv
DRM	Digital Rights Management
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
Firmalagen	Firmalag (1974:156)
FN	Förenta Nationerna
INDICARE	The Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM Solutions in Europe
Kap.	Kapitel
NCB	Nordisk Copyright Bureau
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Mönsterskyddslagen	Mönsterskyddslag (1970:485)
P2P	Peer-to-peer
Patentlagen	Patentlagen (1967:837)
Stim	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
St.	Stycke
TRIP:s-avtalet	Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights
Upphovsrättslagen	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
Varumärkeslagen	Varumärkeslag (1960:644)

1 Inledning

1.1 Ämnespresentation

Intrång i upphovsrätten sker allt oftare på Internet, framförallt genom illegal fildelning av musik- och filmverk. Rättighetshavaren lämnas utan kompensation medan nedladdaren tillägnar sig stora mängder musik och film utan kostnad. Ett incitament för konstnärligt skapande, som sedan lång tid tillbaka har varit upphovsmannens okränkta ensamrätt till verket, håller på att gå förlorat då tekniken alltmer tar över där lagstiftningen inte räcker till. Vidare har ett motstånd mot upphovsrätten vuxit fram hos allmänheten och dess syfte tycks dolt i glömska.

Fildelning är olagligt om det sker med en olovlig förlaga. Det innebär att verket sprids utan upphovsrättsinnehavarens godkännande och utan att denne kompenseras för användandet. Den stela lagstiftningen och bristen på initiativ har gjort att konsumenten har hittat ett billigare, enklare och mer effektivt sätt att få tillgång till den eftersökta varan.

Idag kan en upphovsrättsinnehavare enbart bli kompenserad för ett upphovsrättsligt intrång genom tillämpning av reglerna i 54 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, här fortsättningsvis benämnd upphovsrättslagen. Lagstiftningens utgångspunkt är att upphovsrättsinnehavaren skall kompenseras till minst lika stor del om någon laddar ned en film eller ett musikstycke och därefter får betala skadestånd som om denne fått tillgång till verket genom en laglig tjänst. Skadestånden som utdöms har dock ofta ansetts för låga. Lagstiftaren har med de svenska skadestånden inte för avsikt att motsvara, och når inte heller upp till, de generösa summor som döms ut i många andra länder. De svenska skadestånden skall reparera den skada som inträffat genom intrånget. Det är dock en omständlig och resurskrävande procedur att forcera lagen och intrånget är omfattande till antalet. Därför har rättighetsinnehavaren i praktiken ytterst små möjligheter att göra gällande sina rättigheter. De skadestånd som trots allt döms ut motsvarar inte de ökade krav som uppställts genom den förändrade situationen på musik- och filmmarknaden.

Skadestånd för upphovsrättsintrång regleras i 54 § upphovsrättslagen. Enligt 54 § 1 st. skall den som i strid mot lagen utnyttjar ett verk till upphovsmannen eller hans rättighetsinnehavaren betala ersättning, utgörande skäligt vederlag för utnyttjandet. Om utnyttjandet sker uppsåtligen eller av oaktsamhet skall, enligt paragrafens andra stycke, ersättning även utgå för annan förlust än uteblivet vederlag liksom för lidande och annat förfång. När jag fortsättningsvis talar om skadestånd avses även skäligt vederlag enligt 54 § 1 st. upphovsrättslagen.

Den 29 april 2004 antog Europeiska Gemenskapen det så kallade Sanktionsdirektivet, dir 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter. Med direktivet aktualiserades återigen frågan om skadestånd för upphovsrättsliga intrång. Regeringens utredning har kommit fram till att för att anpassa den svenska lagstiftningen till de premisser som uppställs i direktivet måste de svenska skadestandsreglerna förtydligas,

framförallt med avseende på de förutsättningar som läggs till grund för skadestånd.

Lagstiftaren har med de nordiska upphovsrättsliga lagarna strävat efter att göra dem teknikneutrala och det har, hitintills, fungerat i allt väsentligt. Men vad händer när en teknikgren helt plötsligt, i lagstiftningstid mätt, skenar iväg? En kopia betyder inte samma sak digitalt som fysiskt längre och etterna och nollorna slinker lätt igenom de uppkomna gapen i de förr så tajta lagstiftningarna.

Fildelning är även en känslig fråga internationellt. Under våren 2008 har den svenska fildelningssajten Pirate Bay, mer än någonsin, varit i hetluften då åtal väcktes mot grundarna. Reaktionerna från omvärlden kommer inte att låta vänta på sig om Sverige ensamt sänder ut signaler om att fildelning är acceptabelt. Det krävs samordnade insatser, framförallt inom Europa, för att lösa den härva som uppkommit i och med segdragna lagstiftningsprocesser. Direktivet innebär i sig en sådan samordning, men även andra uppföljande insatser krävs förmodligen och då även på andra plan än rent lagstiftningstekniskt.

I artikel 27 i Förenta Nationernas allmänna deklaration om mänskliga rättigheter att står stadgat att:

- Envar har rätt att fritt taga del i samhällets kulturella liv, att njuta av konsten samt att bli delaktig av vetenskapens framsteg och dess förmåner.
- Envar har rätt till skydd för de moraliska och materiella intressen, som härröra från varje vetenskapligt, litterärt eller konstnärligt verk, till vilket han är upphovsman.

I deklarationen framträder den balansgång som utgör kärnan av fildelningsproblemet; allmänhetens rätt till information står mot upphovsmannens ensamrätt. Balansen har än så länge kunnat upprätthållas beträffande andra immateriella rättigheter, men när det gäller musik och film via Internet anser idag många fildelare att det är en del av deras självklara rättigheter att erhålla visst material som är upphovsskyddat. Ensamrätten ifrågasättes i sin grundval och vågskålen väger hos många över mot rätten till information.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utreda hur upphovsrättsinnehavaren kompenseras vid intrång genom fildelning samt att undersöka vilka olika möjligheter till kompensation som finns utöver de nuvarande skadestandsreglerna. Med utgångspunkt från att det i dagsläget enbart är möjligt att få kompensation för intrång genom skadestånd, varmed jag även inbegriper skäligt vederlag enligt 54 § 1 st. upphovsrättslagen, vill jag undersöka skadeståndets effektivitet, dess funktion och eventuella alternativ till det, samt utreda möjligheten till att skapa ett hållbart system.

I uppsatsen presenteras olika alternativ till det nuvarande kompensationsystemet och jämförs med alternativ som tagits fram på andra områden, exempelvis allmänt skadestånd. Förutom skadestånd kan andra möjliga al-

ternativ vara exempelvis en särskild skatt, en annonskampanj för att höja allmänhetens medvetande eller en licens för nedladdning.

1.3 Avgränsningar

Fildelningsdiskussionen är mycket omfattande. För att nå fram till en presentation av möjliga lösningar har jag därför av utrymmesskäl medvetet uteslutit det filosofiska resonemanget kring och den moraliska inställningen till immaterialrätt som annars också är relevant i sammanhanget.

Fildelning kan omfatta allt digitalt material. För att kunna presentera en så enhetlig och tydlig bild som möjligt har jag valt att enbart fokusera på musik- och filmverk och utlämnar därmed exempelvis datorspel och program vars uppbyggnad och spridningsvägar till viss del skiljer sig från musik- och filmbranschens verk. Under presentationen av de olika rättigheterna som tillfaller upphovsmännen har jag valt att framförallt beskriva de rättigheter som är aktuella i förhållande till fildelning och berör därmed endast ytligt övriga rättigheter. Jag har även valt att enbart presentera praxis från högsta instans.

Av utrymmesskäl och då de inte är relevanta för den slutgiltiga analysen beskriver jag endast de tekniska detaljerna rörande exempelvis P2P och DRM i de kortaste ordalag.

1.4 Metod och material

Uppsatsen är baserad på en traditionell rättsdogmatisk metod för att utreda det nuvarande svenska systemet genom att behandla den lagstiftning, de direktiv och den praxis som finns på det upphovsrättsliga området gällande skadestånd och särskilt avseende fildelning. Uppsatsen har även ett rättspolitiskt perspektiv som är nödvändigt i och med ämnets aktualitet, vilket särskilt framträder i det avslutande kapitlet.

Fildelning har utretts framförallt inför implementeringen av Infosoc-direktivet, men även i en senare utredning som presenterades under 2007. Skadestånd är en väldokumenterad sanktionsform och förekommer i ett flertal standardverk. Våren 2008 har varit en turbulent tid för fildelningsdiskussionen och det har under arbetets gång varit nödvändigt att följa både den juridiska och den allmänna debatten.

1.5 Disposition

Uppsatsen behandlar frågan hur en upphovsrättsinnehavare skall kompenseras för intrång som sker genom fildelning. Fildelningsdebatten presenteras i ljuset av det svenska ersättningssystemet enligt upphovsrättslagen, allmänna skadeståndsrättsliga principer samt de EG-direktiv och förordningar som finns på området. Efter det inledande kapitlet följer ett introducerande kapitel om fildelning varpå kapitel 3 behandlar den sanktionsform som idag utgör den enda möjligheten för rättighetshavare att få kompensation, nämligen skäligt vederlag och skadestånd. I det kapitlet diskuteras även skadeståndets funktion med utgångspunkt i lagförarbeten, praxis, allmänna skadestands-

rättsliga principer och EG-rätt. Avslutningsvis konkretiseras förslag till ersättning och därpå följer en diskussion om vilka åtgärder som bör vidtas för att åstadkomma ett hållbart kompensationsystem.

2 Fildelning

2.1 Vad är fildelning?

Vid fildelning tillgängliggörs filer på en dator så att andra användare kan kopiera dessa genom ett datornät. Det är viktigt att skilja på legal och illegal fildelning. Att dela med sig av material via Internet är i sig inte olagligt och den legala fildelningen kommer obestriddligen att vara en del av distributionsmöjligheterna även fortsättningsvis. Den illegala fildelningen består i att utan att kompensera upphovsrättsinnehavaren tillgodogöra sig eller dela med sig av skyddat material via ett datornät, utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd och utan att upphovsrättsinnehavaren kompenseras.¹

2.1.1 Bakgrund

Den digitala teknikens accelererade utveckling är någonting som konstateras i flera av 2000-talets viktiga direktiv och skrivelser från EG. Både Sverige och omvärlden har nu vaknat. I flera EG-direktiv, nu senast i Sanktionsdirektivets ingress, uppmärksammas bland annat tillgängligheten och den ökade användningen av Internet som en anledning till behovet av en tillnärmad lagstiftning inom EG.² Snabba överföringar av stora mängder information möjliggörs av den nya tekniken och kopior av musik- och filmverk produceras för en låg eller icke-existerande kostnad och ofta utan upphovsmanens tillstånd. Den analoga distributionen av musik är hotad.

Fildelningen fick sitt riktiga genombrott under slutet av 1990-talet då fildelningssajten Napster öppnade. Genom denna kunde användare ladda ned filer från en central server. Mycket av materialet på sajten var upphovsrättsskyddat och inte utlagt med tillstånd, vilket ledde till att Napster i juli 2001 slutligen stängdes ned.³

En stor del av fildelningen sker idag genom så kallade peer-to-peer-nätverk (P2P), som är icke-hierarkiska nätverk inom vilka användare kopplar upp sig och delar med sig av filer. Alla parter kan spela både klient- och serverrollen. Idag används framförallt andra generationens nätverk. Det som framförallt skiljer den här typen av nätverk från den förra generationen, till vilken exempelvis Napster tillhörde, är att det istället för en central server finns flera servrar uppkopplade, vilket medför att användarna är inte lika hårt kopplade till de filer de använder. Detta har visat sig svårare att komma åt lagstiftningsmässigt vilket gjort att nätverken snabbt växt sig starka.⁴

Det är emellertid inte första gången som nya distributionsmöjligheter rör om i musik- och filmbranschen. Vid introduktionen av kassettbandet ljöd ett ramaskri genom branschen och domedagsprofetiorna över

¹ Ds 2007:29 *Musik och film på nätet – hot eller möjlighet?*, s. 335

² Dir. 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, ingressen, skäl 9

³ Se Napster runs out of lives – judge rules against sales

⁴ Plesner Mathiasen, J., Schlüter, J., *Medvirken til ophavskrænkelser på Internettet*, s. 534 f.

upphovsrätten duggade tätt. Men marknaden anpassade sig och upphovsrätten reste sig stark ur den förutspådda askan.

Nu är vi alltså tillbaka till domedagsprofetiorna och den här gången har motståndaren bytt skepnad. Det är ettor och nollor som radar upp sig, kodmeter efter kodmeter, för att i ett outröttligt anfall svepa ned över ensamrätter och åldrade lagskrifter, ledda av teknikgeneralernas skallande version av *Suum Cuique*.⁵

De juridiska pansarvagnarna står redo att rulla ut mot fronten. Men vad är egentligen den mest effektiva försvarsstrategin? Inget är vunnet om befolkningen bränner fälten och förgiftar boskapen och enbart tomma, rykande fåror finns kvar. Utan allmänhetens respekt är vinsten inget värd.

Diskussionen angående fildelning har accelererat det senaste decenniet, i takt med den digitala utvecklingen. Verk har blivit mer lättåtkomliga och användarna har vant sig vid en snabbare och billigare process. Datorn är nu ett av de vanligaste medierna att spela sin musik från, 69 procent av Internetanvändarna i Europa (enligt en studie gjord utifrån ett urval av europeiska länder) använder datorn till att lyssna på musik.⁶

Fildelningsdebatten är en debatt som involverar flera olika parter från skilda grenar av samhället. Det är på intet sätt en renodlad juridisk debatt och det medför att sidorna ofta har svårt att förstå varandra. Å ena sidan, rättighetshavare och immaterialrättare med en stark tro på ensamrätten och dess privilegier och å andra sidan användare som förespråkar ett avskaffande av upphovsrätten och ett frisläppande av rättigheterna på Internet.

2.1.2 Berörda parter

Framförallt tre parter är involverade i fildelning som aktivitet; de individuella fildelarna, upphovsmännen eller rättighetshavarna och Internetleverantörerna.

2.1.2.1 Fildelare

Enligt World Internet Institute, som varje år sedan 2000 genomför en studie ”Svenskarna och Internet”⁷, har 14 procent av den svenska befolkningen fildelat vid något tillfälle. Av dessa uppgav nästan hälften att de fildelade minst en gång i veckan. Det motsvarar cirka 613 000 personer. Samma undersökning visade att det viktigaste incitamentet för att fildela var att det är enkelt och praktiskt samt att det är gratis.⁸ Statistiska centralbyrån presenterade 2006 i ett pressmeddelande att cirka 20 procent av befolkningen någon gång fildelat. Fildelning är vanligast bland män i åldersgruppen 16-24 år.⁹

Attityden hos den enskilde Internetanvändaren gentemot upphovsrätt är ett av de stora problemen i kampen mot illegal fildelning. Det finns emellertid indikationer på att attityden har förändrats mot en mer posi-

⁵ *Suum Cuique*, (latin) ”Åt var och en sitt”. Ordspråket finns även utskrivet i Lunds Juridiska fakultets emblem.

⁶ Digital Music Usage and DRM, s. 8

⁷ Ds 2007:29 s. 153

⁸ Svenskarna och Internet, s. 46 ff.

⁹ Pressmeddelande SCB, nr 2006:343

tiv inställning under de senaste åren. I en undersökning genomförd av INDICARE (The Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM¹⁰ Solutions in Europe) konstaterades att bland dagliga Internetanvändare fäste 40 procent¹¹ respektive 53 procent¹² vikt vid huruvida en musikfil respektive en filmfil var upphovsrättsskyddad. Inte helt oväntat fäster yngre Internetanvändare minst vikt vid upphovsrättsskyddet. Sverige ligger i botten (musik) respektive i mitten (film) av de länder som undersöktes, med ett genomsnitt på 35 procent¹³ respektive 49 procent¹⁴ som respekterade upphovsrätten. Det skall jämföras med Tyskland där 64 procent¹⁵ respektive 66 procent¹⁶ uppgav att upphovsrätten respekterades.

Osäkerheten är stor gällande musiknedladdningens laglighet. Framförallt är kunskapen om P2P-nätverk dålig, det vill säga huruvida det är lagligt att ladda upp och dela med sig respektive ladda ned musik från ett sådant nätverk.¹⁷

2.1.2.2 Rättighetshavare

Upphovsmännen och andra rättighetshavare, såsom exempelvis skivbolag, är i regel anslutna till organisationer som bevakar rättighetshavares intressen. Det finns en mängd olika organisationer som tar tillvara olika upphovsmäns rättigheter och över musik- och filmområdena dessa utgör ett heltäckande nätverk, även internationellt.¹⁸ Svenska Tonsättarens Internationella Musikbyrå, Stim, företräder exempelvis upphovsmännen och deras förlag. Stim utfärdar licenser till organisationer som spelar musik offentligt och distribuerar sedan ersättningen till rättighetshavarna.¹⁹ Även på filmområdet finns ett stort antal organisationer av vilka de största är Teaterförbundet²⁰ och Sveriges Dramatiker-förbund²¹.²² COPYSWEDE är en samlande organisation för de olika intresseorganisationerna på både film- och musikområdet.²³ Organisationen har i uppdrag att förvalta rättigheterna genom att förhandla fram avtal om utnyttjandet av de ifrågakvarande verken.²⁴

2.1.2.3 Internetleverantörer

För att användare överhuvudtaget skall kunna använda sig av Internet krävs en Internetleverantör, (Internet Service Provider, ISP). Dessa har den senaste tiden alltmer hamnat i fokus. De är inte ansvariga för den fildelning som

¹⁰ Digital Rights Management

¹¹ Digital Music Usage and DRM, s. 40

¹² Digital Video Usage and DRM, s. 31 f.

¹³ Digital Music Usage and DRM, s. 41

¹⁴ Digital Video Usage and DRM, s. 31 f.

¹⁵ Digital Music Usage and DRM, s. 41

¹⁶ Digital Video Usage and DRM, s. 31 f.

¹⁷ Digital Music Usage and DRM, s. 41 f.

¹⁸ Ds 2007:29 s. 96 f.

¹⁹ www.stim.se

²⁰ www.teaterforbundet.se

²¹ www.dramatiker.se

²² Ds 2007:29 s. 102

²³ www.copyswede.se

²⁴ Ds 2007:29 s. 103

sker,²⁵ men i jakten på fildelarna är möjligheten att identifiera de enskilda fildelarna väsentlig. Internetleverantören bidrar med distributionsmöjligheten och har tillgång till ip-nummer och även de uppgifter som anger vem som står bakom numret.²⁶ I debatten har det ofta hävdats att Internetleverantörerna borde ta ett större ansvar för den illegala fildelning som sker, framförallt på grund av deras access till uppgifterna bakom ip-numren. De har även anklagats för att i praktiken tjäna på den illegala fildelningen i och med att det krävs bättre och snabbare uppkopplingar för en effektiv fildelning.²⁷ I det så kallade Promusicae-målet som avgjordes av EG-domstolen den 29 januari 2008 hade domstolen möjlighet att ge vägledning till de nationella domstolarna i huruvida Internetleverantören skall lämna ut personuppgifter bakom ip-nummer. Målet var ett förhandsavgörande gällande en tvist mellan en spansk musikorganisation (Promusicae) och en Internetleverantör (Telefónica). Domstolen konstaterade att det i gemenskapsrätten inte finns ett krav på att personuppgifterna skulle lämnas ut och att de nationella domstolarna istället får göra bedömningen efter de nationella förutsättningarna. I bedömningen skall dock de olika rättigheterna såsom, upphovsrätt och fundamentala rättigheter, vägas emot varandra.²⁸ Domstolens överlämnande av frågan till den nationella domstolen har utlöst en våg av aktivitet i den svenska debatten och i en debattartikel i Svenska Dagbladet meddelades att regeringen kommit fram till att en domstol skall ha rätt att tvinga en Internetleverantör att lämna ut sina kunders personuppgifter.²⁹ I sammanhanget är det av intresse att påpeka att i USA har man beslutat att det inte går att belägga Internetleverantörerna med en skyldighet att lämna ut personuppgifter. Rättighetshavaren får istället väcka talan mot en anonym person vartefter domstolen beslutar om offentliggörande av uppgifterna.³⁰ I Sanktionsdirektivet finns angivet att sanktionerna bland annat skall vara ”effektiva, proportionerliga och avskräckande”.³¹ Att lämna ut personuppgifter kan vara ett alltför stort ingripande i den personliga integriteten för att vara proportionerligt och måste vägas mot det ökade skyddet för upphovsrätter.³² I skrivande stund har regeringen tagit en inledande ställning i frågan genom ovan nämnda debattartikel, men det kommer sannolikt att krävas åtskillig mer debatt i ämnet.

2.1.2.4 Övriga

Förutom de tre ovanstående berörda parterna brukar man även nämna skaparen av fildelningsnätet som en aktör. Det är alltså den organisation eller per-

²⁵ Dir. 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, ingressen skäl 27

²⁶ Plesner Mathiasen, J., *Fildelning*, s. 53

²⁷ Westman, D., *Förslag på nya civilrättsliga sanktioner i kampen mot olaglig fildelning – en kritisk granskning*, s. 6

²⁸ Mål C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) v Telefonica de Espana*, punkt 70

²⁹ Kulturarbetare får stöd av domstol, SvD 14 mars

³⁰ Westman, D., *Bevisfrågor vid upphovsrättsintrång vid fildelning m.m.*, Lov & Data s. 36 ff.

³¹ Dir. 2004/48/EG, artikel 1

³² Westman, D., *Förslag på nya civilrättsliga sanktioner i kampen mot olaglig fildelning – en kritisk granskning*, s. 8

son som genom att skapa ett nät gör det möjligt för den enskilde användaren att ladda ned eller ladda upp material. Skapare av fildelningsnätverk har flera gånger fällts i domstol utomlands (se avsnitt 2.3 nedan) och sammanfattningsvis kan man konstatera att det för en fällande dom krävs att det skall vara påvisat att en kränkning begåtts, att skaparen varit i ond tro, att möjlighet skall ha funnits för skaparen att avvärja de olagliga aktiviteterna, att skaparen profiterat på de olagliga aktiviteterna samt att skaparen skall ha bidragit till de olagliga aktiviteterna (detta uppnås ofta direkt då skapandet av nätverket anses som bidragande).³³

2.1.3 Nättjänster för musik och film

Det finns både lagliga och icke-lagliga alternativ för att ladda ned musik och film från Internet. I dagsläget uppgår de svenska lagliga alternativen till ett tjugotal när det gäller musik och cirka fem filmtjänster. Problemet med de lagliga alternativen är att de, till skillnad från de illegala nedladdningstjänsterna, ofta är komplicerade och dessutom har tekniska skydd som förhindrar användaren från att fritt disponera filerna. Ytterligare ett problem är de tekniska begränsningarna som tvingar användaren att använda sig av vissa angivna format och läsare för att kunna tillgodogöra sig materialet. Detta skapar irritation hos användarna som känner sig lurade eller helt enkelt inte kan hantera materialet. Utbudet är också sämre, både inom musik- och filmtjänsterna, jämfört med de illegala alternativen.³⁴ INDICAREs undersökning om nedladdning av musik visade dock på att det är välkänd musik från kända artister som mest frekvent laddas ned, motsvarande 85 procent. Att nedladdning är en viktig källa för alternativ musik också visades emellertid av att musik från okända artister och okänd musik från kända artister laddades ned till 32 procent respektive 44 procent. I båda dessa kategorier låg Sverige i topp av de undersökta länderna.³⁵ Samma undersökning visar också att Internet och nedladdning fungerar väl som marknadsföring då 64 procent av Internetanvändarna har upptäckt en ny artist via nedladdning och sedan köpt en CD av denne.³⁶

2.1.3.1 Musik

De lagliga nedladdningstjänsterna fungerar alla till stor del på samma sätt. Utbudet presenteras genom avbildningar av omslagen på de fysiska skivorna eller i listor som kunden kan välja mellan. Kunden skapar sedan ett konto hos fildelningstjänsten och loggar in för att kunna betala för de valda filerna. Hos de flesta tjänsterna ingår ett standardiserat avtal i samband med registreringen. Avtalet innehåller inte sällan relativt omfattande restriktioner gällande hur filerna får användas.³⁷ I regel innehåller avtalen bestämmelser som begränsar användarens rätt att förfoga över musiken och filerna är då ofta skyddade med tekniska skyddsåtgärder (för vilka skydd infördes 2005 i kap. 6a upphovsrättslagen), som till exempel kopieringsskydd. Exempel på

³³ Plesner Mathiasen, J., *Fildelning*, s. 6

³⁴ Ds 2007:29 s. 15

³⁵ Digital Music Usage and DRM, s. 19 f.

³⁶ Ibid, s. 21

³⁷ Ds 2007:29 s.124 f.

begränsningar i förfoganderätten är att enbart ett reglerat antal kopior får göras av filerna och att möjligheten att bränna ned filerna till en CD varierar.³⁸ Filerna laddas ned som permanenta exemplar till användarens dator. Priserna på ett album varierar mellan 79 och 130 kronor på de olika tjänsterna medan enskilda låtar kostar cirka 10 kronor.³⁹

Musiktjänsterna erbjuder flera miljoner låtar för nedladdning. Detta är mestadels musik från de stora skivbolagen som de tecknat avtal med. Musik från den smalare repertoaren lyser svagt eller med sin frånvaro hos samtliga tjänster.⁴⁰

Ytterligare en begränsning som följer med nättjänsterna är att de använder sig av olika tekniker, DRM-standarder, för att kryptera filerna. Användarens dator måste vara kompatibel med den specifika DRM-standarden för att kunna spela upp musiken. Framförallt två standarder dominerar marknaden; Microsoft DRM och Fairplay DRM. iTunes, som är den största nättjänsten på marknaden använder enbart Fairplay och resterande stora tjänster använder sig av Microsoft. Det finns även två olika musikformat och de två musikformaten respektive de två DRM-standarderna är inte kompatibla med varandra. Resultatet är att användaren begränsas genom att vara hänvisad till en spelare som kan hantera just det formatet som musiktjänsten propagerar för.⁴¹ Detta går rakt emot konsumenternas intressen då interoperabilitet mellan olika spelare är den i särklass viktigaste funktionen för konsumenterna.⁴²

Ett problem är att konsumenterna inte tycks vara medvetna om DRM och dess funktion. 63 procent uppgav att de aldrig hört talas om det. Bara 3 procent ansåg sig veta precis vad DRM innebär.⁴³

Den främsta fördelen med de lagliga alternativen, jämfört med P2P-nätverk är kvaliteten. Trots det upplever fortfarande konsumenten att kvaliteten i alltför hög grad inte motsvarar förväntningarna.⁴⁴

2.1.3.2 Film

I Sverige finns några få tjänster för legal nedladdning av film. Alternativen utomlands är något fler. Tjänsterna erbjuder antingen uthyrning genom så kallad streaming eller direkt nedladdning och fungerar ungefär som musiktjänsterna med uppdelning i genre, nyheter etc. Filmutbudet är betydligt sämre än musikutbudet och de olika sajterna har inte samma avtal med distributörerna vilket innebär att sajterna inte konkurrerar med varandra i särskilt hög grad. Samma filmer finns sällan på de olika sajterna. Priserna varierar mellan 79-139 kronor per film för nedladdning och 15-45 kronor för en streamad film. Den legala filmmarknaden för nedladdning via Internet är märkbart mindre utvecklad än musikmarknaden. Det finns ingen direkt statistik över försäljningsnivåerna via Internet, men tillväxttakten uppges vara hög.⁴⁵

³⁸ Ds 2007:29 s. 143 ff.

³⁹ Ibid s. 127

⁴⁰ Ibid s. 126

⁴¹ Ibid s. 128 f.

⁴² Digital Music Usage and DRM, s. 25

⁴³ Ibid, s. 36

⁴⁴ Ibid, s. 31

⁴⁵ Ds 2007:29 s. 132 ff.

Vid nedladdning av film finns flera begränsningar av användningen av produkten, exempelvis att produkten enbart får användas på den dator till vilken den först laddades ned. Liksom för musiktjänsterna måste konsumenten på vissa sajter acceptera ett standardavtal som innehåller restriktioner i hur den nedladdade produkten får användas. Andra tjänster saknar helt avtal. Restriktionerna kvarstår dock även utan avtal.⁴⁶

DRM-skydd finns alltså även på filmtjänsterna. Av Internetanvändarna som laddar ned film eller tv-program från nätet är det noterbart få, 14 procent, som är medvetna om existensen av och förstår vad DRM innebär. 62 procent har aldrig hört talas om det och 21 procent har hört talas om det men vet inte vad det innebär. Detta sträcker sig över alla åldersgrupper och frekvensen på Internetanvändning. Risken med bristen på information är uppenbar, konsumenten känner sig lurad förlorar förtroendet för den legala nättjänsten när filens användningsområde är begränsat utan synbar anledning.⁴⁷

2.2 Upphovsrättsinnehavarens ensamrättigheter

I 2-3 § upphovsrättslagen anges de rättigheter som följer med upphovsrätten. Rättigheterna är i grunden exklusiva ensamrättigheter vilket innebär att ingen förutom upphovsmannen eller den som är rättsinnehavare har rätt att förfoga över verket utan tillstånd. Rättigheterna kan delas in i två baskategorier; ekonomiska rättigheter och ideella rättigheter.⁴⁸

2.2.1 De ekonomiska rättigheterna

Det är de ekonomiska rättigheterna som framförallt kränks vid fildelning. Dessa återfinns i 2 § upphovsrättslagen.

2.2.1.1 Exemplarframställning

Rätten att framställa nya exemplar av ett verk tillkommer upphovsmannen enligt 2 § 1 st. upphovsrättslagen. Av samma paragrafs andra stycke framgår att med exemplarframställning avses varje typ av framställning, indirekt eller direkt samt tillfällig eller permanent, oavsett form och till hur stor del den framställts.⁴⁹ Upphovsskyddet är alltså teknikneutralt och oberoende av verkets varaktighet i tid.⁵⁰ I och med införlivandet av Infosocdirektivet har det fastslagits att månfaldiganderätten är mycket vidsträckt och även till stor del omfattar lagring i digitala media.⁵¹ Detta kunde förr enbart utläsas genom att det inte finns några tekniska krav för att ett verk skall klassas som

⁴⁶ Ibid s. 132 ff.

⁴⁷ Digital Video Usage and DRM, s. 32 ff.

⁴⁸ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s. 66

⁴⁹ Ibid, s.71 ff.

⁵⁰ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 124

⁵¹ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s.71 ff.

skyddat.⁵² Som undantag från lagring i digital media består i vissa tillfälliga kopior, se nedan, enligt 11 a §.⁵³

2.2.1.2 Tillgängliggörande för allmänheten

Rätten att tillgängliggöra verket för allmänheten tillfaller enligt 2 § 1 st. upphovsrättslagen upphovsmannen och innebär att verket utnyttjas, dock utan att nya exemplar framställs. Vanligtvis sker detta genom att redan existerande exemplar utnyttjas. Fyra olika tillgängliggöranden kan urskiljas ur bestämmelsen, nämligen överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten.⁵⁴ Fildelarprogram såsom P2P-nätverk, faller under begreppet överföring till allmänheten.⁵⁵ Däremot kan inte att enbart förse någon med de tekniska förutsättningarna för att exempelvis fildela falla under begreppet.⁵⁶ Ett viktigt element i definitionen av huruvida det förekommit ett överförande till allmänheten är att användaren befinner sig på en annan plats än den som tillhandahåller verket och att detta kan ske vid en tidpunkt som användaren själv väljer.⁵⁷ Ensamrätten innefattar enbart överföring till allmänheten, inte överföring inom den privata sfären.⁵⁸

2.2.2 De ideella rättigheterna

I 3 § upphovsrättslagen anges de ideella rättigheterna som tillfaller upphovsmannen. De ideella rättigheterna är nära knutna till upphovsmannen och kan inte överlätas, bara efterges.⁵⁹

2.2.2.1 Namngivningsrätten

När någon av de ekonomiska rättigheterna tas i bruk, efter medgivande från upphovsmannen, skall upphovsmannens namn finnas med i anslutning till verket, såvida upphovsmannen inte uttryckligen fransagt sig den rätten eller föredrar att vara anonym.⁶⁰

2.2.2.2 Rätten till respekt för verket

Rätten till respekt för verket återfinns i 3 § 2 st. upphovsrättslagen och medför framförallt ett förbud mot att göra ändringar i verket, utan upphovsmannens tillstånd.⁶¹

⁵² Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 122

⁵³ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s.71 ff.

⁵⁴ *Ibid*, s. 69

⁵⁵ *Ibid*, s. 75

⁵⁶ Dir. 2001/29/EG, ingressen skäl 27

⁵⁷ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 129

⁵⁸ Prop. 2004/05:110 *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m.*, s. 73

⁵⁹ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s. 99

⁶⁰ *Ibid*, s. 95

⁶¹ *Ibid*, s. 98 f.

2.2.3 Inskränkningar

Omfattningen av ensamrätterna i sin helhet kan enbart betraktas genom att samtidigt titta på 2 kap upphovsrättslagen. De ensamrättigheter som tillskrivs rättighetshavaren enligt 2 -3 § upphovsrättslagen urholkas nämligen av 2 kap upphovsrättslagen som berör inskränkningar i upphovsrätten.⁶²

Ett exempel på en inskränkning finns i 11 a § upphovsrättslagen och reglerar tillfälliga kopior. Det faller under upphovsrättsinnehavarens ensamrätt att framställa tillfälliga kopior. I 11 a § upphovsrättslagen infördes dock i samband med implementeringen av Infosocdirektivet ett undantag för tillfälliga digitala kopior. Bestämmelsen tar sikte på så kallad caching och möjliggörande av webbläsning. Vid överföring av material via Internet mellanlagras stora delar information för att göra överföringen mer effektiv. Utan dessa mellanlagringar skulle Internet snabbt överbelastas eftersom man skulle bli tvungen att gå tillbaka till den ursprungliga källan.⁶³ Det skulle alltså vara ohållbart i det digitala samhället att bibehålla en ensamrätt på det området och kräva tillstånd för varje digital kopia.⁶⁴ Det är dock viktigt att påpeka att bestämmelsen om tillfälliga kopior inte omfattar nedladdning av material till en dator.⁶⁵ Däremot omfattas den enskilde personen som lyssnar eller tittar på någonting på nätet utan att ladda ned det.⁶⁶ 11 a § upphovsrättslagen uppställer tre krav för att undantaget skall gälla; kopian måste vara en väsentlig och integrerad del av en teknisk process, exemplaren skall vara flyktiga och de får slutligen inte ha någon självständig ekonomisk betydelse. Andra stycket konstaterar avslutningsvis att framställningen av ovanstående kopior endast är tillåten för att möjliggöra överföring mellan tredje parter via en mellanhand eller för att möjliggöra laglig användning.

En annan inskränkning är rätten för fysiska personer att framställa exemplar från ett offentliggjort verk för privat bruk. Detta förutsätter emellertid att kopian framställts från ett *lovligt* offentliggjort exemplar.⁶⁷ Det här är oftast inte fallet vid fildelning, i alla fall kan man inte vara säker.

2.3 Praxis

Trots fildelningens omfattning finns det få avgjorda mål på området. Det beror bland annat på att polisen inte får begära ut personuppgifter från Internetleverantörerna om det gäller en så liten summa att det inte leder till mer än böter. Dessutom är både polis- och åklagarresurserna högst begänsade. Därmed reduceras antalet individuella fildelarmål avsevärt. Praxis har istället fokuserats på distributionen av filerna.

Ett viktigt avgörande på senare tid är det ovan nämnda fallet från EG-domstolen, Promusicae-målet,⁶⁸ där den främsta frågan var huruvi-

⁶² Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 121

⁶³ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s. 143

⁶⁴ Ds 2007:29 s. 58

⁶⁵ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s. 143

⁶⁶ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 124

⁶⁷ Ibid, s. 125

⁶⁸ C-275/06 Productores de Musica de Espana (Promusicae) v Telefonica de Espana

da Internetleverantörerna skall lämna ut personuppgifter bakom de ip-adresser som de har registrerade om personen bakom den ip-adressen upprepade gånger ägnar sig åt illegal fildelning. Genom att möjliggöra utlämning av personuppgifter skulle antalet fildelningsmål öka avsevärt eftersom det innebär att rättighetshavarna själva kan få tillgång till informationen och därmed själva driva processer. EG-domstolen konstaterade att det skall kunna vara möjligt att lämna ut informationen, men att det är upp till varje lands nationella domstol att slutgiltigt besluta.

I Sverige åtalades upphovsmännen bakom fildelnings sajten Pirate Bay under våren 2008. Pirate Bay är en fildelningssajt som använder sig av så kallad BitTorrent-teknik för att distribuera filer mellan användare. Tekniken är smidig för överföring av exempelvis filmfiler då den innebär att filderna delas upp i små delar och därefter lätt kan distribueras till ett stort antal användare.⁶⁹ De åtalade har genom sajten tillgängliggjort filmer, musik och andra filer utan rättighetshavarnas tillstånd och står åtalade framförallt för medhjälp. Åklagaren kommer att behöva bevisa åtminstone likgiltighetsuppsåt angående vilket sajts namn kan komma att få betydelse.⁷⁰

NJA 2000 s. 292 behandlade länkning av mp3-filer via en hemsida. Tommy O hade på sin hemsida ett stort antal länkar till olika musikfiler i mp3-format. Han åtalades för att olovligen ha tillgängliggjort musiken för allmänheten och därmed inkräkta på rättighetshavarnas ensamrätt. Avgörande i fallet var att filerna aldrig befann sig på Tommy Os hemsida. När man klickade på länkarna öppnades ett andra fönster upp där filen presenterades på sin originalplats. Samtliga tre instanser friade Tommy O.⁷¹

Flera likartade fall har avgjorts utomlands, framförallt i USA. Det första fallet någonsin kom i början av 2000-talet⁷² då musikdelningssajten Napster figurerade i flera uppmärksammade mål i USA.⁷³ Domstolen konstaterade att nästan allt material på sajten var kopior av musikfiler som var utlagda utan rättighetshavarens godkännande. Man noterade även att Napster var en nödvändig länk mellan de olika användarna och att de hade möjlighet, men valde att avstå från, att reglera den olagliga aktiviteten på sajten. Domstolen förbjöd slutligen sajten från att fortsätta med sin verksamhet.⁷⁴ Sajten hade som mest, enligt egen utsago, 70 miljoner användare, men stängdes ned 2001 för att sedan återuppta sin fildelande verksamhet på ett lagligt plan.⁷⁵

USAs Högsta domstol avgjorde 2005 fallet MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.⁷⁶ till MGM Studios fördel. Grokster distribuerade genom P2P-nätverk filer mellan användare. Högsta domstolen gick emot båda underinstanserna och konstaterade att en tillhandahållare av en service, som visserligen kan användas för laglig nedladdning, är ansvarig för sina användares handlingar om han inte vidtar åtgärder som motverkar den illegala

⁶⁹ Westman, D., *Håller TV-tittande på att bli upphovsrättsligt förkastligt?*, s. 8

⁷⁰ Westman, D., *Intressant juridik i Pirate Bay*

⁷¹ NJA 2000 s. 292

⁷² Plesner Mathiasen J., Schlüter, J., *Medvirken til opphavskrænkelser på Internettet*, s. 536

⁷³ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

⁷⁴ Plesner Mathiasen J., *Fildelning*, s. 3

⁷⁵ *Se Napster runs out of lives – judge rules against sales*

⁷⁶ Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764, U.S.,2005., June 27, 2005

nedladdningen. I Grokster-fallet noterade domstolen att Grokster vände sig till samma användare som tidigare använt Napster, att inga filter fanns för att garantera innehållets upphovsrättsliga standard samt att Grokster tjänade på de intrång som begicks.⁷⁷

Kazaa⁷⁸, som ursprungligen utvecklades av en dansk och en svensk men sedan flyttade till en australiensisk sajt, var en fildelningssajt som distribuerade musik mellan användare. I målet som följde på aktiviteterna konstaterade den australiensiska domstolen att det inte var tillräckligt att i sina användaravtal förbjuda illegal fildelning om det inte aktivt motarbetades. Vidare konstaterades att Kazaa hade ett ekonomiskt intresse i de olagliga aktiviteterna. Skivindustrin och Kazaa förlikades 2006 i vilken Kazaa gick med på att betala 115 miljoner dollar för det otillbörliga utnyttjandet.⁷⁹

Andra liknande mål runt om i världen är det taiwanesiska KURU-målet⁸⁰, det koreanska Soribada-målet⁸¹ och det japanska JAPAN MMO-målet⁸². Kazaa har figurerat i ytterligare ett mål i Holland.⁸³ I det holländska Kazaa-målet konstaterade domstolen, till skillnad från i det australiensiska, att det varken var möjligt för fildelningstjänsten att kontrollera alla de intrång som försiggick på sidan eller att utveckla ett fungerande filter. Sajten belades därför inte med förbud.⁸⁴

Rättskipningen har alltså fokuserat mest på de fildelande nätverken, drivna av enskilda personer liksom av organisationer. De enskilda fildelarna tycks alltför svåråtkomliga. Rättsläget är just nu i en trevande period när ramarna sätts och gränserna testas. För Sveriges del kommer utgången av Pirate Bay-målet att vara avgörande i många avseenden.

⁷⁷ Blood, D. O., Ngiam, K., *A focus on filters*, s. 1 f.

⁷⁸ Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd. (2005) FCA 1242

⁷⁹ Plesner Mathiasen J., *Fildelning*, s. 3

⁸⁰ S.T. Chen, K.H. Chen, K.X. Chen, Case No. 2003 Su-Tzu, No. 2146 (Tapei District Court, September 9 2005)

⁸¹ Korea Association of Phonogram Producers v. Soribada, Seoul Central District Court, Aug. 30, 2005

⁸² Case No. 4249 (Tokyo Dist., ct., 29th Civil Division), Interlocutory judgment 29 Jan 2003

⁸³ Se BUMA/STEMRA vs. KazaA, Supreme Court of the Netherlands, AN7253 Case No.: C08/186HR (19 Dec 2003)

⁸⁴ Plesner Mathiasen J., *Fildelning*, s. 3 f.

3 Ersättning vid upphovsrättsintrång

Historiskt sett har intrång i upphovsrätt tillhört ovanligheterna. Detta har dock kommit att ändras markant under de senaste åren och då framförallt med avseende på upphovsrätt till datorprogram, filmer och musik genom fildelning. I samband med de ökade intrången har även domstolarna skärpt synen på upphovsrättsintrång. Intrången står för enorma summor varje år och situationen är nu i det närmaste ohållbar.⁸⁵ Detta har återigen aktualiserat problemet med hur upphovsrättsinnehavaren skall kompenseras för nyttjandet.

3.1 Ersättningsystemet

Det svenska sanktionssystemet rymmer ett flertal olika sanktioner för upphovsrättsintrång; skadestånd, straff, förverkande, förstöring, ändring, vitesförbud, intrångsundersökning samt interimistiska åtgärder.⁸⁶ Fängelsestraff har i praxis utdömts ytterst sällan. Det kan dock röra sig om mycket stora summor vid intrång och därmed medföra väsentliga konsekvenser för upphovsrättsinnehavaren. Ekonomisk kompensation för upphovsrättsintrång kan idag enbart lämnas genom skadestånd, varmed jag alltså även avser vederlag.⁸⁷ Skadestånd utgör en möjlighet för rättighetshavaren att få kompensation, men även en möjlighet att motverka fler intrång.

3.1.1 Internationella konventioner

Bernkonventionen, för skydd av litterära och konstnärliga verk, som var den första internationella regleringen av upphovsrätt, kom till 1886, reviderades senast 1971. Cirka 160 stater är anslutna till den. Sverige tillträdde Bernkonventionen 1904. Syftet med konventionen är att säkerställa immaterialrättigheter på det globala området.⁸⁸ En av grundpelarna i konventionen är att varje part åtar sig att respektera och ge skydd till verk från andra medlemsländer.⁸⁹ Den innehåller två huvudprinciper; principen om nationell behandling och principen om minimiskydd. På grund av motsättningar mellan industri- och utvecklingsländer har utbyggnad av själva Bernkonventionen inte varit möjligt. Istället har andra fördrag vuxit fram med utgångspunkt i Bernkonventionens principer, exempelvis WIPO-fördragen (se nedan).⁹⁰ Konventionen saknar en sanktionerande reglering. Immaterialrättsliga sanktioner regleras istället i TRIP:s-avtalet, se nedan.⁹¹

⁸⁵ Olsson, H., *Copyright* s. 306 f

⁸⁶ *Ibid* s. 307

⁸⁷ Eltell, T., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 225

⁸⁸ Bernitz, U., m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 9 f.

⁸⁹ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, 62

⁹⁰ Bernitz, U., mfl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 9 f.

⁹¹ Wainikka, C., *Upphovsrätten i mediebranschen – en fråga om avtal*, s. 3

TRIP:s-avtalet (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) slöts i samband med WTO:s (World Trade Organisation) bildande. Sverige, liksom EG och alla dess medlemsstater, är part till avtalet som trädde ikraft 1996. Avtalet ger i sin tredje del sanktionsmöjligheter till de rättigheter som uppmärksammats i Bernkonventionen. Förutom de rättigheter som även återfinns i Bernkonventionen uppställer TRIP:s även ett krav på en mest-gynnad-nations-behandling, vilket går ut på att varje förmån som erbjuds ett lands rättighetshavare även skall erbjudas andra länders rättighetshavare.⁹² Syftet med avtalet är framförallt att komma tillrätta med det ineffektiva skyddet för immaterialrätter och TRIP:s-avtalet innebär en global sammanhängande skyddsanordning för immaterialrätter.⁹³

WIPO (World Intellectual Property Organisation) är det FN-organ som administrerar Bernkonventionen och tar även aktiv del i utvecklingen av upphovsrätten internationellt.⁹⁴ 1996 undertecknades WIPO-fördraget om upphovsrätt, WCT. I fördraget underströks vikten av ett skydd för upphovsrätt för att stimulera och belöna innovationer inom området.⁹⁵ Fördraget ansluter till Bernkonventionen⁹⁶ och är en utbyggnad av de grundläggande principerna i konventionen.⁹⁷ Grundläggande ensamrättigheter såsom spridningsrätten (artikel 6) och rätten att överföra information till allmänheten (artikel 8) liksom inskränkingsmöjligheter (artikel 10) är reglerade i fördraget. I samband med fildelning kan det vara av intresse att nämna att det angående inskränkningar har tillfogats ett uttalande som understryker att bestämmelserna om inskränkningar även fortsättningsvis skall användas för att anpassa lagstiftningen till digitala framsteg. Sverige tillträdde fördraget i samband med Infosocdirektivet (se nedan).

Ett av WIPO:s främsta uppdrag är att främja upphovsrättens utveckling även i utvecklingsländerna. 1990 presenterades exempelvis en modellag, WIPO Model Law, som främst fungerar som en utgångspunkt för länder som vill introducera upphovsrätt i lagstiftningen.⁹⁸

3.1.2 EG-rätt

Ovan nämnda internationella konventioner har varit pådrivande av utvecklingen inom EG-rättens reglering av upphovsrätten. Under de senaste decennierna har inte mindre än nio direktiv tagits fram gällande upphovsrätters ställning i Europa.⁹⁹ Särskilt intressanta är Infosocdirektivet och Sanktionsdirektivet från 2001 respektive 2004.

⁹² Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 69

⁹³ Bernitz, U., m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 11

⁹⁴ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 63

⁹⁵ WIPO-fördraget, ingressen

⁹⁶ Ibid, artikel 1

⁹⁷ Bernitz, U., m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 10

⁹⁸ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 64 f.

⁹⁹ Ibid, s. 70 ff.

3.1.2.1 Infosocdirektivet

Med direktiv 2001/29/EG, det så kallade Infosocdirektivet, implementerades bestämmelserna i WIPO-fördragen om upphovsrätt (se ovan) respektive fonogram i EG-rätten.¹⁰⁰ I Sverige implementerades direktivet 2005 vilket innebar en klarare och mer översiktlig upphovsrättslag. Direktivet tar särskilt sikte på att tydliggöra rättigheterna som omger verk som finns tillgängliga via Internet¹⁰¹ och var ett svar på det accelererande antalet intrång som skedde på den upphovsrättsliga Internetbaserade scenen.¹⁰² Ett viktigt tydliggörande var markeringen att ett tillgängliggörande på Internet betraktas som ett tillgängliggörande för allmänheten och alltså är en av de ensamrätter som tillfaller upphovsmannen.¹⁰³

En grundförutsättning för att en rättighetshavares upphovsrätt skall få inskränkas är att det sker i enlighet med trestegsregeln som ursprungligen återfinns i Bernkonventionens artikel 9, 2 st. och även i TRIP:s-avtalets artikel 13. En upphovsrättsinnehavares ensamrätt får enligt trestegsregeln inskränkas enbart i vissa fall och då får det endast ske om det inte strider mot det normala utnyttjandet av verket samt att det inte oskäligt inkräktar på upphovsrättsinnehavarens legala intressen. Med Infosocdirektivet (artikel 5, 2 st.) har trestegsregeln återfått något av sin forna status.¹⁰⁴

3.1.2.2 Sanktionsdirektivet

Direktiv 2004/48/EG (Sanktionsdirektivet) togs fram i ljuset av de digitala framstegen för att harmonisera de europeiska sanktionssystemen för immaterialrätter och garantera en hög skyddsnivå för rättighetsinnehavare.¹⁰⁵ Det skulle vara implementerat till den 29 april 2006,¹⁰⁶ men det svenska förfarandet har dragit ut på tiden och utredningen färdigställdes under 2007. Direktivet innehåller bestämmelser om sanktioner och processuella förfaranden.¹⁰⁷ Att de europeiska ländernas grunder för skadeståndsberäkning skiljer sig åt var en av anledningarna till direktivets tillkomst.¹⁰⁸ Skadeståndsreglerna finns i kapitel 13. Inställningen till skadestånd är tydlig, framförallt genom att bestämmelserna inte är fakultativa: Finns det underlag för skadestånd skall rätten utdöma sådant. Det krävs dock en ansökan från den skadelidande parten. I den svenska versionen av direktivet anges att beloppet som fastställs skall vara lämpligt i förhållande till den skada som faktiskt uppkommit på grund av intrånget.¹⁰⁹

Den svenska utredningen som banar väg för implementeringen av Sanktionsdirektivet – Ds 2007:19 – har föreslagit en ändring av 54 § upphovsrättslagen som innebär en tydligare disposition över vad som kan utgö-

¹⁰⁰ Rosén, J., *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/20/EG*, s. 583

¹⁰¹ Olsson, H., *Copyright*, s. 331

¹⁰² Ds 2007:29 s. 32 f.

¹⁰³ Se prop. 2004/05:110 s. 55

¹⁰⁴ Rosén, J., *Upphovsrätten i med- och motvind*, s. 575

¹⁰⁵ Norrgård, M., *Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet*, s. 444

¹⁰⁶ Dir. 2004/48/EG, artikel 20

¹⁰⁷ Norrgård, M., *Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet*, s. 444 ff.

¹⁰⁸ Dir. 2004/48/EG, ingressen skäl 7

¹⁰⁹ Norrgård, M., *Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet*, s. 449 f.

ra underlag för ersättning. 54 § 2 st. upphovsrättslagen föreslås således framöver lyda:

”Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet, skall ersättning även betalas för den ytterligare skada som intrånget har medfört. När ersättningens storlek bestäms skall hänsyn särskilt tas till

- 1. utebliven vinst till följd av intrånget,*
- 2. vinst som intrångsgöraren har gjort till följd av intrånget,*
- 3. skada som hänförs till verkets anseende,*
- 4. ideell skada,*
- 5. intresset av att intrång inte begås.*

Andra stycket gäller även den som annars uppsåtligen eller av oaktsamhet vidtar åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse enligt 53 §.”

Den nya lydelsen (se avsnitt 3.1.3), som blir likalydande med bland annat motsvarande och samtidigt föreslagna paragrafer i mönsterskyddslagen, patentlagen och varumärkeslagen, skulle alltså innebära en kombination av upphovsrättslagens tidigare lydelse och den som togs fram till de andra immaterialrättsliga lagstiftningarna samt verka tydliggörande framförallt angående den ideella skadans betydelse. Vid beräkningen av skadeståndet skall alla relevanta omständigheter vägas in.¹¹⁰ Detta inkluderar negativa ekonomiska konsekvenser, otillbörlig vinst samt andra omständigheter som inte är av rent ekonomisk natur. Principen om full ersättning är djupt rotad på gemenskapsnivå, liksom på svensk nationell nivå (se nedan), och bestämmelserna strävar mot att rättighetsinnehavaren skall få full kompensation.

Förutom tydligare formuleringar i lagen förespråkar även direktivet, och den svenska utredningen om implementeringen av direktivet, ett förenklat förfarande för att få access till personuppgifter bakom ip-nummer som används för olaglig fildelning. (Det finns dock ingen uttrycklig skyldighet att införa sådana bestämmelser.) Detta skulle innebära att den tystnadsplikt som råder enligt 6 kap. 20 § lagen om elektronisk kommunikation bryts. Det krävs dock inga lagändringar för att möjliggöra ett sådant förfarande.¹¹¹ Promusicae-fallet medförde en något förtydligad bild av rättsläget, men i den stora frågan lämnade domstolen över frågan till de nationella domstolarna. Det finns dock inget hinder enligt EG-rätten att lägga en skyldighet på Internetleverantören att lämna ut personuppgifterna.¹¹²

3.1.3 Ersättning enligt upphovsrättslagen

Intrång i upphovsrätten kan medföra skada på ett flertal sätt, bland annat genom försäljningsminskning, good will-skada och prisfall. Bestämmelserna om ersättning träder in vid obehörigt utnyttjande av en upphovsrätt eller när någon på annat sätt gör intrång i upphovsrätten.¹¹³

¹¹⁰ Dir. 2004/48/EG, artikel 13.1 a

¹¹¹ Ds 2007:19 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område*, s. 182

¹¹² C-275/06

¹¹³ Olsson, H., *Copyright* s. 328

En upphovsrättsinnehavare kan i dagsläget kompenseras för ett upphovsrättsintrång på två sätt. Båda regleras i 54 § upphovsrättslagen, genom skäligt vederlag enligt 1 st. och genom skadestånd enligt 2 st.¹¹⁴ (Tredje stycket utlämnas här då det inte behandlar skadestånd som är relevant för fildelning.)

54 § Den som i strid mot denna lag eller mot föreskrift enligt 41 § andra stycket utnyttjar ett verk skall till upphovsmannen eller hans rättsinnehavare betala ersättning, utgörande skäligt vederlag för utnyttjandet.

Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet, skall ersättning även utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, liksom för lidande eller annat förfång.¹¹⁵

Förutom de för upphovsrätt specifika reglerna tillämpas även allmänna skadeståndsrättsliga principer i skadeståndslagen.¹¹⁶

En allmän skadeståndsrättslig princip som är av stor vikt både vid beräkningen av skadeståndet och för synen på skadeståndets funktion i samhället är principen om full ersättning. Denna innebär att den skadelidande skall bli helt kompenserad för intrånget, så som om det aldrig inträffat. I det upphovsrättsliga intrånget inkluderar detta att såväl ekonomisk som ideell förlust måste ersättas.¹¹⁷

Man skiljer mellan två olika element vid ersättningsbedömningen. Upphovsrättsinnehavaren skall bli kompenserad för det olovliga nyttjandet oavsett god tro. Om intrånget dessutom skett med uppsåt eller oaktsamhet skall ytterligare compensation utgå.¹¹⁸

3.1.3.1 Ersättning enligt 54 § 1 st.

Vid intrång i upphovsrätt är utgångspunkten att rättighetsinnehavaren alltid skall bli skäligt kompenserad för utnyttjandet av hans verk. I 54 § 1 st. upphovsrättslagen konstateras det att utnyttjaren skall betala skäligt vederlag, även om utnyttjandet i realiteten inte inneburit en förlust för rättighetshavaren.¹¹⁹ Ersättningsregeln är alltså inte direkt reparativ.¹²⁰ Första stycket anses därför bättre uttryckas som en ”mekaniskt verkande vederlagsregel”, snarare än ett skadestånd.¹²¹ Detta underströks i NJA 1998 s. 633 där domstolen konstaterade att det inte får bli lönsamt att räkna med ett intrång.¹²² Ersättningsansvaret är strikt, alltså oavsett god tro eller om intrånget varit uppsåtligt eller oaktsamt. Upphovsrättsinnehavaren skall alltid bli skäligt kompenserad och nyttjaren som olovligen begagnar sig av verket skall inte komma lindrigare undan än en som lovligt utnyttjar verket.¹²³

¹¹⁴ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 226

¹¹⁵ 54 § 1-2 st. lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

¹¹⁶ Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 526

¹¹⁷ Radetzki, M., *Praktisk skadeståndsbedömning*, s. 53

¹¹⁸ *Copyright* s. 328 f.

¹¹⁹ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 227

¹²⁰ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 319

¹²¹ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 227

¹²² NJA 1998 s. 633 (Jahab)

¹²³ Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 526

Skäligt vederlag kan i allmänhet sägas uppgå till motsvarande licensavgift, om en frivillig sådan hade tecknats före användandet av verket.¹²⁴ Beräkningen av vederlaget kan emellertid vara besvärligt då det rör sig om att uppskatta mycket varierande belopp med flera variabler inblandade. Ofta används en reell eller fiktiv licensavgift som utgångspunkt. Det är dock viktigt att påpeka att varje bransch har olika licenser och därmed blir det mycket varierande ersättningsnivåer. På vissa områden finns speciellt framtagna tariffer till domstolens hjälp. Domstolen har i slutändan, enligt 35 kap 5 § rättegångsbalken, möjlighet att vid otillräcklig bevisning uppskatta skadan och därigenom komma fram till en lämplig ersättning.¹²⁵

3.1.3.2 Ersättning enligt 54 § 2 st.

Upphovsrättsregleringen skiljer sig alltså från merparten av de övriga immaterialrättsliga sanktionssystemen genom att kompensation alltid utgår, oavsett god tro. Om intrånget skett med uppsåt eller med oaktsamhet skall skadestånd utgå för andra förluster än för att täcka ett skäligt vederlag.¹²⁶ Graden av oaktsamhet behöver inte vara grov, normalgraden är tillräcklig.¹²⁷ Av naturliga skäl är det svårare att visa uppsåt än oaktsamhet. Att det är tillräckligt med oaktsamhet kan ses som en fingervisning från lagstiftaren om värnandet och stödet för upphovsrätten.¹²⁸

Skadeståndsbedömningen utgår från två huvudfrågor; om upphovsrättsinnehavaren har rätt till skadestånd och där så är fallet hur stort skadeståndbelopp som skall utdömas. Vid bedömning av skadestånd i allmänhet är skadeståndslagen tillämplig. Enligt 1 § skadeståndslagen skall dock lagen inte tillämpas när det finns andra föreskrifter. Som redan påpekats regleras skadestånd i 54 § upphovsrättslagen. Skadeståndslagen får ändå betydelse för bedömningen då regleringen i upphovsrättslagen följer skadeståndslagen resonemang och i stort enbart avviker från de allmänna principerna för att klargöra specifika fall.¹²⁹

Skadeståndsansvar förutsätter skada som i upphovsrättslagen definieras som antingen ”förlust” eller ”lidande och annat förfång”. Ansvarssubjektet utgörs av intrångsgöraren som måste kunna identifieras för att en tvist skall komma till stånd. Intrångsgöraren kan vara en juridisk eller fysisk person.

Intrång enligt 2 st. består i att verket utnyttjats utan upphovsrättsinnehavarens godkännande och kan antingen utgöras av framställande av exemplar eller ett tillgängliggörande för allmänheten.¹³⁰

Precis som i skadeståndslagen finns ett allmänt krav på adekvat kausalitet i upphovsrättslagen¹³¹ som innebär att det skall föreligga skada som uppkommit på grund av intrånget. Skadan skall dessutom ha varit en adekvat, det vill säga en naturlig, följd av intrånget. Kravet på adekvat

¹²⁴ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 320

¹²⁵ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 225-229

¹²⁶ Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 526

¹²⁷ Olsson, H., *Copyright* s. 329

¹²⁸ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 321

¹²⁹ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 229

¹³⁰ *Ibid*, s. 232

¹³¹ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s. 510

kausaltet uppmärksammas dock inte i någon hög grad i upphovsrättsliga sammanhang, till skillnad från i den allmänna skadeståndsrätten. Detta skulle kunna ha sin förklaring i att orsaksförhållandet mellan intrång och skada i praxis än så länge inte slutligt avgjorts.¹³²

En av grundpelarna för att ett skadestånd skall utgå är de subjektiva förutsättningarna i form av uppsåt eller oaktsamhet. För uppsåtsbedömningen är intrångsgörarens inställning det avgörande, där åtminstone likgiltighet inför risken att bryta upphovsrättslagens regler krävs. Viss kunskap om att åtgärden innebär ett intrång i en existerande ensamrätt fordras därmed.

Ansvar uppkommer enligt upphovsrättslagen även vid oaktsamhet och därför är det ofta det begreppet som diskuteras om uppsåt förnekas, snarare än att upphovsrättsinnehavaren söker bevisa uppsåt. Oaktsamhet baseras på en jämförelse av intrångsgörarens beteende och normalt beteende. En person som har för avsikt att utnyttja ett verk har en undersökningsplikt. Detta framgår bland annat av rättsfallet NJA 1993 s. 263 som gällde ändring av ursprungsritningar. Undersökningsplikten kan inom upphovsrätten föranleder en del svårigheter, eftersom det i upphovsrätten inte finns en registreringsprocess som inom andra immaterialrättsliga områden. Därför skickar upphovsrättsinnehavaren i regel ut ett varningsbrev till potentiella intrångsgörare, vartefter dessa har svårt att hävda god tro. Undersökningsplikten omfattning varierar beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan finnas omständigheter som skäligen borde medföra att nyttjaren av verket ytterligare undersökt rättigheterna runt om verket, exempelvis lågt pris.¹³³ Särskilda krav ligger naturligtvis på näringsidkare i samma bransch som upphovsrättsinnehavaren, vilket visats i NJA 1995 s. 164 (se nedan). Fallet gällde ett mönster till en tunika som publicerats i *Damernas Värld*. Undersökningsplikten skall bland annat omfatta leverantören och risken för upphovsrättsintrång. Samma fall konstaterade dock att undersökningsplikten för personer i samma bransch inte omfattar publicering som riktar sig enbart till konsumenter, inte ens om det gäller publicering i den största modetidningen i Sverige.¹³⁴ Det mest effektiva medlet för upphovsrättsinnehavare torde fortfarande vara varningsbrevet.¹³⁵

3.1.3.2.1 Beräkning av skadestånd

De svenska skadestånden kan te sig obetydliga i jämförelse med de gigantiska skadestånd som utdelas på andra sidan Atlanten, eller rent av i Danmark, se nedan. Det svenska systemet är i hög grad byggt på tanken av reparativ effekt. Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer skall skadeståndet anpassas efter skadan för att åstadkomma full ersättning. Den skadelidande skall alltså försättas i samma position som han var innan skadan inträffade.¹³⁶ Principen om full ersättning används således även när det gäller

¹³² Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 234 f.

¹³³ *Ibid*, s. 235 ff.

¹³⁴ NJA 1995 s. 164 (Tunikamålet)

¹³⁵ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 239

¹³⁶ Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 526

ersättning enligt upphovsrättslagen.¹³⁷ Samma princip har även fått ta allt större utrymme även internationellt i samband med TRIP:s-avtalet.¹³⁸

Den svenska skadeståndsrätten bygger emellertid samtidigt på att den skadelidande inte skall överkompenseras.

Som framgår av 54 § upphovsrättslagen utgår skadestånd inte enbart för ekonomisk skada, utan även för ideell skada.¹³⁹ Att skadeståndet även syftar till att gottgöra ideell skada har tidigare varit unikt för upphovsrätten inom det immaterialrättsliga området.¹⁴⁰ I upphovsrättslagens nuvarande lydelse uttrycks detta som att ersättning även skall ”utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, liksom för lidande eller annat förfång”¹⁴¹. Som ovan framgått föreslås en ny lydelse av denna regel.

Eftersom bevisvärderingen är särskilt svår i många immaterialrättsliga fall har domstolen möjlighet enligt 35 kap 5 § rättegångsbalken att göra en uppskattning av skadans omfattning och därmed även en uppskattning på skadeståndets storlek. En sådan uppskattning får dock enbart ske om upphovsrättsinnehavaren ställts inför uppenbara bevissvårigheter.¹⁴² Det är viktigt att påpeka att praxis visat att även om bevisbördan lättas något genom regeln i rättegångsbalken måste käranden bistå med skälig bevisning, annars kan inte bevislätnadsregeln utnyttjas.¹⁴³ Domstolen skall alltså även göra en uppskattning av bevissituationen för att kunna tillämpa 35 kap. 5 § rättegångsbalken.¹⁴⁴

3.1.3.2 Förlust

Ersättning kan, vid uppsåtligt eller oaktsamt intrång, utgå för ”annan förlust än uteblivet vederlag”, av vilket följer att den skadelidande måste ha lidit någon slags förlust. Vanligen benämns detta ekonomisk skada.¹⁴⁵ Beräkningen av förlusten görs genom en sammanvägning av de kostnader och inkomster som uppkommit på grund av intrångsgöraren.¹⁴⁶ Det finns grovt sett tre förlustkategorier; avsättningsförlust, marknadsskada och intern förlust.¹⁴⁷

Avsättningsförlust behandlar en typ av inkomstförlust, förlo-rad försäljning. För att beräkna skadeståndets storlek multipliceras antalet förmodade enheter som ej sålts med ett täckningsbidrag. Bidraget räknas fram genom skillnaden mellan intäkter och kostnader vid försäljning av ett exemplar. Antalet enheter är det antal enheter som upphovsrättsinnehavaren faktiskt kunnat uppnå. Avsättningsförlusten uträknas därmed helt utan hän-syn till intrångsgörarens faktiska omsättning och vinst. Intrångsgörarens

¹³⁷ Prop. 1993/94:122 *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*, s. 50

¹³⁸ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 240

¹³⁹ *Ibid*, s. 240

¹⁴⁰ Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*, s. 536 f.

¹⁴¹ 54 § 2 st. upphovsrättslagen

¹⁴² Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 241

¹⁴³ NJA 2005 s. 180 (Gastro Maxprodukter)

¹⁴⁴ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 240 f.

¹⁴⁵ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 322

¹⁴⁶ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 241

¹⁴⁷ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 322

produkter kan nämligen skilja sig avsevärt från originalprodukten i både form, kvalitet och pris.¹⁴⁸

I många fall sammanfaller avsättningsförlusten till viss del med skäligt vederlag som utbetalas enligt 54 § 1 st. upphovsrättslagen. För att avsättningsförlusten skall kunna kompenseras måste därför eventuellt utbetalt skäligt vederlag (se ovan) dras från det uträknade täckningsbidraget. Resterande summa utgår sedan som skadestånd.¹⁴⁹

Förlustkategorin marknadsskada behandlar skada som tillfogats verkets image och därmed försämrat det mervärde som byggts upp kring verket. Även i den här kategorin handlar det om försäljningsförlust, i det här fallet om försäljningsbortfall på grund av skadad image. Detta är en svårstyrkt kategori och 35 kap. 5 § rättegångsbalken används frekvent vid fastställning av skadeståndet. Avräkning skall ske, precis som vid skadeståndsberäkning vid avsättningsförlust, för skada som korresponderar med det tidigare utbetalade skäliga vederlaget. Försäljningsförlusten måste även avse det verk som intrånget berör, annars skall avräkning ej ske.

Den tredje förlustkategorin, intern förlust, avser de kostnader som uppkommit för upphovsrättsinnehavaren i samband med undersökningar för att konstatera intrånget.¹⁵⁰ Högsta domstolen har liknat ersättningen vid de rättegångskostnader som vanligtvis betalas av den förlorande parten, exempelvis i NJA 1986 s. 702 rörande demonstrationsmusik.¹⁵¹ Det nämnda rättsfallet skall dock inte anses vägledande i alltför hög grad då Högsta domstolen i flera andra mål underlåtit att i liknande fall utdöma skadestånd. Under samma kategori faller även förlust på grund av uteblivet utnyttjande av inköpt produktionsmaterial. Till skillnad från vad som gäller de andra förlustkategorierna skall ingen avräkning på grund av utgivet skäligt vederlag ske.¹⁵²

Principen om full ersättning innebär att all förlust och alla utgifter den skadelidande har haft på grund av intrånget skall ersättas och de ovan nämnda kategorierna är inte heltäckande. En förlustpost som riskerar att falla utanför kategorierna är utläggerna den skadelidande har för att minimera skadeverkan så mycket som möjligt när intrånget väl är upptäckt. Slutsatsen är trots kategoriernas begränsning att all förlust skall ersättas.¹⁵³

3.1.3.2.3 Ideell skada

Enligt förarbetena till upphovsrättslagen avses med ”lidande och annat förfång” i 54 § 2 st. ersättning för personligt obehag och olägenheter.¹⁵⁴ Detta brukar även betecknas som icke-ekonomisk eller ideell skada.¹⁵⁵ Vad som krävs för att skadestånd skall utgå för ideell skada är dock inte mer uttryckligt definierat. Rättspraxis har visat att omständigheterna kring intrånget, såsom uppsåt och oaktsamhet, och arten på verket som har påverkats har

¹⁴⁸ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 242 f.

¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 243 f.

¹⁵⁰ *Ibid.*, s. 244 ff.

¹⁵¹ NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik)

¹⁵² Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 246 f.

¹⁵³ *Ibid.*, s. 247

¹⁵⁴ Prop 1960:17 s. 290

¹⁵⁵ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 323

betydelse i avvägningen. Exempelvis har Högsta domstolen uttalat att en djupare koppling mellan upphovsrättsinnehavare och verket skall finnas. Det är exempelvis inte fallet med en ordinär tidningsartikel. Med tanke på det så kan vissa rättigheter särskilt komma i fråga för ideell skada.¹⁵⁶

Vid uträkningen av skadestånd baserat på ideell skada används som regel 35 § 5 kap rättegångsbalken eftersom det i än högre grad än i ovan nämnda fall rör sig om skador som är svåra att objektivt bevisa. Ett schablonsystem likt det som används gällande ideella följder av personskada torde vara synnerligen svårframställt.¹⁵⁷

Rosén liknar det immaterialrättsliga skadeståndssystemet vid common law-ländernas rättspraxisbaserade system. Nästintill all skadeståndberäkning inom immaterialrätten baseras på rättspraxis eftersom det så sällan finns tillförlitliga tariffer eller licensavgifter.¹⁵⁸

Ideell skada har återigen aktualiserats efter utredningen som föregått implementeringen av direktiv 2004/48/EG. I direktivet anges uttryckligen ideell skada som ett underlag för skadestånd vid intrång i immateriella rättigheter. Upphovsrättslagens utformning möjliggjorde redan innan direktivet en sådan skadeståndsbedömning, men endast efter en tolkning. Direktivet strävar efter en klarare lagstiftning vilket uppmärksammas av utredningen. Därmed borde det i fortsättningen uttryckligen anges i lagen att ideell skada räknas som underlag. I själva verket är det inget mer än en omdöpfung av redan existerande regler. Trots att de immaterialrättsliga reglerna blir mer enhetliga och tydligare genom användandet av begreppet ideell skada återstår fortfarande tolkningen av själva begreppet. Detta ankommer ytterst på EG-domstolen.

3.1.4 Ideell skada enligt andra immaterialrättsliga lagstiftningar

54 § upphovsrättslagen har som nämnts ovan från början innehållit en bestämmelse som berättigar upphovsrättsinnehavaren ersättning för ideell skada under formuleringen att ersättning skall utgå även ”för annan förlust än uteblivet vederlag”. Under 1980-talet infördes likartade formuleringar bland andra immaterialrättsliga lagstiftningar, med 58 § patentlagen i spetsen.¹⁵⁹ Enligt skall ”hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse”. Snarlika lydelse återfinns i varumärkeslagen (38 § 1 st.), mönsterskyddslagen (36 §) samt firmalagen (19 § 1 st.). Ersättning skall kunna utgå i relation till graden av skuld hos intrångsgöraren. Relationen mellan rättighetshavare och intrångsgörare skall även spela in i bedömningen. Trots upphovsrättslagens tidiga markering på området ideell skada ter det sig som om de industriella rättsskydden erbjuder starkare skydd just för den ideella skadan, medan upphovsrättslagens skydd är starkare gällande skäligt vederlag.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 248 f.

¹⁵⁷ *Ibid*, s. 249 f.

¹⁵⁸ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 315 ff.

¹⁵⁹ Se prop 1985/86:86 om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.

¹⁶⁰ Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, s. 324

Som framgått kommer utredningens förslag att innebära att alla de immaterialrättsliga skadeståndsbestämmelserna blir likalydande.¹⁶¹

3.2 Skadeståndets funktioner

3.2.1 Reparativ funktion

Det mest allmänt accepterade syftet med ett skadestånd, som också är det som mest framkommit i framställningen ovan, är utan tvekan den reparerande funktionen. Upphovsrättslagens förarbeten återkommer upprepade gånger till att domstolarna skall utdöma skadestånd som till fullo täcker skadorna. Likväl anses av många att skadestånden enligt upphovsrättslagen är för låga. Eftersom förarbetena och därmed även lagstiftningen har givit domstolarna goda möjligheter att utdöma fullt tillräckliga skadestånd måste anledningen till att en upphovsrättsinnehavare stundtals underkompenseras i förhållande till den påstådda skadan finnas i någon annan del av processen. Ett exempel är bevisningskravet, som i många fall är så svårt att bemöta att för att domstolarna skall kunna upprätthålla rättssäkerheten fullt kompensande skadestånd inte kan utgå i sådana fall.¹⁶²

3.2.2 Preventiv funktion

Skadestånd i allmänhet sägs även ha en allmänpreventiv funktion, det vill säga en avskräckande effekt. I upphovsrättsliga fall skulle det dock krävas en så markant höjning av skadestånden för att åstadkomma den eftersträvade preventiva effekten att det kan hävdas att det inte skulle vara rimligt. Den preventiva effekten uppnås i så fall betydligt lättare och effektivare med straffrättsliga medel. Det resonemanget är dock avhängigt av att det finns tillräckliga polis- och åklagarresurser till förfogande.¹⁶³

Dagens trend att skadeståndsansvaret omfattas av en ansvarsförsäkring har simultant förstärkt respektive försvagat skadeståndets syften. Den reparativa funktionen har stärkts eftersom försäkringen i hög grad garanterar att den skadelidande blir kompenserad samtidigt som den preventiva funktionen försvagas genom att risken att den skadevällande får utge ett för den egna ekonomin kännbart skadestånd minskat.¹⁶⁴

I och med implementeringen av Sanktionsdirektivet närmar sig de olika europeiska ländernas skadeståndsregleringar varandra. Med detta öppnas även en möjlighet för en omtolkning av skadeståndets funktion inom immaterialrätten mot ett mer preventivt syfte, eftersom omständigheterna som kan läggas till grund för en skadeståndsberäkning utökas och tydliggörs. Det är dock tydligt angett i ingressen att syftet med direktivet inte är att skapa straffrättsliga skadestånd.¹⁶⁵ Till skillnad från det strikt reparativa skadestånd som föreskrivs i den slutgiltiga versionen av Sanktionsdirektivet,

¹⁶¹ Se Ds 2007:19

¹⁶² Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, s. 252 f.

¹⁶³ *Ibid.*, s. 252 ff.

¹⁶⁴ Radetzki, M., *Praktisk skadeståndsbedömning*, s. 9

¹⁶⁵ Dir. 2004/48/EG, ingressen skäl 26

innehöll det ursprungliga förslaget en bestämmelse som innebar att ersättningen vid intrång skulle som utgångspunkt beräknas från två gånger den gällande licensavgiften. Slutresultatet blev dock, som ovan visats, att utgångspunkten istället är enbart den gällande licensavgiften.¹⁶⁶

Skadeståndets preventiva funktion i allmänhet har diskuterats under lång tid och intensivt och möjligheten att motverka intrång genom skarpa sanktioner är lockande. För att en sanktion skall ha en preventiv effekt måste dels de potentiella intrångsgörarna se risken att bli påkomna som överhängande eller åtminstone tänkbar och dels vara kännbar.¹⁶⁷

Faran med för låga skadestånd är framförallt att man riskerar att det blir fördelaktigt att kalkylera med intrång. Det resonemanget fördes även under 1980-talet gällande patentlagens sanktionssystem när man argumenterade för avsevärt höjda skadestånd, i såväl reparativt som preventivt syfte. Förslaget var att det skulle bli möjligt att ta hänsyn till andra omständigheter än av rent ekonomisk natur vid beräkningen av skadestånd för patentintrång. Liksom i diskussionerna kring Sanktionsdirektivet konstaterades att ett skadestånd gärna kunde uppgå till två eller flera gånger licensavgiften istället för en rent reparativ ersättning. Rätten till ersättning för ideell skada enligt det upphovsrättsliga skyddet hänger samman med den personliga koppling som upphovsmannen har till sitt verk, något som inte är självklart i patenträtten. Personlig kränkning underlättar argumentationen kring ideell skada, liksom om parterna inte är jämbördiga, exempelvis om intrångsgöraren är ett betydligt större företag jämfört med rättighetshavaren.¹⁶⁸ I fildelningsfallet är det emellertid ofta tvärtom. Genom att gå med i organisationer som till exempel STIM placerar rättighetshavaren sig i en starkare position i jämförelse med fildelaren.

Vid beslut om hur sanktionerna i en specifik lag skall se ut måste lagstiftaren se till vem det är som i regel begår intrång. Upphovsrättslagen och patentlagen har tydligt olika objekt de riktar sig till. Sannolikheten att en enskild person begår ett patentintrång är försvinnande låg. Antalet upphovsrättsintrång bland just enskilda personer har emellertid genom fildelning ökat markant.

Skadeståndets funktion bör övervägas särskilt i tider då den digitala utvecklingen accelererar. För en mycket liten eller ingen kostnad kan vem som helst sprida upphovsrättsskyddat material till ett stort antal mottagare. Skadeståndet skall idag ge upphovsrättsinnehavaren en möjlighet till kompensation för intrång. När antalet intrång stiger lavinartat, som situationen ser ut just nu, krävs det dock mer än enbart en möjlighet till kompensation. Varje intrång motsvarar nämligen en potentiell rättstvist som kan dra ut på tiden och dessutom kosta samhället pengar. Antalet intrång måste därför minska. Det enskilda intrånget är dessutom sällan särskilt omfattande och varje rättstvist blir därför ganska verkningslös. Möjligheten till ett preventivt skadestånd skulle kunna ha en positiv inverkan i kampen mot färre intrång.

¹⁶⁶ Norrgård, M., *Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet*, s. 450

¹⁶⁷ Hellner, J., Radetzki, M., *Skadeståndsrätt*, s. 42 ff.

¹⁶⁸ Prop 1985/86:86 s. 29 f.

3.3 Arbetsrättens allmänna skadestånd

Det kan i sammanhanget vara intressant att jämföra förhållandet till skadestånd på ett annat område, nämligen det arbetsrättsliga. Den arbetsrättsliga regleringen innehåller sedan 1928¹⁶⁹ bestämmelser om ett så kallat allmänt skadestånd. Detta ideella skadestånd har utvecklats under hela 1900-talet och genom att Arbetsdomstolen har skapat en praxis för hur stora belopp som skall utdömas.

Regler om ekonomiskt och allmänt skadestånd finns numera i ett stort antal arbetsrättsliga lagar.

Som ett exempel kan nämnas 38 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Enligt denna paragraf skall en arbetsgivare som bryter mot lagen betala lön och andra anställningsförmåner och ersättning för skada. Skadeståndet kan avse både ersättning för den förlust som uppkommer och för den kränkning som lagbrottet innebär, alltså ett allmänt skadestånd utöver det rent ekonomiska skadeståndet. Om en arbetstagare exempelvis avskedas på felaktiga grunder får denne kompensation för utebliven lön, men kan också utkräva ett allmänt skadestånd som kompenserar för den kränkning det innebär för arbetstagaren att mista arbetet.¹⁷⁰ Skadeståndet fungerar även som en avskräckande faktor för arbetsgivare. I den debatt som följde tillämpningen av skadeståndsreglerna i 1974 års anställningsskyddslag påpekades från arbetstagarsidan att den viktigaste funktionen hos det allmänna skadeståndet var den preventiva effekt det kunde ha på arbetsgivare att inte bryta mot anställningsskyddsreglerna och att det därför var särskilt viktigt att skadeståndsbeloppen inte uppgår till för små belopp.¹⁷¹ En felaktig uppsägning kan kosta upp emot 100 000 kronor.¹⁷² Den preventiva effekten är alltså uttalad i den arbetsrättsliga skyddslagstiftningen.

Det arbetsrättsliga skadeståndet har legat till grund när de moderna immaterialrättsliga skadeståndsbestämmelserna utformades. Detta skedde först genom 1986 års ändringar i patentlagen.¹⁷³

Enligt min mening finns här en möjlighet att utveckla ett liknande system på det immaterialrättsliga området och att fildelningsituationen hade förbättrats avsevärt av en sådan åtgärd. Jag noterar dock att detta, som framgått i föregående avsnitt, inte tillåtits få något genomslag.

3.4 Skadeståndets storlek

Vid beräkning av skadeståndets storlek skall ”alla relevanta omständigheter” beaktas, vilket klargjordes i artikel 13.1 a sanktionsdirektivet 2004. I beräkningen ingår således både den faktiska ekonomiska skada som upphovsrättsinnehavaren lidit och eventuell ideell skada.¹⁷⁴

¹⁶⁹ 1928 års lag om kollektivavtal

¹⁷⁰ Lunning, L., *Kommentar till anställningsskyddslagen*, s. 471 f.

¹⁷¹ *Ibid*, s. 465 f.

¹⁷² *Ibid*, s. 282

¹⁷³ Prop 1985/85:86 s. 44

¹⁷⁴ Dir. 2004/48/EG, art. 13.1 a-b

3.4.1 Praxis

Utmärkande för upphovsrättsliga mål är att eftersom skyddet uppkommer formlöst och domstolen därmed inte kan luta sig på en tidigare bedömning av uppnådd verkshöjd fokus ofta ligger på huruvida alstret egentligen åtnjuter upphovsrättsligt skydd.¹⁷⁵

3.4.1.1 Hotel Mornington/Wellington

NJA 1980 s. 123 behandlade definitionen av offentligt framförande samt beräkning av ersättning. På två hotell tillhandahölls tv- och radioapparater i de 46 respektive 115 rummen. Radiosändningar har genom dessa apparater gjorts tillgängliga för hotellets gäster. Stim, som representerar upphovsmännen till musikverken som tillgängliggjorts via apparaterna, väckte talan mot hotellet för att få utdömt en avgift för de verk som genom sändningarna utnyttjades.

Både hovrätten och Högsta domstolen fann, till skillnad från tingsrätten, att det rörde sig om offentligt framförande och utdömde ersättning på 2 kronor per rum för 1975 och 2,25 kronor per rum för 1976. Ersättningen motsvarade de tariffer som Stim använde i sin beräkning av ersättning.

3.4.1.2 Bootleg

NJA 1984 s. 34, Bootlegmålet, gällde uppsåtligt upphovsrättsintrång av två personer som importerat och sålt såkallade bootlegskivor från Kanada i sin affär. Det yrkades dels ekonomiskt skadestånd och dels allmänt skadestånd för intrånget. Ekonomiskt skadestånd utgick för den faktiskt ekonomiska kompensations som undanhållits Nordisk Copyright Bureau (NCB) som förvaldade upphovsrättsinnehavarnas rättigheter. Gällande det allmänna skadeståndet fördes ett resonemang som baserades på att försäljning av illegalt framställda skivor är ägnad att utsätta originalprodukterna för förslitning. Domstolen påpekade att detta medförde negativa konsekvenser för upphovsrättsinnehavaren. Vidare konstaterades att det att de illegalt framställda skivorna generellt höll sämre kvalitet än originalprodukten. Tillsammans inverkar detta negativt på försäljningen för upphovsrättsinnehavaren, vilket i slutändan innebar en ekonomisk förlust utöver den som kompenseras genom det ekonomiska skadeståndet. Ett allmänt skadestånd på 15 000 kronor utgick därför. Eftersom det inte skett en utredning som konstaterade den exakta summan av den skada som orsakats använde domstolen sig av 35 kap 5 § RB och uppskattade istället skadan.¹⁷⁶

Bootlegmålet var ett viktigt avgörande för den fortsatta bedömningen av ideella skadestånd.¹⁷⁷

3.4.1.3 Madrassmålet

Madrassmålet, NJA 1985 s. 807, rör en journalist vid Göteborgs-Posten, som hade författat en artikel angående några felaktiga madrasser. En mad-

¹⁷⁵ Bengtsson, H., Lyxell, R., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s. 32 f.

¹⁷⁶ NJA 1984 s. 34

¹⁷⁷ Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar*, s. 515

rasstillverkare, Nowolin, använde sig sedan av den publicerade artikeln som underlag för att producera en annons som skickades ut till inköpare. Annonsen bestod av artikeln med en påskrift som meddelade att artikeln inte gällde Nowolins madrasser. Journalisten väckte med anledning av detta talan gentemot Nowolin och yrkade dels skadestånd för olovligt nyttjande, 1000 kronor, och dels ideellt skadestånd, 5000 kronor. De 1000 kronor som var en ersättning för nyttjandet utdömdes Nowolin att betala, något de i praktiken redan hade gjort.

Målet fokuserar framförallt på det ideella skadeståndet. Journalisten hävdade att eftersom det finns vissa allmänna regler om att en journalist inte skall utforma sitt material som reklam innebär Nowolins användande av artikeln i just det syftet en kränkning gentemot henne. Domstolen kom emellertid till slutsatsen att eftersom det klart framgick att det var ett tillägg som var gjort av Nowolin och inte fanns något som gav läsaren uppfattningen att journalisten medverkat kan ideellt skadestånd bli aktuellt och lämnade därmed talan utan bifall.¹⁷⁸

Målet visar på den svårighet som det innebär att bevisa en eventuell ideell skada. De sammanlagda omständigheterna kunde inte anses påvisa skada.

3.4.1.4 Journalistavtalet

NJA 1993 s. 390 behandlar en journalists artikel som utnyttjats av en tidning utan godkännande från upphovsmannen. Artikeln återgav händelser som inträffat på ett förbunds fullmäktige. Journalisten krävde att tidningen skulle utge 5 000 kronor för ersättning för utnyttjandet av artikeln och 20 000 kronor ersättning för skada i anledning av intrång i hans upphovsrätt. Den publicerande tidningen hävdade att 200 kronor i och för sig var rimligt för utnyttjandet av artikeln. Trots att journalisten genom ett kollektivavtal överlät rätten till verket ansåg domstolen att upphovsmannen fortfarande hade rätt till ersättning. Domstolen utdömde 100 kronor som skäligt vederlag, med utgångspunkt i tidningens uppskattning, och konstaterade att trots att intrånget skett uppsåtligen och journalisten därmed haft rätt till ytterligare skadestånd skulle inget sådant utgå eftersom det inte var visat att det var praxis att upphovsmannens namn publicerades i samband med artiklar såsom den ifrågavarande.

3.4.1.5 Tunikan

Tunikamålet, NJA 1995 s. 311, behandlar en stickad tunika. Mönstret till tunikan hade publicerats i Damernas Värld med upphovsmannens tillstånd. Kort efter publiceringen såldes närmast identiska tunikor i CCI:s affär. Upphovsmannen yrkade på ersättning i form av skadestånd dels för utnyttjande av mönstret och dels för den kränkning det innebar att använda mönstret olovandes. Högsta domstolen, till skillnad från hovrätten, ansåg att faktumet att CCI flera gånger tidigare köpt varor av tillverkaren medförde att deras undersökningsplikt inte inkluderade att uttryckligen förhöra sig om eventuella upphovsrättskränkningar, och ansåg dessutom att CCI inte bort känna till publiceringen i Damernas Värld eftersom tidningen riktar sig till konsu-

¹⁷⁸ NJA 1985 s. 807

menter. Kravet på oaktsamhet för rätt till ytterligare kompensation utöver uteblivet vederlag och för kränkning hade därmed inte uppnåtts.

Ersättning för utnyttjandet beviljades av Högsta domstolen med 10 000 kronor, men eftersom uppsåt eller oaktsamhet ej kunde påvisas lämnades skadeståndskravet med avseende på kränkningen utan bifall.

3.4.1.6 Mediarkivet

I sammanhanget förtjänar också att nämnas även detta underrättsfall: Mediarkivmålet behandlade problemen med att fastställa rätt skäligt vederlag. En journalists artiklar hade av misstag publicerats i ett digitalt arkiv som var tillgängligt för allmänheten. För detta krävde han ersättning. Det fanns dock ingen praxis eller några tariffer på området elektroniskt tillgängliggörande, vilket i slutändan ledde till att domstolen tog större hänsyn till upphovsmannens intresse av att få ut ersättning än de ersättningsnivåer som Mediarkivet använde sig av i sin verksamhet. Slutligen fastställdes vederlaget till 20 procent av det normala tidningsarvodet. Man tog även hänsyn till den relativt snäva krets som artiklarna tillgängliggjordes för.¹⁷⁹

3.4.1.7 Slutsats

Rättsfallen visar på svårigheten att utfå kompensation för intrång. Detta beror bland annat på att det är svårt att fastställa vederlagets och skadeståndets storlek och att det i realiteten ofta leder till att det utdöms enbart symboliska summor.

¹⁷⁹ Stockholms TR 2004-11-15 (Mediarkivet)

4 Kompensationsalternativ

4.1 Ersättningsmodeller

4.1.1 Skadestånd

Det är tydligt att sanktionerna för upphovsrättsintrång inte är effektiva mot fildelningen. Intrången är många och omfattande. Det finns få avgjorda mål på området och lagstiftningen är än så länge inte helt tydlig med hur ersättningen skall utgå. I dagsläget går rättighetshavarna förlorande ur striden. Intrången är så många och så omfattande att det inte är rimligt att anta att det är möjligt att ställa ens en liten del av de illegala fildelarna inför rätta. Slutsatsen måste bli att intrången måste minska. Annars kan upphovsmännen aldrig bli kompenserade. Sanktionerna måste därför förändras och förtydligas. En möjlighet är att låta skadestånden få en mer preventiv karaktär, jämför avsnitt 3.4.

Det skadestånd som regleras i 54 § upphovsrättslagen och som i och med Sanktionsdirektivet blir tydligare i sin utformning är enligt förarbeten och EG-direktiv ett klart reparativt skadestånd. Den svenska lagstiftaren har uttryckt i de tydligaste ordalag att ett preventivt skadestånd inte har plats i den svenska lagstiftningen. Det kan dock argumenteras att rättssystemet redan har drag av preventiv skadeståndsrätt. Upphovsrättslagen har sedan dess tillkomst en bestämmelse som möjliggör kompensation för lidande och annat förfång. Avsikten med formuleringen är att ersätta upphovsmannen för all skada. I det resonemanget finns redan en dragning åt ett preventivt skadestånd.

För att få önskad effekt av lagstiftningen måste lagstiftaren utgå från den faktiska verkligheten och de värderingar som finns i samhället. För individen i det här fallet väger inte de immaterialrättsliga värderingarna med ensamrätten i fokus tungt. Istället ser individen till den egna nyttan. Vid illegal nedladdning erhåller konsumenten en produkt gratis, vilket innebär ett för konsumenten upplevt mervärde. Detta måste vägas mot den totala förväntade faktiska kostnaden av nedladdningen. Då själva nedladdningen är gratis ligger hela den förväntade kostnaden i de eventuella juridiska efterverkningarna. Fokuserar man på skadeståndet är detta en enkel funktion av sannolikheten att bli fälld multiplicerat med ett förväntat skadestånd. För att förhindra nedladdning måste denna förväntade kostnad vara större än det förväntade mervärdet vid nedladdning.

Avsevärt höjda skadestånd hade haft en preventiv effekt och dessutom kompenserat rättighetshavarna.

Rättighetshavarna måste också få en ökad möjlighet att väcka civilrättslig talan mot enskilda illegala fildelare. Det finns inte nog resurser hos den polis och åklagare för att identifiera och åtala enskilda fildelare. Det är inte heller någonting som bör eftersträvas.

Ett annat sätt är att göra det möjligt för upphovsmännen att få tillgång till personuppgifter bakom ip-adresser som används för illegal fildelning. Ett steg i den riktningen togs i den debattartikel som publicerades i

Svenska Dagbladet, skriven av justitieminister Beatrice Ask och kulturminister Lena Adolphson Liljeroth, där det konstaterades att regeringen har för avsikt att det skall bli möjligt att efter ett domstolsbeslut lämna ut personuppgifter bakom ip-nummer.¹⁸⁰ Den olagliga fildelningen är så utbredd att det krävs mer ingripande åtgärder att tillgå för rättighetshavarna för att komma närmre en lösning av problemet och en möjlighet att anonymisera intrångsgörarna spelar i det fallet en framträdande roll. I ett ökat tillgängliggörande av de civilrättsliga sanktionerna för intrång för rättighetshavaren är en skyldighet för Internetleverantörerna att lämna ut personuppgifter av stor vikt. Skyldigheten är emellertid inte helt okontroversiell. Ett ingripande i den personliga integriteten som en skyldighet att lämna ut uppgifterna skulle utgöra kan vara motiverat av skäl för att skydda upphovsrätten. Det är även viktigt att ett sådant ingrepp inte medför att rättighetshavaren får möjlighet att driva en straffrättslig talan med fängelse som påföljd då detta vore en alltför långtgående påföljd. Det svenska förslaget att skyldigheten enbart skall föreligga efter domstols föreläggande är visserligen tidskrävande, men innebär också en ökad respekt för den personliga integriteten vilket kan vara av avgörande betydelse för att förankra förslaget hos allmänheten. Utöver det skall Internetanvändaren i fråga dessutom ha rätt att få veta om uppgifter om honom har lämnats ut. De inslagen torde vara så pass förmildrande att intrånget i den personliga integriteten kan accepteras.

4.1.2 Skatt

För att möjliggöra skapandet av ett hållbart system måste man se utanför sanktionssystemet. En icke-avtalsbaserad ersättning, exempelvis en skatt eller tvångslicens, skulle kunna erbjuda en möjlighet till en rättvis ersättning för upphovsmännen.

Ersättningen skulle kunna vara schablonbaserad, liknande den kassettersättning som idag baseras på 26 k-m § upphovsrättslagen. Med en sådan ersättning skulle nedladdningen kunna släppas mer eller mindre fri. De som framförallt propagerar för en sådan ersättning anser att en ensamrättskonstruktion med ett individuellt medgivande inför varje utnyttjande inte är kompatibel med det omfattande nedladdningssystemet.¹⁸¹

Ersättningen skulle kunna knytas till bredbandsoperatörerna och varje användare får betala en skatt eller avgift till operatören som sedan fördelas mellan upphovsrättsinnehavarna. Nackdelen med ett sådant system är, precis som den kritiserade kassettersättningen, att alla får betala, även de som inte använder sig av nedladdningsfunktionen. Det skulle antingen kunna vara en utökad form av kassettersättningen eller en tvångslicens. Båda modellerna innebär emellertid också en inskränkning av upphovsrättsinnehavarens ensamrätt. Den komplicerade rättighetskedja som idag följer med ett nyttjande av upphovsrättsligt skyddat material måste stå tillbaka och konsumenten måste få full tillgång till det köpta materialet.

Redan nu finns det inskränkningar i ensamrätten, exempelvis rätten att kopiera för eget bruk och i hanteringen av tillfälliga kopior. Den sist-

¹⁸⁰ Se *Kulturarbetare får stöd av domstol*, SvD 14 mars 2008

¹⁸¹ Ds 2007:29 s. 231 ff.

nämnda inskränkningen gjordes just för att underlätta överföring via Internet. Resonemanget kring de tillfälliga kopiorna visar att lagstiftaren är medveten om att lagstiftningen ibland måste utformas efter tekniken. Det beslutades redan vid upphovsrättslagens tillkomst att den skall vara teknikneutral. Avsikten måste vara att den även fortsättningsvis skall vara praktiskt tillämpbar och inte stelbent hindrande gentemot nya tekniska framsteg.

4.1.3 Licens

Ytterligare en möjlighet att kompensera upphovsmännen är att införa en frivillig licens. 40 procent av Internetanvändarna i Sverige är positiva till en frivillig licens genom vilken användaren kan ladda ned och lyssna till hur mycket musik denne vill.¹⁸²

Stim gick i februari 2008 ut med ett förslag om att Internetoperatörerna skall teckna avtal med Stim och därmed en licens för sina användare så att dessa på det sättet betalar för all eventuell musik de laddar ned.¹⁸³ Förslaget möttes av blandade reaktioner, men från Internetleverantörerna fanns en viss entusiasm. Bortsett från de tekniska och ekonomiska problemen som måste lösas blir det största problemet att det finns en risk att även de som inte nyttjar sin Internetuppkoppling till att ladda ned musik får betala, även om Stim framhåller att det är en frivillig avgift.¹⁸⁴

För att licenslösningen skall bli lastiftningsmässigt möjlig måste ett avtal ingås. En avtalslicens, efter den modell som finns i 3 a kap. upphovsrättslagen där flera licenser för exempelvis skolkopiering och vidare-sändning av verk av radio- och tv-utsändningar finns samlade skulle kunna utformas även för fildelning. Avtalslicensen innebär då att verket får utnyttjas. Förutsättningen är enligt 42 a § upphovsrättslagen att det ingås ett avtal om visst utnyttjande med en organisation som företräder ett flertal upphovsmän på området, till exempel Stim, och en Internetleverantör eller staten. Avtalslicensen ger då användaren rätt att utnyttja verken som avses med avtalet även om verkets upphovsman inte företräds av organisationen.

Licensen kräver även en lösning på hur beloppet skall uträknas. Stim nyttjar exempelvis för tillfället ett system som innebär att licenstagare rapporterar in vilken musik som spelas och efter detta distribueras ersättningen.¹⁸⁵ Detta torde vara ett alltför komplicerat system för ersättning för fildelningsdistribuerad musik då den inte på samma sätt kommer att vara kontrollerad. Det här dessutom redan nu visat sig genom några av de få fall som presenterats att en schablon är svårframställd.¹⁸⁶

4.2 Andra åtgärder

Det inte är tillräckligt att enbart skapa nya kompen-sationssystem för att eliminera det problem den illegala fildelningen idag utgör för enskilda upp-

¹⁸² Digital Music Usage and DRM, s. 34

¹⁸³ Se *Så kan nedladdning bli lagligt*, GP 7 februari 2008

¹⁸⁴ Se även *Stim vill se avgift på fildelning*, Sydsvenska DB 8 februari 2008 och *Svalt in-tresse för kravmärkt bredband*, 12 februari Dagens Juridik

¹⁸⁵ www.stim.se

¹⁸⁶ Se exempelvis Hotell Mornington/Wellington-fallet

hovsmän och samhället. Den illegala fildelningen måste minska och den legala öka. För att det skall bli verklighet måste även andra åtgärder sättas i verket.

4.2.1 Opinionsbildning

Eftersom branschen var så långsam med att uppfatta omfattningen av fildelningstrenden och därmed alltför sent kom ut med ett lagligt alternativ upplever nu upphovsrätten en allvarlig förtroendekris från allmänheten. Upphovsrättens funktion är inte längre självklar och måste återförankras innan den lagliga fildelningen kan vinna tillräcklig mark för att utmanövrera den illegala fildelningen. Medvetandet hos den enskilde medborgaren måste väckas och den allmänna vinst som uppkommer genom att man betalar för sin vara måste återinpräntas hos användarna. Immaterialrätten har samtidigt blivit alltmer komplex och utgör ett något svåröverblickat system, vilket säkert har bidragit till den skepticism som utvecklats hos allmänheten.¹⁸⁷ En samordnad gemensam informationskampanj från musikbranschen, myndigheter och användare om upphovsrättens funktion som incitamentskapare i kultur och samhälle skulle kunna vara en bra början. Det förekommer redan nu flera reklamkampanjer för att minska den illegala fildelningen och piratkopieringen, men gemensamt för dessa är att de är uppläxande och med stor sannolikhet inte når fram till målgruppen som mest frekvent fildelar illegalt, nämligen unga män.

4.2.2 Lagliga distributionsalternativ

Internet som distributionskanal för musik och film är en del av nutiden och framtiden. Det är en snabb, effektiv och okomplicerad procedur. Tyvärr är de illegala metoderna långt före de legala. De är snabbare, har ett bredare utbud och är billigare. Effekten av att de lagliga produkterna i många fall håller en högre kvalitet neutraliseras av att de istället innehåller krypteringar som begränsar användningen av filerna.

Rättighetshavarna måste gå samman, skivbolag och upphovsmän, och skapa hållbara och realistiska fildelningssajter med ett närmast heltäckande utbud. Det finns redan flera som uppmärksammat kallelsen. Under april månad gick en uppköpare ut och deklarerade att denne skulle ta upp kampen med Pirate Bay, fast med lagliga medel, utan kopieringsspärar.¹⁸⁸ Med en förenklad procedur, realistiska priser, färre (helst inga) spärar och krypteringar samt ett gediget utbud kan branschen vinna tillbaka sina lyssnare.

4.2.3 Samarbete

Vad som egentligen borde krävas är naturligen en mera gemensamt präglad insats. Alla borde ju rimligen ta sitt ansvar för hur samhället fungerar. Det

¹⁸⁷ Rosén J., *Immaterialrätten i informationssamhället. North–South, Open Source och Creative Commons – en vägande kritik mot ensamrätten?* s. 3

¹⁸⁸ Se *Ongame-miljardär utmanar Pirate Bay*

gäller rättighetshavarna och det gäller användarna. Det gäller också hur förhållandena framställs i medierna.

Eftersom det finns så många olika parter i den här diskussionen är det lätt att lägga över ansvaret på någon annan. Politikerna hänvisar till att skivbolagen och andra rättighetshavare måste ta sitt ansvar och dessa hänvisar i sin tur till att lagstiftningen inte fungerar. Samtidigt ropar användarna efter smidiga lagliga alternativ och när dessa inte finns att tillgå faller de tillbaka på den illegala fildelningen.

5 Avslutande kommentarer

5.1 Inledning

Det kan konstateras att fildelningsproblemet är utbrett och en viktig anledning är bland annat att olika grupper har skilda uppfattningar om upphovsrätt och illusioner om hur samhället och lagstiftningen fungerar.

Eftersom den typiske illegale fildelaren är en ung man i 19-årsåldern som laddar ned för sitt eget privata bruk, antagligen inte i alltför stor omfattning, blir varje identifiering och åtal inte bara omständlig utan även osympatisk i omgivningens ögon. Lagstiftningen tappar därmed i respekt.

Den teknikneutrala upphovsrättslagstiftningen har visat sig inte riktigt kunna hänga med i de snabba anpassningar som krävs i och med de tekniska framstegen. Även om ersättningen som utdöms i form av skäligt vederlag och skadestånd faktiskt kompenserar rättighetshavaren är möjligheten att komma åt varje intrång i realiteten obefintlig. Processen är alltför komplicerad för upphovsmannen som vill försvara sin ensamrätt och få ut ersättning för det nyttjade verket.

Fildelarna har utvecklat en ”jag-skall-ha”-attityd som, om den inte förändras, kommer att innebära stora problem för rättighetshavarna och branschen i övrigt. Det är svårt, för att inte säga omöjligt, att konkurrera med Gratis.

De som ändå vill bidra till konsten och betalar för sin musik och sina filmer känner sig ofta lurade eftersom det material de köper i stor utsträckning är belagt med lagliga och tekniska begränsningar. Incitamentet att köpa lagligt krymper då alltmer.

Motmedlen mot det intrikata och mångfacetterade problem som uppkommit måste bli flertaliga:

De lagliga tjänsterna måste utvecklas. Konkurrensen på den lagliga marknaden bör öka och genom att fler bolag tillhandahåller billiga, högkvalitativa och effektiva produkter online utan tekniska spärrar kommer konsumenternas liksom rättighetshavarnas behov att mötas.

Respekten gentemot upphovsrätten måste återupprättas. Syftena bakom upphovsrätten måste nå ut till allmänheten. Informationskampanjer, som inte är uppläxande utan uppmuntrande, riktade till rätt målgrupper samt utbildningsrelaterade initiativ måste öka och dessutom komma från olika grupper, staten liksom branschen.

Skadeståndens preventiva effekt borde öka. Det skulle bli en markering från lagstiftarens sida för upphovsmännens rättighet att bli kompenserade för sitt arbete. Det skulle också bli en påminnelse till fildelaren som väljer mellan lagligt eller illegalt.

Samarbetet mellan exempelvis Internetleverantörer och musik- och filmproducenter för att stoppa den illegala spridningen av material är till alla inblandades fördel. Konsumenterna måste få en möjlighet att tillägna sig materialet till ett rimligt pris och rättighetshavarna måste få kompensation.

Det skall även konstateras att fildelning och synen på upphovsrätter är en fråga som skall avhandlas på den nationella arenan, men också på den internationella. För Sveriges del är det framförallt viktigt att man inom EG kommer fram till en gemensam hållning. Frågan uppmärksammas också alltmer internationellt. Under 2008 väntas kommissionen komma med en rekommendation angående kreativt innehåll på Internet.¹⁸⁹

5.2 Analys

Fildelningsdiskussionen har utmynnat i en debatt om ja eller nej till fildelning. Tyvärr är den debatten är alldeles för sent påkommen för att vara riktigt relevant. Fildelningen är här för att stanna. Vad som däremot inte får avstanna är utvecklingen av de omkringvarande systemen som är till för att underhålla tekniken, däribland distributionskanalerna och kompensationssystemet för upphovsrättsinnehavarna.

I egenskap av den enda kompensationsformen för upphovsrättsinnehavare är det av stor vikt att skadestånden upprätthåller den kompensationsnivå som motsvarar upphovsrättsinnehavarens ersättning vid lagligt nyttjande. I och med Sanktionsdirektivets klargörande av ersättning för ideell skada borde det från och med implementeringen av direktivet vara lättare för domstolarna att döma ut ett korrekt belopp.

Skadeståndssystemet skall ses mot bakgrund av att det i många fall är mycket svårt för en rättighetshavare att faktiskt få ut den ersättning som tillkommer honom. Den straffrättsliga vägen med polisanmälan, ofta mot en anonym inrångsgörare, är många gånger svår eftersom polis- och åklagarresurserna för att hantera den här typen av brott är begränsade. Det är inte heller avsikten att polis och åklagare skall hantera de mindre inträngen utan snarare koncentrera sig på de grövre.¹⁹⁰

Skadeståndet som reparativt medel kan därmed inte motverka den alltmer utbredda användningen av illegal fildelning. Detta skapar en ökad belastning på rättssystemet och på de enskilda upphovsrättsinnehavarna. Problemet med att kompensera upphovsrättsinnehavarna har således även sin grund i inställningen hos användarna och samhället i stort. Åtgärderna för att kompensera upphovsrättsinnehavarna måste därför sträcka sig utanför det skadeståndsrättsliga systemet.

Dagens skadeståndssystem är relativt generöst utformat för att ge upphovsmannen rimlig kompensation för sitt arbete. Att skäligt vederlag utgår oavsett god tro utgör en stabil stomme för ett rättvist system. Vederlaget torde kunna fastställas tämligen enkelt genom att vid intrång genom illegal fildelning jämföra motsvarande nedladdning hos en legal nättjänst. Lika så ger de kriterier som uppställs för att ytterligare skadestånd skall utdömas en möjlighet för fullkomlig kompensation, särskilt om utredningens förslag om den nya formuleringen av 54 § upphovsrättslagen går igenom. Problemen ligger i de omständliga procedurer som omger utdömandet av sådana skadestånd. Den tunna praxis som producerats under de senaste tjugo åren

¹⁸⁹ KOM (2007) 836 slutlig, s. 9

¹⁹⁰ Westman, D., *Bevisfrågor vid upphovsrättsintrång vid fildelning m.m.*, Lov & Data s. 36 ff.

skall ställas mot undersökningarna som visar att 14 procent av den svenska befolkningen fildelar illegalt. Det är helt enkelt omöjligt att identifiera och åtala alla intrångsgörare.

Upphovsmännens ersättningsproblematik måste lösas på ett annat sätt än enbart genom lagstiftningsåtgärder.

Fildelningens frammarsch liknas i en artikel vid motorvägarna och de ständigt mer hästkrafttyngda bilarna som susar fram på dem. Hastighetsbegränsningar är beroende av allmänhetens acceptans och respekt, men med alltför breda, raka vägar och med en alltför kraftig motor försvinner respekten. Författaren gör jämförelsen med teknikens framsteg på den digitala scenen. I ljuset av datorutvecklarnas erbjudanden av allt snabbare uppkopplingar och likvärdig eller till och med bättre kvalitet på de kopierade verken försvinner respekten för verkens upphovsrätt.¹⁹¹

Det upphovsrättsliga skyddet skall garantera upphovsmannen frukterna av sitt arbete. Nu har emellertid tekniken blivit överlägsen lagstiftningen och eftersom tekniken har en djupare respekt från allmänheten undermineras skyddet. Upphovsrätten måste anpassas. Det krävs en kommersialisering av upphovsrätten för dess överlevnad. Rättighetsinnehavaren måste acceptera att anpassa sin upphovsrätt för att göra den mer attraktiv för konsumenten. Detta medför att man kanske måste släppa efter på vissa ensamrätter, behålla det väsentliga och möta efterfrågan på andra håll.

Att helt släppa allt upphovsrättsskyddat material fritt är inte ett alternativ. Rättighetsinnehavaren måste kompenseras på något sätt och det måste finnas ett lagstadgat incitament till att skapa nya verk. Krav på att musik och film skall vara helt gratis är inte rimliga och inte heller praktiskt genomförbara. Det är även tveksamt om det är en uppfattning som har en egentlig förankring. Det ter sig orimligt att allmänheten vill ha ett samhälle där man inte kompenseras för sitt arbete, vare sig det går att ta på eller inte. En grönsaksodlare får betalt för sina morötter, en musiker skall få betalt för sina kompositioner. Liknelsen mellan fysiska produkter och musik eller film på nätet upprör ofta förespråkare för illegal fildelning. Men den enda avvikelsen med en jämförelse mellan morötter och musikstycken är att med den digitala tekniken kan det utan kostnad framställas ett oändligt antal likadana musikfiler. Det går ännu inte med morötter, lika lite som att det går att äta kakan och samtidigt ha den kvar. Verken skall dock, precis som morrötterna, produceras, och för det arbetet skall compensation utgå.

Om incitamentet försvinner försämras även mångfalden. Färre verk produceras och kulturen blir lidande. En värld med immaterialrätt är en mer välbeställd värld än en utan immaterialrätt.¹⁹²

Oavsett val av ersättningsmetod måste upphovsrätten finna sig i en inskränkning av ensamrätten samtidigt som de tekniska och juridiska skydd som idag uppställs i de lagliga alternativen måste försvinna. Så länge den allmänna viljan att skydda upphovsmännens ensamrätt som princip inte är starkare än viljan att tillgodogöra sig högkvalitativt material till så lågt pris som möjligt kommer man inte se någon förändring på fildelningsmarknaden. Realiteten idag är att en fildelare har ett större utbud, bättre förhållanden och billigare varor utanför de lagliga tjänsterna. En etisk

¹⁹¹ Åberg, J., *Tekniken – upphovsrättens höna och ägg*, s. 4 f.

¹⁹² Ekelöf, D., *100 år med immaterialrätt – stabilitet, dynamik och utmaningar*, s. 17

diskussion skulle kunna föras om att man skall betala för det man tillägnar sig eftersom någon annan har lagt ned tid och pengar på att skapa det. Upphovsrätten har idag inte den förankringen i samhället att enbart det argumentet håller. Kopplingen upphovsman – verk är svårgreppbar för många. Det finns också för många led mellan upphovsmannen och användaren.

Det finns uppställt ett integritetsskydd som bland annat i dagsläget skyddar den enskilde fildelaren såtillvida att polisen inte får utreda brott och därmed ta reda på personuppgifter bakom ip-adresser som enbart kan generera ett bötesstraff. Den enskilde fildelaren är ofta ingen storkonsument utan laddar ned i relativt liten skala. Det är den sammanlagda effekten som får konsekvenser och naturligtvis kränker man principen att man skall betala för det man tillägnar sig. När ett åtal väl väcks ser åtgärderna oproportionerliga ut. Allmänheten ser inte kopplingen. Rättsystemet utmålas i löjliga ordalag vilket ytterligare sänker förtroendet och underminerar förankringen i samhället.

Förankring hos allmänheten är av största vikt, liksom bevarandet av den fundamentala rättighet som integritetsskyddet utgör. Renforsutredningen, som Ds 2007:29 har kommit att kallas i media, kom fram till slutsatsen att en person som upprepade gånger ägnar sig åt illegal fildelning skall kunna identifieras via sitt ip-nummer och få sin Internetanslutning borttagen. Framförallt den senare sanktionen har väckt stor uppmärksamhet från olika håll. Regeringen kom under mars med uttalandet i den ovan nämnda debattartikeln att det inte kommer att bli tal om att stänga av någon från Internet eftersom det vore en för stor inskränkning i den personliga integriteten. Internet är en för stor del av dagens samhälle för att man skall medvetet hålla någon utanför det.

Våren 2008 har varit en turbulent tid för fildelningsdebatten. I ljuset av åtalet mot personerna bakom Pirate Bay och EG-domstolens dom i det spanska Promusicae-målet har åtskilliga spaltmeter skrivits av såväl journalister och politiker som jurister. Justitieminister Beatrice Asks och kulturminister Lena Adelsohn Liljeroths debattartikel i Svenska Dagbladet visade på en förståelse från regeringens sida. Samtidigt är artikeln ett tydligt ställningstagande för upphovsrättens ensamrätter. Det är en bra utgångspunkt, men tydligare regler är ett måste. Immaterialrätten är svårbegriplig redan från början och med mer avancerade tekniska lösningar går spiralen mot ett system helt utan förankring hos allmänheten. Internet är inte en plats där juridiken och samhället kan löpa sida vid sida utan att mötas och därför måste reglerna bli enklare och tydligare. Avvisningen av Rehnforsutredningens förslag att man skall kunna stänga av abonnenter som fildelar illegalt är helt i linje med en visad förståelse för fildelningsproblemet. En avstängning är en alltför ingripande åtgärd eftersom Internet används till mycket mer än fildelning och det hade varit mycket svårt att få en allmänacceptans för det ingripandet, något som inte minst visats genom de många kritiska röster som höjdes vid framläggandet av förslaget. Reaktionerna på debattartikeln kom också omedelbart. Möjligheten att få fram personuppgifter bakom ip-nummer är en bra start, för det är inte rimligt, precis som ministrarna skriver i sin artikel, att lägga polis- och åklagarresurser på att jaga fildelare. Det måste ske genom ett civilrättsligt förfarande. Däremot är det inte lösningen på problemet. Fildelarna kan genom olika anonymiseringsåt-

gärder förbli just anonyma.¹⁹³ Dessutom kommer själva processen fortfarande att bli mycket resurskrävande för rättighetshavaren. Därför är detta enbart ett steg, ett steg som måste kombineras med förebyggande åtgärder såsom utbildning, en inledande kraftinsats och kanske även höjda skadestånd så att fildelarna ser riskerna med sin aktivitet. Det måste även poängteras att det är viktigt att utlämnandet av ip-numren inte innebär en öppning för rättighetshavaren att vid intrång väcka en straffrättslig talan med fängelse som påföljd. Det skulle vara en alltför långtgående påföljd och en upptrappning som inte är önskvärd.

Precis som att ensamrätten skall vara ett incitament till att skapa nya verk för upphovsmännen bör skadeståndet vara ett incitament till att inte ladda ned olagligt.

I kölvattnet av fildelningsdebatten har flera olika organisationer och rörelser uppstått. Riskerna för upptäckt är så låga att många finner det värt att chansa. För de som i alla fall vill försäkra sig mot eventuella böter finns sajter som betalar sina medlemmars böter vid en eventuell polisanmälan.¹⁹⁴ Detta är ytterligare ett tecken på inställningen som vuxit fram i samhället gentemot upphovsrätten som ett fenomen. Sajter säger sig inte uppmuntra till fildelning, men vilja skapa debatt.

Reaktionerna från den juridiska sidan har också framkommit. Flertalet flitiga upphovsrättsälskande skribenter skriver upprört om den nonchalans och brist på verklig insyn som giriga fildelare visar upp. Kanske är arrogant juridiskt fikonspråk det starkaste motmedlet de känner mot fildelarnas höga, ganska barnsliga, rop om att ”jag skall ha!”. Men det är knappast det mest effektiva. ”Upphovsrätt för upphovsrättens skull” fyller ingen funktion. En lagstiftning utan förankring är ingenting värd. Med det är det inte sagt att upphovsrätten skall vika, släppa verken fria och helt beröva rättighetshavarna sina ensamrätter. Då går ett viktigt incitament för kreativt skapande i graven.

Politikerna svarar på allmänhetens rop på andra sätt. De starka krafter som blåser runt upphovsrätten har skapat en oro bland de folkvalda. Denna oro visar sig tydligt i de uttalanden som görs på regeringens vägnar. Å ena sidan vill man värna om upphovsmännens rättigheter och de incitament som de innebär, å andra sidan betraktas avstängning av Internetabonnemang som en alltför ingripande åtgärd vid upprepade intrång. Sammantaget lutar det ganska lama uttalandet svagt till fördel för rättighetshavarna. Efter domstolsbeslut skall personuppgifter bakom ip-nummer kunna lämnas ut, vilket möjliggör för rättighetshavaren att utan inblandning av polis, eller andra resurskrävande statsmedel, med civilrättsliga medel utkräva ersättning.¹⁹⁵ Politikerna har därmed identifierat ett av de viktigaste stegen i processen mot en hållbar fildelningspolitik; fler som fildelar illegalt måste åka fast.

Det pågår just nu en dragkamp mellan två läger, ett fortsatt starkt skydd för upphovsrättens ensamrätt eller ett frisläppande av musik och film på Internet. På något sätt skall upphovsmännen finna incitament och belö-

¹⁹³ Se *Alltför kostsamt att jaga fildelare*, SvD 14 mars 2008

¹⁹⁴ Se exempelvis www.tankafritt.nu

¹⁹⁵ Se *Kulturarbetare får stöd av domstol*, SvD 14 mars

ning för sitt arbete. Det enda som kan konstateras med säkerhet är att situationen är ohållbar och någonstans måste de två lägena mötas.

5.3 Slutsatser

Det kan konstateras att det är hög tid att agera i fildelningsfrågan och av den accelererande debatten under våren 2008 att döma så har både branschen och politikerna äntligen vaknat.

Jag menar att fildelning utgör en utomordentlig distributionsmöjlighet. Musik- och filmverk kommer närmare konsumenten och öppnar för en billigare och snabbare process. Därmed kommer konsten att nå ut till fler. Fildelning måste alltså accepteras som en laglig väg att tillägna sig material. I den acceptansen ligger också utarbetandet av ett hållbart system för en sådan möjlighet. Upphovsmannen bakom verket måste kompenseras för sitt arbete så att inte incitamentet till skapande går i graven. Det fåtal lagliga tjänster som finns på marknaden i dagsläget lever inte upp till de krav som ställs på dem; de är dyra, har ett för dåligt utbud och det finns alltför stora begränsningar i förfoganderätten över det material konsumenten köper. I och med detta är det få som använder de lagliga alternativen. Fler måste fildela legalt och den illegala fildelningen måste minska. Genom att göra de lagliga tjänsterna mer användarvänliga i pris och utbud samt att inskränka upphovsmannens ensamrätt såtillvida att de tekniska skyddsåtgärderna tas bort, kommer fler att lockas till att fildela legalt. Opinionsbildning är här otroligt väsentligt. Branschen måste samtidigt uppmuntras till att ingå avtal med distributörerna så att den nya musiken och de nya filmerna liksom vad som finns arkiverat kommer ut till konsumenterna. Väl ute på Internet är verken svårkontrollerade. Därmed är antagligen en tvångslicenslösning det mest effektiva systemet. Innan det kan bli verklighet måste emellertid en beräkningsmall framställas för att korrekt ersättning skall kunna utbetalas till upphovsmannen.

En lösning med en licens som går via Internetoperatörerna där varje enskild rättighetshavare kan ansluta och därmed göra sina verk tillgängliga för allmänheten och få ersättning via ett Stim-liknande nätverk skulle öka tillgängligheten av lagligt material på Internet och ge ersättning till rättighetshavarna. Det innebär dock att de lagliga distributionsnätverken måste bli mer effektiva så att de kan ta upp konkurrensen. En rättighetshavare skall i ett sådant system kunna välja att stå utanför detta. Illegal fildelning skulle därmed kunna inträffa med de verk som inte gjorts fritt tillgängliga för allmänheten. Därför blir möjligheten att identifiera personen bakom ip-nummer fortsatt viktig för utkrävandet av skadestånd vid intrång, även om antalet fall troligen skulle minska markant. Den frivilliga licenslösningen skulle sannolikt innebära att alla så småningom ansluter sig till systemet eftersom konkurrensen som skapas på marknaden av fungerande system pressar ned priserna.

Det kommer troligen att ta flera år innan det finns ett fullt hållbart system och det kommer antagligen att ta ännu längre tid innan allmänheten gått över från den olagliga fildelningen. Det viktiga är att lagstiftaren har vaknat och att upphovsrätten är i bearbetning för att anpassas till det nya tekniska samhället. Samtidigt kommer nya tekniska möjligheter att

presenteras och upphovsrätten får anpassa sig igen – eller kanske står någon annan immaterialrättslig gren på tur.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Bengtsson, H., Lyxell, R. (2006) *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, 1 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm,
- Bernitz, U., m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 10 uppl., Jure, Stockholm, 2007
- Hellner, J., Radetzki, M. *Skadeståndsrätt*, 7 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006
- Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*, 9 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2007
- Lunning, L. *Kommentar till anställningsskyddslagen*, 7 uppl., Allmänna förlaget, Stockholm, 1989
- Olsson, H. *Copyright*, 7 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006
- Olsson, H. *Upphovsrättslagstiftningen, En kommentar*, 2 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006
- Radetzki, M. *Praktisk skadeståndsbedömning*, Studentlitteratur, Lund, 2005
- Rosén, J. *Upphovsrättens avtal*, 3 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006

Artiklar

- Blood, D. O., Ngiam, K., *A Focus on Filters: Latest Developments in MGM v. Grokster*, Intellectual Property & Technology Law Journal; Feb 2008; 20, 2; ABI/INFORM Global, 2008
- Eltell, T., Radetzki, M. *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt*, NIR nr 3 2005 s. 225, 2005
- Ekelöf, D. *100 år med immaterialrätt – stabilitet, dynamik och utmaningar*, SvJT Jubileum, 2007
- Enkvist, J. *Håller TV-tittande på att bli upphovsrättsligt förkastligt – rentav kriminaliserat?* NIR nr 1 2008 s. 12, 2008

- Norrgård, M. *Immaterialrättens sanktionssystem och Enforcement-direktivet*, NIR nr 5 2004 s. 443, 2004
- Plesner Mathiasen, J. *Fildelning*, NIR nr 1 2007 s. 46, 2007
- Plesner Mathiasen, J.
Schlüter, J. *Medvirken til ophavskrænkelser på Internettet*, Festskrift till Morgens Koktvedgaard, s. 517, Jurist- och Økonomforbundets Forlag, 2003
- Rosén, J. *Immaterialrätten i informationssamhället. North–South, Open Source och Creative Commons – en vägande kritik mot ensamrätten?*, NIR nr 1 2006 s. 2, 2006
- Rosén, J. *Upphovsrätten i med och motvind*, NIR nr 6 2005 s. 567, 2005
- Rosén, J. *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/20/EG*, NIR nr 4 2001 s. 583, 2001
- Wainikka, C. *Upphovsrätten i mediebranschen – en fråga om avtal*, Svensk Juristtidning, 2007 s. 600, 2007
- Westman, D. *Bevisfrågor vid upphovsrättsintrång vid fildelning m.m.*, Lov&Data nr 88 december 2006, s. 36-39, 2006
- Westman, D. *Förslag på nya civilrättsliga sanktioner i kampen mot olaglig fildelning – en kritisk granskning*, IRI Promemoria 3/2007
- Westman, D. *Intressant juridik i Pirate Bay-åtalet*, <http://www.idg.se/2.1085/1.143553>, 2008-02-04
- Åberg, J. *Tekniken – upphovsrättens höna och ägg*, Ny Juridik, nr 2, 2002, s. 92, 2002

Dagspress

Napter runs out of lives – judge rules against sales, The Sanfransico Chronichle, <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2002/09/04/BU138263.DTLv>, 4 september, 2002, Senast besökt 2008-04-16

Så kan nedladdning bli lagligt, Göteborgsposten 7 februari 2008

Stim vill se avgift på fildelning, Sydsvenska dagbladet 8 februari 2008

Svalt intresse för kravmärkt bredband, Dagens Juridik, 12 februari 2008

Alltför kostsamt att jaga fildelare, Svenska Dagbladet, 14 mars 2008

Kulturarbetare får stöd av domstol, Svenska Dagbladet, 14 mars 2008

Ongame-miljardär utmanar Pirate Bay

http://www.e24.se/branscher/ittelekom/artikel_368799.e24, 4 april 2008
(Senast besökt 2008-04-16)

Rättsakter

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, EGT L 167, 22.6.2001 (Infosocdirektivet)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, EGT L 195/16, 2.6.2004 (Sanktionsdirektivet)

Offentligt tryck

Ds 2007:19 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område*

Ds 2007:29 *Musik och film på nätet – hot eller möjlighet?*

Prop 1960:17 *om förslag till lag om upphovsrätt och litterära och konstnärliga verk m.m.*

Prop 1985/86:86 *om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.*

Prop 1993/94:122 *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*

Prop 2004/05:110 *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

KOM (2007) 836 slutlig *Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska och sociala kommittén och regionkommittén om kreativt innehåll på Internet inom den inre marknaden, 03.01.2008, SEK (2007) 1710*

Övrigt

Agreement on Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights
(TRIPs-agreement)

INDICARE *Digital Music Usage and DRM – Results from a
European Consumer Study*, INDICARE, 2004
(www.indicare.org) senast besökt 2008-04-16

Statistiska centralbyrån Pressmeddelande nr 2006:343

WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996,
WO033EN (WCT)

World Internet Institute *Svenskarna och Internet 2007*

www.copyswede.com Senast besökt 2008-04-16

www.dramatiker.se Senast besökt 2008-04-16

www.stim.se Senast besökt 2008-04-16

www.teaterforbundet.se Senast besökt 2008-04-16

Rättsfallsförteckning

NJA 1980 s. 123	Hotell Mornington/Wellington
NJA 1985 s. 807	Madrassfallet
NJA 1984 s. 34	Bootlegfallet
NJA 1993 s. 263	
NJA 1993 s. 390	Journalistavtalet
NJA 1995 s. 164	Tunikafallet
NJA 1998 s. 633	Jahab
NJA 2000 s. 292	

C-275/06 Productores de Musica de Espana (Promusicae) v Telefonica de Espana (Promusicae-målet) (2008) EUT C 212/19, 2.9.2006

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764, U.S.,2005., June 27, 2005

Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd. (2005) FCA 1242

S.T. Chen, K.H. Chen. K.X. Chen, Case No. 2003 Su-Tzu, No. 2146, Tapei District Court, (September 9 2005)

Korea Association of Phonogram Producers v. Soribada, Seoul Central District Court, (Aug. 30, 2005)

Vestre Landsrets dom af 30. september 2004 optrykt i UfR.2005.60V (2004)

Case No. 4249 (Tokyo Dist., ct., 29th Civil Division), Interlocutory judgment (29 Jan 2003)

BUMA/STEMRA vs. KazaA , Supreme Court of the Netherlands, AN7253 Case No.: C08/186HR (19 Dec 2003)

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)