



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kristoffer Knutsson

Förvaltning av upphovsrätter

– Om upphovsrättsliga
förvaltningsorganisationer och
alternativa licensmodeller

Examensarbete
30 högskolepoäng

Johann Mulder

Immaterialrätt

VT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och problemställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod	6
1.5 Disposition	8
2 ALLMÄNT OM UPPHOVSRÄTTEN	9
2.1 Upphovsrättens uppkomst och varaktighet	9
2.2 Skyddsobjektet	10
2.3 Verkshöjdsbegreppet	10
2.4 Skyddssubjektet	11
2.5 Skyddsomfånget	12
2.5.1 Ekonomisk rätt	12
2.5.2 Ideell rätt	13
2.6 Inskränkningar i upphovsrätten	14
2.7 Närstående rättigheter	15
2.8 Upphovsrättens övergång	16
2.9 Vidareöverlåtelse och ändring	18
3 UPPHOVSRÄTTSLIGA AVTAL	20
3.1 Avtalsbestämmelser i URL	20
3.2 Allmän avtalsrätt	21
3.2.1 Avtalsolkning	22
3.2.2 Specifikationsprincipen	25

3.2.3	Jämkning av avtalsvillkor	28
3.2.4	Jämkning enligt avtalsvillkorlagen	30
4	UPPHOVSRÄTTSLIGA FÖRVALTNINGSORGANISATIONER	32
4.1	Sveriges Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)	33
4.2	Nordic Copyright Bureau (NCB)	33
5	ALTERNATIVA LICENSMODELLER	35
5.1	Creative Commons	36
6	KONKURRENSRÄTTSLIGA ASPEKTER AV NCB:S ÖVERENSKOMMELSER MED SVENSKA TRYCKERIER	39
6.1	Konkurrensbegränsande avtal	40
6.2	Praxis från EU-rätten	42
6.3	Praxis från svensk domstol	43
6.4	Upphovsrättens och upphovsrättsliga förvaltningsorganisationers förhållande till konkurrensrätten	44
7	ANALYSER OCH SLUTSATSER	46
7.1	Innebär svenska tryckeriers krav på NCB-medlemskap att upphovsmakare är tvungna att licensiera sina verk hos NCB?	46
7.2	Utgör samarbetet mellan NCB och svenska tryckerier ett konkurrensbegränsande samarbete?	47
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Summary

The Swedish market for copyright collecting societies is dominated by organizations with overlapping areas of operation. This has led to a situation where printing offices in Swedish demand for membership in Nordic Copyright Bureau as a prerequisite for pressing music on a physical bearer. This gives rise to questions of whether this conduct is legal regarding to Swedish contract law as well as Swedish competition law. This thesis addresses the question whether terms in an agreement demanding for one of the parties to first enter an agreement with a third party could be considered unfair and therefore be reconciliated or reinterpreted by a legal court in accordance with accordance with Swedish contract law. The thesis also addresses the question whether such conduct by Nordic Copyright Bureau could constitute anticompetitive cooperation according to Swedish copyright law.

Sammanfattning

Den svenska marknaden för förvaltning av upphovsrätter till musikaliska verk domineras av förvaltningsorganisationer med delvis överlappande verksamheter. Detta har lett till en situation som innebär att svenska tryckerier kräver medlemskap i förvaltningsorganisationen Nordic Copyright Bureau hos den som vill trycka upp sin musik på en fysisk bärare. Denna situation ger upphov till frågor om huruvida detta tillvägagångssätt är tillåtet enligt allmän avtalsrätt såväl som konkurrensrätt. Arbetet behandlar dels frågan om huruvida förekomsten av avtallsvillkor som förutsätter att avtal först ingås med tredje part skulle kunna anses som oskäligen och därför jämkas eller omtolkas av domstol, och dels frågan om huruvida ett sådant agerande av Nordic Copyright Bureau skulle kunna utgöra ett konkurrensbegränsande samarbete i konkurrensrättslig mening.

Förord

Med detta arbete avslutar jag mina juridikstudier vid Lunds Universitet. Det har varit en lång, händelserik och inte minst lärorik resa. Jag vill tacka min handledare Johann Mulder för stöd och rådgivning. Jag vill också tacka min flickvän Anna och resten av min familj. Jag vill också tacka mina kurskamrater, som förutom blivande kollegor redan är vänner för livet. Ett hedersomnämmande ges härvid till Tobias Andersson.

- *You guys are beaming these signals over the f*cking trailer park without permission, not me. So I've got these little things to pick up that signal from space. How the f*ck is that stealing? What, do you own space? No, NASA does!*
(Ricky, Trailer Park Boys)

Förkortningar

AVLN	Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BIEM	Bureau International des Sociéte Gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)
CC	Creative Commons
CISAC	Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetet
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta Domstolen
IFPI	The International Federation of the Phonographic Industry
KL	Konkurrenslagen (2008:579)
MD	Marknadsdomstolen
ML	Mönsterskyddslagen (1970:485)
NCB	Nordic Copyright Bureau
PL	Patentlagen (1967:837)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SAMI	Svenska Artisters & Musikers Intresseorganisation
STIM	Föreningen Sveriges Tonsättares Internationella Musikbyrå
VML	Varumärkeslagen (2010:1877)
WCT	The World Intellectual Property Organization Copyright Treaty
WPPT	The World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Ända sedan upphovsrättens uppkomst har handel med upphovsrätter varit ett område med stor ekonomisk betydelse.¹ Genom att presentera upphovsrättsliga verk som produkter på en marknad har upphovsmakare kunnat omsätta sina idéer i ekonomisk vinning. För enskilda upphovsmakare är det av förklarliga skäl mycket svårare att nå en stor konsumentskara än vad det är för kommersiella aktörer. Därtill är det för en enskild upphovsmakare mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att bevaka sina rättigheter gentemot samtliga otillåtna utnyttjanden. Genom att mot ersättning överlåta rätten till sitt verk till exempelvis ett skivbolag som marknadsför verket och/eller kontrollerar att inga otillåtna utnyttjanden sker kan parterna tack vare varandra göra ekonomisk förtjänst.

Upphovsrättens fördelar är dock ingalunda begränsade till skivbolagsanknutna musiker; att helt eller delvis överlåta sin upphovsrätt är i regel en självklarhet för hobbymusiker med begränsad lyssnarskara såväl som populära artister. Medlemskap i organisationer såsom Nordic Copyright Bureau, NCB, och Svenska Tonsättarens Internationella Musikbyrå, STIM, ses i regel som ett naturligt led i processen när en musiker ska presentera sina verk för allmänheten, och är för de allra flesta yrkesmusiker viktiga inkomstkällor. Modellen med upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer vars verksamheter överlappar varandra är så vanlig i Sverige att utnyttjandet av den kan anses standardiserad. Det är därför lätt att få den felaktiga uppfattningen att organisationerna är myndigheter och inte privata aktörer, och att medlemskap är obligatoriskt och inte frivilligt.

I de nordiska länderna har NCB en särskild roll. NCB förvaltar mekanisk upphovsrätt åt musiker som ämnar trycka upp sin musik på en fysisk bärare såsom vinyl eller CD. NCB har slutit överenskommelser med skivtryckerierna i Sverige om att dessa ska erfordra att den som vill trycka en upplaga av ett verk på en fysisk bärare ska uppvisa så kallat NCB-brev, dvs medlemskap i NCB. Detta innebär att det i praktiken är omöjligt för en upphovsmakare att trycka upp sitt verk hos en aktör på den svenska marknaden utan att vara medlem i NCB.

Under 2000-talet har alternativa licensmodeller för förvaltning av upphovsrätt tillhandahållna av organisationen Creative Commons (CC) blivit alltmer populära. Creative Commons' licenser är framför allt anpassade till utnyttjanden på internet, och fokuserar på medgivande av utnyttjanden och bearbetningar av ett licensierat verk. Detta står i kontrast till NCB:s licensmodell, som främst syftar till att inbringa ekonomisk ersättning för utnyttjanden av ett verk. I och med Creative Commons förekommer nu två konkurrerande system för licensiering av upphovsrätter på den svenska marknaden. För en upphovsmakare innebär detta att denne måste

¹ Man brukar härvid generellt sett utgå från tryckpressens uppfinnande på 1400-talet, då tryckrätter skapades för att förhindra tryck av otillåtna upplagor av verk. För en mer ingående redogörelse över immaterialrättens ursprung, se exv. Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, 10:e uppl., Stockholm 2011 s 25 ff, samt Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 11:e uppl., Stockholm 2009 s 4 ff.

underrätta sig om för- och nackdelar med respektive modell för att kunna avgöra vilken av dem som är bäst anpassad till upphovsmakarens behov.

1.2 Syfte och problemställningar

Detta arbete kommer fokusera på de avtal som NCB har slutit med svenska tryckerier, vilka innebär att medlemskap i NCB krävs för att ett tryckeri ska godkänna att trycka upp någons upphovsrättskyddade verk. Arbetet syftar till att utreda vilka konsekvenser detta samarbete får för en upphovsmakare som inte vill vara ansluten till NCB men ändå trycka upp sitt verk hos ett tryckeri. Kravet på medlemskap i NCB innebär att ett indirekt tvång föreligger gentemot NCB för en upphovsmakare som önskar trycka upp sitt verk hos ett svenskt tryckeri. Skulle förekomsten av ett sådant avtalsvillkor i avtal mellan upphovsrättsinnehavare och tryckeri kunna anses som oskäligt och därmed jämkas eller omtolkas av domstol?

Arbetet syftar också till att undersöka vilka konsekvenser samarbetet mellan NCB och svenska tryckerier får för aktörer som erbjuder alternativa licensmodeller. NCB-medlemskap utgör en exklusiv licensiering av de verk som medlemmen registrerar, vilket som utgångspunkt medför att nyttjande av andra licensmodeller omöjliggörs. Arbetet syftar därför till att undersöka vilken inverkan detta får för konkurrerande aktörer såsom Creative Commons. Kan överenskommelser av det slag som NCB har med svenska tryckerier utgöra ett konkurrensbegränsande samarbete?

1.3 Avgränsningar

En fullständig komparativ analys kommer av utrymmes- och omfångsskäl inte göras, då detta skulle innebära att en mängd nationella rättsordningar och internationella konventioner måste behandlas. Arbetet avgränsas på grund av detta och på grund av problemsituationens nationella karaktär geografiskt till att omfatta den svenska rätten. Svensk rätt innefattar emellertid såväl EU-rätt som internationella konventioner. Därför kommer dessa behandlas inom ramen för problemställningen.

Problemets framställning begränsas till att omfatta avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga aspekter av överlåtelser av upphovsrätter till å ena sidan upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer och å andra sidan organisationer som erbjuder alternativa licensmodeller. Urvalet av organisationer begränsas till NCB och CC, då dessa organisationer är välkända på marknaden och deras licenser väl belyser problemet.

1.4 Metod

För att fastslå gällande rätt och besvara frågeställningarna har en rättsdogmatisk metod använts. Rättsdogmatik består enligt Jareborg av "rekonstruktion av

rättssystem”.² Således kommer uppsatsen behandla rättskällor såsom lagstiftning, förarbeten, doktrin och praxis i syfte att fastslå gällande rätt. Ett mål för en rättsdogmatisk framställning är att ”framställa rättsordningen som ett koherent nätverk av huvudregler och undantag”.³ För en sådan framställning används med fördel en deskriptiv stil.⁴ Arbetets problemställning avser både immaterialrätt och avtalsrätt, därför har rättskällor från båda dessa områden använts. Praxis som relaterar till problemsituationen är begränsad. Därför har rättsfall från lägre instanser och praxis från till problemet angränsande rättsområden använts i syfte att utläsa principer vilka analogt kan appliceras på arbetets problemställning. Både immaterialrätts- och avtalsrättsområdet är väl beskrivna i doktrin, varför litteratur såväl som periodika har använts för att utröna rättsläget. Som alltid vid akademiska arbeten är det viktigt att värdera sina källor och vara kritisk till deras relevans, giltighet, och opartiskhet. Immaterialrätten är ett särskilt omdebatterat område, och många egenintressen finns. För att bevara framställningens opartiska karaktär blir därför källkritik en viktig del av metoden. Information från källor vilka kan befaras vara partiska har därför endast använts då detta har ansetts möjligt utan att kompromissa på arbetets deskriptiva karaktär.

En uppsats av detta slag som är endast deskriptiv fyller dock liten funktion. Rättsdogmatiken utesluter emellertid inte att man intar ett vidare perspektiv och går utanför gällande rätt.⁵ I enlighet med detta kommer analysen innehålla ett de lege ferenda-resonemang, vilket innehåller förslag till lösningar på problemen som arbetet ställer upp. Resonemanget kommer främst utgå från upphovsmakarens perspektiv. Detta motiveras med att denne allmänt sett anses inta en svagare ställning i avtalsituationer som relaterar till upphovsrätt, vilket har gjorts gällande i förarbeten, doktrin och praxis. Avsikten är att detta ska överensstämma med förarbetenas grundtanke, att upphovsrätten både ska bereda upphovsmakare goda arbetsförhållanden och se till samhällets behov av inskränkningar av rätten.⁶

Som ett led i detta kommer en jämförelse göras mellan NCB och Creative Commons. De licensmodeller som erbjuds av Creative Commons kommer undersökas och jämföras med den licensmodell som NCB tillhandahåller, främst sett till hur fördelaktiga de är ur ett ekonomiskt hänseende respektive sett till hur stor tillgänglighet verket potentiellt ges av dem. Då frågorna som uppsatsen ämnar besvara härrör från upphovsrätten kommer upphovsrättsliga regler behandlas för att ge ett bättre underlag till framställningen.

Uppsatsen kommer inte belysas ur ett genusperspektiv, utan fokusera på sakfrågorna enligt ovan beskrivna metod. Ett könsneutraliserat språkbruk får emellertid ses som önskvärt. Under senare år har en ambition om ett könsneutralt språkbruk återspeglats i bl.a. lagstiftning, där man numera begagnar sig av neutrala rättssubjekt istället för att utgå från att dessa är av ett förutbestämt kön. Ett liknande tillvägagångssätt kommer brukas i detta arbete. Då en persons kön är okänt, exempelvis vid teoretiska utläggningar, kommer därför ett könsneutralt

² Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4

³ Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249

⁴ Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatiken som juridisk sjanger*, TFR 2/2008 s. 158

⁵ Jareborg, SvJT 2004 s. 4

⁶ Prop. 1960:17 s. 31 f.

språkbruk nyttjas. Härvid ska särskilt diskuteras "upphovsmannen", ett av upphovsrättens mest centrala begrepp. Problematiken med detta ord är inte oadresserad.⁷ I det offentliga rummet byts numer ofta ord såsom "ombudsman" och "talesman" ut mot exempelvis de könsneutrala varianterna "ombudsperson" och "talesperson". Därför kommer i denna uppsats ordet "upphovsmakare" användas i stället för ordet "upphovsman", förutom i fall då det senare ordet ingår i citat (detta för att låta citatet i fråga återges såsom det är skrivet utan att ändra i det). På liknande sätt kommer uttrycket "tredje person" användas i stället för "tredje man".

1.5 Disposition

Arbetet behandlar först upphovsrätten översiktligt i andra kapitlet. Detta görs inriktat mot musikmarknaden. Tredje kapitlet berör de avtalsrättsliga reglerna i upphovsrättslagen, samt andra avtalsrättsliga regler av relevans för problemställningen. Fjärde kapitlet behandlar särskilt de upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer vars verksamhet relaterar till ämnet. I det därpå följande femte kapitlet presenteras även alternativa licensmodeller. Sjätte kapitlet fokuserar på konkurrensrättsliga regler inom ramen för frågeställningarna. Den presenterade informationen analyseras och redovisas tillsammans med dragna slutsatser i sjätte kapitlet.

⁷ Se Bernitz m.fl. 2011 s. 30 f.

2 Allmänt om upphovsrätten

Skydd för upphovsrätten finns grundlagsstadgat i 2:16 Regeringsformen (1974:152), RF, där det föreskrivs att författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag. I denna bestämmelse uttrycks upphovsrätten som en positiv rättighet; upphovsmakaren ges en rätt att förfoga över sina verk.⁸ Immaterialrättsskyddet har på ett internationellt plan ansetts så pass skyddsvärt att det inkluderats i FN:s Deklaration Om Mänskliga Rättigheter (artikel 27.2).

Från att ha varit ett relativt klart avgränsat område inom immaterialrätten har upphovsrätten kommit att få en mycket bred omfattning och innebörd.⁹ Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, URL, beviljar upphovsrättsligt skydd till långt fler verkstyper än vad dess namn ger sken av. Som exempel på detta kan nämnas att datorprogram och databaser kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd enligt 1 § 1 st 2p URL. Då datorprogram och databaser har stor betydelse för industriell verksamhet, åskådliggör detta exempel hur upphovsrätten i vissa delar har kommit att närma sig även det industriella rättsskyddet.¹⁰

URL innehåller inte endast regler om skydd för upphovsrätter, utan även skydd för vissa till upphovsrätten närstående rättigheter, vilka ofta i praktiken samspelar med upphovsrätter. Till exempel innehåller ett musikalbum i form av en CD-skiva en mängd rättigheter vilka innehas av bl.a. kompositörer, medverkande musiker och producenter. Samma person kan i en sådan produktion ha flera roller och därmed inneha flera olika rättigheter i samma verk.

2.1 Upphovsrättens uppkomst och varaktighet

Till skillnad från exempelvis patenträtten, där registreringsförfarande krävs för skydd, uppstår upphovsrättsligt skydd formlost.¹¹ Denna konstruktion har sin grund i BK art. 5(2).¹² I teorin kan det formlösa skyddet i URL leda till vissa praktiska bevisvårigheter. Ett tankeexempel är musikern som spelar upp sin nya komposition för en ohederlig kamrat, som sedan spelar in kompositionen och tjänar stora pengar på den. Vid avsaknad av bevis kommer den egentliga upphovsmakaren till verket inte juridiskt kunna hindra sin ohederlige kamrat från att skörda känslomässiga såväl som ekonomiska vinster hänförliga till detsamma. Det kan dock påpekas att sådana problem i praktiken får anses vara relativt ovanliga.¹³

⁸ Bernitz m.fl. 2011 s. 31

⁹ Levin 2011 s. 67

¹⁰ Bernitz m.fl. 2009 s. 3

¹¹ Levin 2011, s. 72

¹² I vissa rättssystem kräver man fixering av ett verk för att det ska åtnjuta skydd, vilket tillåts enl. BK art. 2(2). Detta förekommer exempelvis i Common Law-länder såsom Storbritannien och USA.

¹³ Levin 2011, s. 72

Erhållen upphovsrätt gäller i 70 år och utgår från olika tidpunkter beroende på huruvida det offentliggjorts och huruvida upphovsmakaren är känd. Enligt 43 § URL gäller upphovsrätt till ett verk i 70 år efter upphovsmakarens död och skyddstiden kan inte förnyas eller förlängas. Om ett verk har flera upphovsmakare gäller upphovsrätten i 70 år efter den siste upphovsmakarens död. För verk som är utgivna under pseudonym gäller enligt 44 § URL upphovsrätt i 70 år efter verkets offentliggörande, förutsatt att upphovsmakaren inte tillkännager sig under skyddstiden. I sådant fall gäller istället huvudregeln i 43 § URL. Skulle ett verk varken offentliggöras eller ha känd upphovsmakare gäller enligt 44 § 3 st URL en skyddstid om 70 år från det att verket skapats. Slutligen gäller för verk som inte getts ut inom någon av tiderna som avses i 43-44 §§ URL enligt 44 a § samma lag att den som först utger eller offentliggör ett sådant verk erhåller upphovsrätt till det i 25 år från utgivandet eller offentliggörandet. Utgivaren eller offentliggöraren erhåller i sådant fall endast ekonomisk upphovsrätt till verket (se nedan 2.5.1 Ekonomisk rätt).

2.2 Skyddsobjektet

Upphovsrätten omfattar inte idéer som sådana, utan uttryck av dem. Detta framgår bl.a. av WCT art. 2. I URL uttrycks detta som ett skydd för "litterära eller konstnärliga verk". Detta kan som ovan nämnts (se 2. Allmänt om upphovsrätt) omfatta ett stort antal olika typer av verk, och begreppet ska tas i en vidsträckt mening.¹⁴ Musikaliska verk innefattas i begreppet, vilket uttryckligen anges i 1 § 1 st 3p URL.

Det ska påpekas att begreppet "litterära eller konstnärliga verk" är juridiskt; även verk som är banala, dåliga och/eller outhärdliga i gemene persons subjektiva tycke är lika skyddsvärda som väl ansedda sådana.¹⁵ Upphovsrätten tar sikte på konstnärligt skapande och inte kvalitet av detsamma. Inget krav ställs på estetisk kvalitet eller estetiskt syfte,¹⁶ utan även rent beskrivande verk omfattas av skyddet. Inte heller ställs krav på att ett verk ska vara beständigt, utan även flyktiga verk anses falla under upphovsrättslagens omfattning.¹⁷ Däremot ställs krav på verkets originalitet vid bedömning av huruvida ett verk är skyddsvärt i upphovsrättslig mening. Härvid har begreppet *verkshöjd* blivit av stor betydelse inom praxis och doktrin.

2.3 Verkshöjdsbegreppet

För bedömningen av huruvida ett verk ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd eller inte är begreppet *verkshöjd* centralt. Verkshöjdsbegreppet har sitt ursprung i kravet på uppfinningshöjd inom patenträtten,¹⁸ men det varken nämns eller

¹⁴ Olsson 2009 s. 44

¹⁵ SOU 1956:25 s. 67

¹⁶ Levin 2011 s. 74

¹⁷ Levin 2011 s. 74

¹⁸ Levin 2011 s. 85

definieras i upphovsrättslagen, utan anses ligga inbäddat i begreppen "skapat" och "verk" i 1 § 1 st URL.¹⁹ För att verkshöjd ska föreligga krävs att verket i fråga "uppvisar ett visst mått av *individuell särprägel, självständighet* och [...] *originalitet*".²⁰ För att verkshöjd ska uppnås måste det också röra sig om ett andligt skapande; en rent mekanisk produktion uppfyller således inte kravet.²¹ Hur högt ställt kravet på graden av särprägel och självständighet är inom svensk rätt är inte helt fastslaget, men det anses allmänt vara lågt.²² Som exempel kan nämnas att så pass enkla "verk" som sms och föreläsningssanteckningar kan anses uppnå verkshöjd. Det ska härvid påpekas att skyddsomfånget för sådana enkla verk "blir snävt och i många fall egentligen bara kommer att avse direkt återgivande".²³ Detta ska dock inte tolkas som att ett lågt verkshöjdskrav innebär att det i praktiken är obetydligt vid bestämmande av rättsskyddet.²⁴

Som en del av originalitetskravet brukar det förutsättas att det ska bli "praktiskt taget uteslutet att två personer oberoende av varandra kan åstadkomma något nära överensstämmande".²⁵ Detta utgör det s.k. *dubbelskapandekriteriet*. Dubbelskapandekriteriet har bl.a. behandlats i fallet NJA 2002 s. 178, som handlade om huruvida en populär låt hade lånat en musikslänga från ett äldre verk som skyddades av upphovsrätt. I fallet NJA 2004 s. 149 förtydligade HD dubbelskapandekriteriets ställning. Fallet rörde upphovsrätt till en ritning av en golvplanka, till vilken käranden hävdade att intrång gjorts av svaranden. HD fastslog i sina domskäl att dubbelskapandekriteriet kan "vara till hjälp när det gäller att avgränsa ett verks skyddsområde", men påpekade att "det inte i sig kan ge svar på frågan om kravet på verkshöjd är uppfyllt". Av detta följer att dubbelskapandekriteriet kan vara ett "hjälpkriterium" vid bedömning av om verkshöjd uppnåtts.²⁶

Sammanfattningsvis kan sägas om verkshöjds läran att det faktum att endast ett fåtal rättsfall från högsta instans finns att tillgå gör att man "endast med stor försiktighet" kan göra en bedömning utifrån dessa.²⁷

2.4 Skyddssubjektet

Upphovsrätt tillkommer enligt 1 § URL "den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk". Det är alltså alltid en fysisk person som är upphovsmakare enligt svensk rätt.²⁸ Som en följd av detta måste upphovsrätt alltid överlåtas för att kunna innehas av någon annan än upphovsmakaren. Upphovsrätten till verk skapade i anställningsförhållanden kan visserligen under vissa förutsättningar övergå till arbetsgivaren, men även i sådana fall uppstår upphovsrätten initialt hos en fysisk person. Som en kontrast kan härvid nämnas att juridiska personer enligt

¹⁹ Olsson 2009 s. 52

²⁰ Rosén 2006 s. 33

²¹ SOU 1956:25 s. 66

²² Se Olsson 2009 s. 52, Rosén 2006 s. 33

²³ Olsson 2009 s. 52

²⁴ Rosén s. 33

²⁵ Bernitz m.fl. s. 52 f.

²⁶ Levin 2011 s. 86

²⁷ Bernitz m.fl. s. 56

²⁸ Olsson s. 73

angloamerikansk rätt kan anses som upphovsmakare till verk skapade i anställningsförhållande.²⁹

Det är inte ovanligt att det finns flera upphovsmakare till samma verk, till exempel då flera personer tillsammans har komponerat ett musikstycke. Denna situation behandlas i 6 § URL, som föreskriver att ett verk skapat av flera upphovsmakare, vilkas bidrag inte utgör självständiga verk, gemensamt har upphovsrätt till verket. Hur stor del av upphovsrätten som tillkommer var och en av upphovsmakarna bestäms av var och ens individuella insats, samt i förekommande fall genom avtal dem emellan.³⁰ Ett undantag till denna bestämmelse är beivrandet av intrång, vilket kan göras individuellt av var och en av upphovsmakarna. I förarbetena motiveras detta undantag med att den enskilde upphovsmakarens intressen ofta är av personlig natur, särskilt vad gäller den ideella rätten (om ideell rätt; se nedan 2.5.2).³¹ Därtill skulle ett krav på enhällighet upphovsmakarna emellan i praktiska situationer ge upphov till problem med att göra intrång gällande ifall en eller flera av upphovsmakarna befinner sig på okänd ort.³²

2.5 Skyddsomfånget

Upphovsrätten uttrycks i RF som en positiv rättighet. Upphovsmakaren ges en rätt att bestämma över sitt verk, och en rätt att delvis påverka andras nyttjande av verket. På så sätt ges upphovsmakaren en möjlighet att göra ekonomisk vinning av sitt verk, antingen på egen hand eller genom att överlåta rätten till annan mot ersättning. Svensk upphovsrätt innehåller förutom denna ekonomiska rätt dessutom en rätt till oförändrad återgivning av upphovsmakarens verk, vilken utgör ett skydd för upphovsmakarens ideella intressen.³³ Dessa två delar av upphovsrätten är skilda från varandra och kan innehas av olika personer. De är dock inte helt självständiga, utan har viss påverkan sinsemellan. För att förstå upphovsrättsliga förvaltningsorganisationers verksamhet är det viktigt att skilja på dessa två begrepp.

2.5.1 Ekonomisk rätt

Den ekonomiska rätten är som namnet antyder den del av upphovsrätten som har störst ekonomisk betydelse. Detta kommer främst av att den ekonomiska rätten är enligt 27 § 1 st URL överlåtbar och kan innehas av andra än upphovsmakaren, mer om detta nedan (se 2.7 Upphovsrättens övergång). Omfattningen av den ekonomiska rätten anges i 2 § 1 st URL. Enligt bestämmelsen innefattar upphovsrätt en uteslutande rätt att förfoga över verket på två sätt: genom *exemplarframställning* och genom att göra verket *tillgängligt för allmänheten*. Dessa två förfoganderätter ”är i praktiken uttömmande för den samlade mängden relevanta utnyttjanden”.³⁴ Ensamrätterna gäller för ett verk i ursprungligt såväl

²⁹ Olsson s. 74

³⁰ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, kommentar till 6 § URL genom Zeteo

³¹ Prop. 1960:17 s. 80

³² Prop. 1960:17 s. 80

³³ Bernitz m.fl. 2011 s. 68

³⁴ Levin s. 136

som ändrat skick, i översättning eller bearbetning samt i annan litteratur- eller konststart eller i annan teknik.

Exemplarframställning innefattar alla typer av mångfaldiganden av verket. Enligt 2 § 2 st URL innefattar exemplarframställning "varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis". Denna vidsträckta utformning infördes i och med en lagändring 2005, och kommer från det s.k. Infosoc-direktivet³⁵ och svarar mot samma direktivs art. 2 (Infosoc-direktivet bygger i sin tur på WCT och WPPT).³⁶ Själva definitionen är dock inte ny, utan formuleringen har snarare valts för att undvika konflikt med direktivet.³⁷ Det är exemplarrätten som har givit upphovsrätten sitt engelska namn *copyright*.³⁸ Exemplarframställningsbegreppet ska ses i vid mening. Som exempel kan nämnas att ett fotografi av en staty ses som en exemplarframställning.³⁹ Att trycka en upplaga av ett musikaliskt verk i ett tryckeri är ett mer eller mindre typiskt exempel på exemplarframställning av mer omfattande skala. Begreppet *mekaniska rättigheter* brukar användas för att beskriva rätt till exemplarframställning på "fonogram och videogram eller andra anordningar eller på annat sätt".⁴⁰

Rätten att *göra verket tillgängligt för allmänheten* ges i 2 § 3 st URL och är indelad i fyra kategorier: 1) Överföring till allmänheten, 2) Offentligt framförande, 3) Offentlig visning och 4) Spridning till allmänheten. I likhet med 2 § 2 st URL innefattades kategorierna redan i bestämmelsens tidigare lydelse, men genom 2005 års lagändring sökte man göra gränserna mellan begreppen klarare utan att utvidga begreppet "tillgängliggörande för allmänheten" som sådant.⁴¹ När ett verk har gjorts tillgängligt för allmänheten är det enligt 8 § 1 st URL också offentliggjort i lagens mening.

2.5.2 Ideell rätt

Förutom de ekonomiska rättigheterna har upphovsmakaren även en ideell rätt, vilken syftar till att skydda det känslomässiga och/eller intellektuella band som ofta finns mellan upphovsmakaren och dennes verk.⁴² Denna rätt kallas ofta enligt den franska terminologin för "*droit moral*".⁴³ Att skyddet sträcker sig utöver ekonomiska intressen är ett särdrag hos upphovsrätten.⁴⁴ Ideell rätt regleras internationellt enligt BK art. 6*bis*, som behandlar "*moral rights*". Historiskt har ideell rätt haft en stark ställning inom kontinentaleuropeisk såväl som svensk

³⁵ EU-direktiv 2001/29/EC

³⁶ Olsson s. 343

³⁷ Olsson s. 83

³⁸ Levin s. 137

³⁹ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 2 § URL genom Zeteeo

⁴⁰ Stannow & Hillerström 2010 s. 337

⁴¹ Olsson s. 88f

⁴² Olsson 2009 s. 80

⁴³ Levin 2011 s. 160

⁴⁴ Levin 2011 s. 160

upphovsrätt.⁴⁵ Konventionen uppställer dock inget krav på ideell rätt såsom den är lagstadgad i Sverige; detta varierar från medlemsstat till medlemsstat.

Den ideella rätten beskrivs inom svensk rätt i 3 § URL och utgörs av två delar: *rätten att bli angiven som upphovsman* (1 st) och *rätten till respekt för verket* (2 st).⁴⁶ *Rätten att bli angiven som upphovsman* innebär att en upphovsmakare har rätt att bli angiven som sådan vid exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten. Den brukar benämnas paternitetsrätt, eller med sin franska benämning, "*droit de la paternité*".⁴⁷ En liknande bestämmelse finns inom patenträtten vid sökande av patent, se 8 § 4 st Patentlagen. Paternitetsrätten är dock inte villkorslös, utan namn ska endast anges i den mån det krävs av *god sed*.⁴⁸ Vid uppspelning av musikaliska verk på radio hör det till god sed att ange upphovsmakare i samband med utsändningen.⁴⁹ Det anses dock inte vara god sed att ange namn i fall då ett sådant angivande kan ses som stötande, såsom att läsa upp en psalmförfattares och kompositörers namn under begravingar.⁵⁰ *Respekträtten* (fr. "*droit au respect*")⁵¹ innebär att ett verk inte får ändras eller göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i ett sådant sammanhang som är på angivet sätt kränkande för upphovsmakaren. En sådan kränkning behöver inte vara kränkande i straffrättslig mening för att anses ha brutit mot respekträtten.⁵² Vidare är det inte upphovsmakarens egen uppfattning om vad som anses kränkande som avses; bedömningen av kränkningen ska göras objektivt.⁵³

2.6 Inskränkningar i upphovsrätten

Regler om inskränkningar i upphovsrätten finns huvudsakligen i 2 kap. URL. Inskränkningarna har sitt ursprung i situationer då motstående intressen, såsom allmänhetens intresse av att utnyttja ett verk, ansetts mer skyddsvärda än en upphovsrättshavarens intressen.⁵⁴ Inskränkningarna gäller nästan uteslutande ekonomiska rättigheter, även om vissa inskränkningar finns för ideell rätt (se 11 § respektive 26 c § URL).

Två centrala inskränkningar i upphovsrätten är de s.k. *konsumtionsreglerna* i 19-20 §§ URL. Dessa anses vara till gagn för upphovsmakaren, då de bidrar till att öka marknadsvärdet för dennes verk.⁵⁵ Konsumtionsreglerna gäller exemplar, och inte verk som sådana.⁵⁶ Enligt 19 § URL får ett exemplar av ett verk som överlåts inom EU utan upphovsmakarens samtycke spridas vidare. Enligt 20 § URL får ett utgivet exemplar visas offentligt. Detta innebär exv. att ett exemplar av en film

⁴⁵ Olsson 2009 s. 110

⁴⁶ Levin 2011 s. 160

⁴⁷ Levin 2011 s. 160

⁴⁸ Levin 2011 s. 161

⁴⁹ Levin 2011 s. 162

⁵⁰ Levin 2011 s. 162

⁵¹ Levin 2011 s. 160

⁵² Bernitz m.fl. 2011 s. 90

⁵³ Bernitz m.fl. 2011 s. 91

⁵⁴ Olsson 2009 s. 123

⁵⁵ Levin 2011 s. 192

⁵⁶ Levin 2011 s. 144

(dvs omslaget till densamma) får ställas i skyltfönstret till en videobutik. Det innebär dock inte att 20 § URL tillåter att filmen i fråga får visas offentligt utan upphovsmakarens samtycke.⁵⁷ Exemplarframställning av ett eller ett fåtal exemplar av ett offentliggjort verk får göras, förutsatt att exemplarframställningen är avsedd för privat bruk (12 § URL). Det är således tillåtet att säkerhetskopiera en köpt CD-skiva för fall då originalskivan av någon anledning går sönder. Detta gäller dock inte för byggnadsverk (12 § 2 st 1 p URL), datorprogram (12 § 2 st 2 p URL) eller exemplar i digital form av sammanställningar i digital form (12 § 2 st 3 p URL). Det är inte heller tillåtet att för privat bruk låta annan framställa sådana exemplar (12 § 3 st URL). Rätten till exemplarframställning för eget bruk gäller endast då förlagan gjorts tillgänglig i enlighet med 2 § URL (12 § 4 st URL). Framställda exemplar får inte användas för andra ändamål.⁵⁸

2.7 Närstående rättigheter

Förutom regler om upphovsmakares och/eller -innehavares rätt till skapade verk innehåller URL även regler om skydd för "vissa upphovsrätten närstående rättigheter". Dessa prestationer har trots att de inte kan betecknas som litterära eller konstnärliga verk per se ansetts skyddsvärda, på grund av att de har ett nära samband med den litterära eller konstnärliga verksamheten.⁵⁹ De olika skyddsobjekten varierar från att vara personlighetspräglade till att vara rent ekonomiska.⁶⁰ Endast de närstående rättigheter som är av omedelbar relevans för den fortsatta framställningen kommer behandlas.

För musiker utgör de närstående rättigheterna en viktig inkomstkälla, då de bl.a. skyddar framförandet av ett skapat verk. Detta skydd för *utövande konstnärer* (45 § URL) ger en ensamrätt liknande den i 2 § URL för utövaren att förfoga över sitt framförande av ett litterärt eller konstnärligt verk eller uttryck av folklore genom att (1) göra upptagningar av ett framförande (2) framställa exemplar av framförandet, och (3) göra framförandet eller upptagning av det tillgängligt för allmänheten. Inget krav ställs på kvalitén av konstnärens prestation. Utövaren kan dock till följd av sin prestation även vara att anse som upphovsmakare, vilket t.ex. kan vara fallet för regissörer.⁶¹ Skyddet för utövande konstnärer gäller i 50 år (45 § 2 st URL), och liksom för upphovsrätt delas skyddet i ekonomiska och ideella rättigheter (45 § 3 st URL). I likhet med upphovsrättsligt skyddade verk får exemplar av upptagningar som lovligen överlåtits inom EES överlåtas vidare (45 § 4 st URL).

Närbeläget skyddet för utövande konstnärer är skyddet för *framställning av ljud- eller bildupptagningar* (46 § URL). I ett musikersammanhang kan som exempel medlemmar i ett band omfattas av 45 § URL vid en inspelning, medan producenten omfattas av 46 § URL. Generellt sett finns dock inget krav på att en ljud- eller bildupptagning ska avse ett verk; även upptagningar av till exempel

⁵⁷ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 20 § URL genom Zeteo

⁵⁸ Levin 2011 s. 197

⁵⁹ Bernitz m.fl. 2011 s. 111

⁶⁰ Levin 2011 s. 108

⁶¹ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 45 § URL genom Zeteo

fågelkvitter innefattas.⁶² Det är endast producenten, som kan vara en fysisk eller juridisk person, som erhåller skydd; den som exempelvis bistår med teknisk hjälp eller importerar en inspelning omfattas inte av paragrafen.⁶³ Liksom för utövande konstnärer har framställare av ljud- eller bildupptagningar en skyddstid om 50 år (46 § 2 st URL), och regler om konsumtion av rättigheten för exemplar som lovligen överlåtits gäller även för dessa (46 § 4 st URL).

Oavsett bestämmelserna i 45-46 §§ URL får enligt 47 § samma lag ljudupptagningar användas vid offentliga framföranden (1 st 1 p) och överföring till allmänheten (1 st 2 p). Offentliga framföranden innefattar alla typer av uppspelningar av ljudupptagningar – oavsett om framförandet görs i förvärvssyfte eller ideellt.⁶⁴ Således innefattas t.ex. framföranden som sker i förvärvssyfte på ett diskotek likväl som ideella framföranden på ett sjukhus eller museum.⁶⁵ Överföring till allmänheten sker typiskt sett då en ljudupptagning spelas upp i radio- eller TV-sändning. Vid överföring till allmänheten undantas dock fall då överföringen sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till ljudupptagningarna från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Distansöverföringar med interaktivitet, exempelvis då ljudupptagningar av verk görs tillgängliga för on-demand-lyssning på Internet, innefattas således fortfarande i en rättighetshavares ensamrätt.⁶⁶

Undantaget i 47 § URL utgör en tvångslicens,⁶⁷ vilket innebär att rättighetshavaren har rätt till ersättning för utnyttjandet. Som är fallet med andra tvångslicenser har en rättighetshavare enligt 47 § 2 st URL rätt till ersättning för utnyttjanden, och om parterna inte kan enas om ersättningsbelopp får detta prövas av domstol.⁶⁸ Rättigheter enligt 47 § URL förvaltas av Svenska Artisters & Musikers Intresseorganisation, SAMI, avseende 45 § URL och The International Federation of the Phonographic Industry, IFPI, avseende 46 § URL.⁶⁹

2.8 Upphovsrättens övergång

Regler om upphovsrättens övergång finns i 3 kap URL. En upphovsmakare kan enligt 27 § 1 st URL helt eller delvis överlåta sin upphovsrätt. Förvärvaren kan vara en eller flera fysiska eller juridiska personer.⁷⁰ Överlåtelse utgör i regel upphovsmakarens enda praktiska möjlighet att göra sitt verk ekonomiskt givande. En begränsning av denna möjlighet riskerar att minska verkets marknadsvärde, varför en rimlig balans är eftersträvanvärd.⁷¹

⁶² Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 46 § URL genom Zeteo

⁶³ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 46 § URL genom Zeteo

⁶⁴ Olsson 2009 s. 281

⁶⁵ Olsson 2009 s. 281

⁶⁶ Rosén 2006 s. 41

⁶⁷ Rosén 2006 s. 41

⁶⁸ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 47 § URL genom Zeteo

⁶⁹ Stannow & Hillerström 2010 s. 139

⁷⁰ Rosén 2006 s. 81

⁷¹ Levin 2011 s. 121

Det är endast den ekonomiska rätten till ett verk som är överlåtbar. Som en följd av detta är en överlåtelse av den ideella rätten ogiltig ifall den äger rum.⁷² Upphovsmakaren har däremot enligt 3 § 3 st URL en rätt att till viss del efterge sin ideella rätt såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket. Detta kan exempelvis bestå i att denne godkänner att verket utnyttjas på visst sätt i ett reklamsammanhang.⁷³ Det enda undantaget från regeln om att ideell rätt inte är överlåtbar finns i 40 a § URL och rör datorprogram skapade i anställningsförhållanden. Enligt denna regel övergår rätten till ett datorprogram skapat av en arbetstagare som ett led i dennes arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren till arbetsgivaren, om inte annat avtalats. En sådan övergång torde alltså innefatta upphovsrätten till programmet i sin helhet, inklusive den ideella delen (vilken oftast anses vara av ringa eller ingen betydelse).⁷⁴

Överlåtelse av exemplar av ett verk innebär inte att upphovsrätten till verket har överlåtits (27 § 2 st URL). Detta gäller såväl serietillverkade verk, såsom ett musikalbum eller en DVD-film, som unika verk, som en handmålad tavla (beställare av porträttbild har dock enligt 27 § 2 st URL en vetorätt mot överlåtande av sådan bild).⁷⁵ Detta gäller även omvänt; en författare som skickar in ett manuskript till ett förlag har i regel kvar äganderätten därtill och kan vid senare tillfälle kräva att återfå det (detta kan dock bedömas annorlunda vid prestationer av mindre personlig art).⁷⁶

Omfattningen av en överlåtelse varierar från fall till fall, och bestäms genom avtal mellan överlåtare och förvärvare. Det finns fog för att som utgångspunkt anse att extinktiva förvärv inte förekommer på området. En förvärvare kan således inte erhålla större rätt än vad överlåtaren förfogade över.⁷⁷ En överlåtelse kan som nämnt avse hela rätten eller en del därav. Det finns fyra sätt att begränsa en överlåtelse av upphovsrätt: i tid, i rum, med avseende på förfoganderättens innehåll, eller med avseende på styrkan hos rätten som förvärvas.⁷⁸ Vanligast är att en överlåtelse är partiell och endast innefattar en rätt att utnyttja verket i begränsade hänseenden.⁷⁹ URL gör ingen terminologisk skillnad på fullständiga och partiella överlåtelser, utan använder nästan uteslutande termen överlåtelse för att beskriva båda situationerna.⁸⁰ Inom doktrinen görs i regel skillnad på *överlåtelse* och *upplåtelse (licens)*.⁸¹ En överlåtelse innebär att överlåtaren oåterkalleligt skiljer sig från sin rätt, medan en upplåtelse är i tid och/eller på annat sätt begränsad.⁸² Den senare innebär alltså att en nyttjanderätt upplåts till mottagaren; äganderätten kvarstår hos upplåtaren.⁸³ En över- eller upplåtelse

⁷² Stannow & Hillström 2010 s. 86 f.

⁷³ Stannow & Hillström 2010 s. 87

⁷⁴ Olsson 2009 s. 119

⁷⁵ Levin 2011 s. 120

⁷⁶ Rosén 2006 s. 82

⁷⁷ Rosén 2006 s. 84

⁷⁸ Rosén 2006 s. 143

⁷⁹ Olsson 2009 s. 217

⁸⁰ Lätträknade undantag finns. Ett sådant gäller datorprogram som skapats i anställningsförhållanden. Där används istället ordet "övergår", se 40 a § URL.

⁸¹ Se härvid Olsson 2009 s. 217, Bernitz m.fl. 2011 s. 102 ff., Rosén 2006 s. 87 f., samt Levin 2011 s. 119

⁸² Rosén 2006 s. 87

⁸³ Olsson 2009 s. 217

behöver inte heller vara fullständig i fråga om rättens ursprungliga exklusivitet. Förfoganderätten kan nämligen ses som dels en *dispositions rätt*, dels en *förbuds rätt*, där den senare innebär att innehavaren ges ett skydd mot intrång från tredje person.⁸⁴ En licensupplåtelse kan därför vara *exklusiv*, vilket innebär att licenstagaren ges en ensamrätt i det avsedda hänseendet, eller *icke-exklusiv*, vilket innebär att andra licenstagare kan ges rätt att nyttja verket på samma sätt.⁸⁵ En upphovsmakare kan som nämnts på grund av reglerna i 3 § 3 st URL aldrig slutgiltigt överlåta utan endast efterge den ideella delen av sin upphovsrätt, varför upplåtelse ofta kan anses vara en mer korrekt benämning.⁸⁶ Det kan i praktiska sammanhang vara lämpligt att skilja på begreppen överlåtelse och upplåtelse för att åskådliggöra hur stor del av en upphovsrätt som avses överföras vid ett rättsförvärv.⁸⁷ I den fortsatta framställningen kommer emellertid ordet *överlåtelse* användas i enlighet med URL:s terminologi för bägge begreppens innebörder, förutom då en åtskillnad är av relevans i sammanhanget.

2.9 Vidareöverlåtelse och ändring

En överlåtelse av upphovsrätt till ett verk är på grund av upphovsrättens speciella natur ofta inte bara av ekonomisk betydelse för en upphovsmakare, utan berör även dennes personliga intressen i verket.⁸⁸ Förvärvare av upphovsrätt får därför enligt 28 § URL inte varken *ändra i verket* eller *vidareöverlåta rätten*, om det inte avtalats särskilt om detta. Detta kan ske genom uttrycklig såväl som tyst överenskommelse.⁸⁹

Att göra ändringar i ett verk kan vara av intresse för en förvärvare exempelvis då en förläggare vill göra strykningar och omformuleringar i ett verk som ska utges i bokform, eller då ett musikaliskt verk ska utges i populärversion (t.ex. för radiospelning).⁹⁰ Utgångspunkt är i sådana fall alltså att bestämmanderätten över eventuella ändringar tillkommer denne. En förvärvare ska anses ha rätt att ändra i verket endast om detta uttryckligen har medgivits av upphovsmakaren, eller på annat sätt framgår av omständigheterna.⁹¹ Det finns dock undantagsfall, då omständigheterna kan vara sådana att en förvärvare inte kan anses skyldig att återge verket i oförändrad form. Ett exempel på ett sådant undantagsfall är att det ibland kan vara nödvändigt att på grund av tekniska eller ekonomiska skäl frångå en arkitekturritning för en byggnad.⁹²

Det kan anses att bestämmelsen om vidareöverlåtelse har störst betydelse då ett verk har en stark konstnärlig prägel, då det i sådant fall torde vara av större vikt för en upphovsmakare att verket inte vidareöverlåts till en rättsinnehavare som denne inte har förtroende för.⁹³ Bestämmelsen gäller dock alla upphovsrättsligt

⁸⁴ Rosén 2006 s. 143

⁸⁵ Adamsson m.fl., Lagarna inom immaterialrätten, kommentar till 27 § URL genom Zeteo

⁸⁶ Rosén 2006 s. 87

⁸⁷ Rosén 2006 s. 88

⁸⁸ Prop. 1960:17 s. 178

⁸⁹ Olsson 2009 s. 224

⁹⁰ Prop. 1960:17 s. 178

⁹¹ Prop. 1960:17 s. 178

⁹² Olsson 2009 s. 224

⁹³ Rosén 2006 s. 182

skyddade verk, oavsett grad av personlig betydelse för upphovsmakaren. Motsvarande bestämmelser om vidareöverlåtelse av rättigheter finns även inom andra immaterialrättsliga områden; se härvid t.ex. 26 § ML, 43 § PL och 6 kap 4 § VML. Avtal om samtycke till vidareöverlåtelse kan träffas redan i samband med den ursprungliga överlåtelsen genom att förvärvaren ges en mer eller mindre generell rätt till vidareöverlåtelse, men det är även möjligt för upphovsmakaren att medge en vidareöverlåtelse då en sådan blir aktuell.⁹⁴ Undantag finns även från samtyckeskravet vid vidareöverlåtelse. Av 28 § URL framgår, att om rätten i fråga ingår i en rörelse, såsom en förlagsrörelse, får den överlåtas i samband med att rörelsen eller del av rörelsen överlåts. Det är i sådant fall fortfarande överlåtaren som ska svara för att avtalet fullgörs.⁹⁵

Då en rätt vidareöverlåts anses förvärvaren omfattas av de villkor som gällde för den ursprungliga överlåtelsen, samt de eventuella villkor som uppställs vid vidareöverlåtelsen. Förvärvaren blir därmed skyldig att uppfylla det ursprungliga överlåtelseavtalet gentemot upphovsmakaren, avseende förpliktelser som uppstår efter avtalets ingående. Överlåtarens förpliktelser gentemot upphovsmakaren kvarstår dock trots detta, såvida upphovsmakaren inte befriar denne från förpliktelserna i fråga.⁹⁶

⁹⁴ Prop. 1960:17 s. 178 f.

⁹⁵ Olsson 2009 s. 224

⁹⁶ Prop. 1960:17 s. 179

3 Upphovsrättsliga avtal

Upphovsrätten är en förmögenhetsrätt. Den kan således fritt disponeras genom avtal.⁹⁷ Denna frihet är dock inte absolut. Reglerna om överlåtelse innebär att en avtalsrättslig dimension tillförs upphovsrätten, där ramarna bestäms av URL:s bestämmelser och kompletteras av allmän avtalsrätt och gängse obligationsrättsliga regler.⁹⁸ För att få en fullständig bild av regelverket för upphovsrättsliga avtal måste därför både URL och kompletterande regler behandlas.

Som ovan visats (se 2.3 Skyddsobjektet) är upphovsrätten ett mycket brett rättsområde, vilket innefattar en stor mängd olika typer av verk. Stor diskrepans finns därför mellan olika avtalstyper vad gäller upphovsrätt; detta varierar bl.a. beroende på i vilket sammanhang och inom vilken bransch som verket är skapat. Området innefattar allt ifrån enkla tillstånd till enstaka utnyttjanden, till kollektiva massöverlåtelser över lång tid.⁹⁹ Därtill kan avtal vara generellt formulerade eller preciserade.

3.1 Avtalsbestämmelser i URL

Grundtanken med URL:s överlåtelser regler är att den laggivna ensamrätten ska skapa ett gott underlag för avtal för rättsinnehavaren, men samtidigt bevara friheten för kontrahenterna att fritt utforma innehållet i sitt mellanhavande.¹⁰⁰ Många av reglerna är dispositiva, och anger uttryckligen i lagtexten att avsteg får göras i avtal. Avtal inom musikbranschen är vanligen skriftliga. Detta har en uppenbar fördel ur bevishänseende vid konflikter rörande alltifrån såväl tidpunkten för avtalets ingående som villkoren för en överlåtelse. Därtill söker reglerna om överlåtelse i 3 kap URL få kontrahenter att utforma avtal med klara villkor, vilket i vart fall torde påkalla skriftlig form vid avvikelser från kapitlets dispositiva regler.¹⁰¹

Upphovsrätten saknar särskilda sakrättsliga regler.¹⁰² Som utgångspunkt blir därför avtalet avgörande för partsförhållandet, och ska respekteras även av tredje person.¹⁰³ Det finns således fog för att som utgångspunkt anse att extinktiva förvärv inte förekommer på området, varför en förvärvare inte kan erhålla större eller annan rätt än överlåtaren initialt förfogade över.¹⁰⁴ Detta gäller partiella såväl som fullständiga överlåtelser.¹⁰⁵ Vid dubbelöverlåtelse gäller tidsprioritet, och rättigheten tillfaller således den förste förvärvaren.¹⁰⁶

⁹⁷ Levin 2011 s. 119

⁹⁸ Rosén 2006 s. 21

⁹⁹ Rosén 2006 s. 22

¹⁰⁰ Rosén 2006 s. 80

¹⁰¹ Rosén 2006 s. 83

¹⁰² Rosén 2006 s. 84

¹⁰³ Levin 2011 s. 503

¹⁰⁴ Rosén 2006 s. 84

¹⁰⁵ Levin 2011 s. 503

¹⁰⁶ Bernitz m.fl. 2011 s. 311

En majoritet av reglerna i 3 kap URL är alltså dispositiva. Detta gäller för grundreglerna i 27-28 §§ URL. En indispositiv regel finns i 29 § URL och avser uthyrningsrätter av ljud- och videoinspelningar. Paragrafen ger en upphovsmakare som överlåtit sin rätt till uthyrning av ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder rätt till skälig ersättning (1 st), och avtalsvillkor som inskränker denna rätt är ogiltiga (2 st). Den tillkom 1997 till följd av EG:s uthyrningsdirektiv¹⁰⁷, och utgör en potentiellt viktig inkomstkälla för de upphovsmakare som den adresseras till. Regeln har dock kritiserats för att vara ineffektiv i praktiken.¹⁰⁸

Förutom de ovan angivna reglerna om överlåtelse innehåller 3 kap ett antal mer specialiserade bestämmelser, vilka berör delar av upphovsrätten som inte är av intresse för den fortsatta framställningen. Dessa bestämmelser kommer därför inte behandlas här.

3.2 Allmän avtalsrätt

Som framgår av föregående avsnitt är utgångspunkten i URL:s överlåtelser regler att parterna själva ska få bestämma omfattningen och utformningen av en överlåtelse. Det är dock inte endast URL som utgör regelverk för upphovsrättsliga avtal. Upphovsrättens förmögenhetsrättsliga karaktär innebär att reglerna faller inom ramen för den allmänna avtalsrätten. Således är avtalslagen (1915:218), AvtL, i relevanta delar tillämplig på upphovsrättsliga avtal.

Huvudregeln för överlåtelse av upphovsrätter är att avtalsfrihet råder.¹⁰⁹ Avtalsfriheten innebär enligt allmän avtalsrätt att en fysisk eller juridisk person själv bestämmer om och i så fall med vem ett avtal ska ingås, samt avtalets innehåll.¹¹⁰ Då URL inte uppställer något formkrav för avtals ingående kan ett avtal om överlåtelse komma till stånd genom de beteenden som accepteras som grunder för överenskommelse inom svensk privaträtt, inklusive konkludent handlande och sedvana.¹¹¹ Principen om konsensualavtal från den allmänna avtalsrätten gäller för upphovsrättsliga avtal; avtal anses således ingångna då båda parter är överens.¹¹² Det kan även tänkas att passivitet i vissa fall kan innebära avtalsbundenhet, jfr 4 § 2 st AvtL.¹¹³ Korrekt ingånget avtal innebär en avtalsbundenhet, dvs en skyldighet för parterna att efterfölja avtalet och därmed sina avtalslöften.¹¹⁴ I likhet med andra förmögenhetsrättsliga avtal medför upphovsrättsliga avtal att biförpliktelser skapas utanför själva avtalets innehåll. Bland dessa biförpliktelser ingår en lojalitetsplikt. Parterna är pliktiga avstå från

¹⁰⁷ Direktiv 92/100/EEG av den 19:e november 1992 om uthyrning och utlåning och vissa upphovsrätten närliggande rättigheter. Direktivet har sedermera upphävts och ersatts av direktiv 2006/115/EG.

¹⁰⁸ Bernitz m.fl. s. 103

¹⁰⁹ Olsson 2009 s. 225

¹¹⁰ Ramberg 2010 s. 30

¹¹¹ Rosén 2006 s. 83

¹¹² Rosén 2006 s. 83

¹¹³ Rosén 2006 s. 83

¹¹⁴ Ramberg 2010 s. 30

handlingar som kan hindra eller försvåra ett rättsutnyttjande.¹¹⁵ Detta innebär att en överlåtares möjligheter att utnyttja befogenheter som kvarstår hos denne begränsas, framför allt genom att överlåtaren måste avstå från konkurrerande verksamhet som skulle minska förvärvarens rätt.¹¹⁶ Dispositionsfriheten begränsas även för förvärvaren i och med bestämmelsen i 28 § URL (se ovan 2.8.1 Vidareöverlåtelse och ändring). Till följd av ökad inspiration från den angloamerikanska traditionen av långa och detaljrika avtal har den allmänna avtalsrätten kommit att bli allt viktigare inom svensk rätt, varför dispositiva bestämmelser om speciella avtalstyper ofta avtalas bort.¹¹⁷ Detta gäller generellt sett även upphovsrätten. För att motverka missbruk av avtalsfriheten har domstolarnas uppgift vid avtalsrättsliga tvister successivt kommit att omfatta kontroll av partsbalansen i avtal.¹¹⁸ Det ska dock tilläggas att många upphovsrättsliga tvister avgörs genom förlikning, varför tillgänglig praxis är tämligen begränsad.¹¹⁹

Inom upphovsrättens område kan det i högre grad än vad som i övrigt är vanligt i avtalsförhållanden vara svårt att överblicka de framtida konsekvenserna av ett avtal, rörande exempelvis huruvida ett verk kommer att bli mer efterfrågat än vad som förväntats då det omsätts på en marknad, eller huruvida det tillkommer nya sätt för en konsument att tillgodogöra sig verket.¹²⁰ På populärmusikmarknaden kan man tänka sig att en låt som bara tänkts spelas på lokalradio plötsligt blir populär nationellt (eller till och med internationellt), och att en musikvideo därför spelas in och får speltid på diverse TV-kanaler. Därtill är upphovsmakare ofta oinsatta i de ekonomiska och affärsmässiga överväganden som är erforderliga för att bedöma värdet av rätten de överlåter.¹²¹ I situationer där ett överlåtelseavtal har kommit att innehålla svårtolkade och/eller orättfärdiga villkor kan allmänavtalsrättsliga regler om avtalstolkning och jämkning aktualiseras.

3.2.1 Avtalstolkning

Ett avtals uppgift är att reglera de inbördes relationerna mellan avtalsparterna.¹²² Innebörden av ett ingånget avtal kan emellertid av olika anledningar vara svår att tyda. Detta behöver inte bero på oklarheter vid avtalets ingående, utan kan även bero på senare inträffade omständigheter. Då ett avtal innehåller bestämmelser som är oklara kan behov av avtalstolkning uppstå.

Avtalstolkning i vid bemärkelse innebär att man söker fastställa ett avtals innehåll och rättsverkningar.¹²³ Området är omfattande och detaljrikt, och en fullständig genomgång av det skulle falla utanför omfånget av detta arbete. Det ska därför endast översiktligt behandlas här. Tolkning delas i regel in i dels *egentlig*

¹¹⁵ Levin 2011 s. 121

¹¹⁶ Levin 2011 s. 122

¹¹⁷ Ramberg 2010 s. 22

¹¹⁸ Adlercreutz II 2010 s. 107

¹¹⁹ Rosén 2006 s. 108

¹²⁰ Prop. 1960:17 s. 181

¹²¹ Prop. 1960:17 s. 181

¹²² Adlercreutz II 2010 s. 13

¹²³ Adlercreutz II 2010 s. 15

*tolkning/tolkning i inskränkt bemärkelse, dels utfyllning.*¹²⁴ Dessa begrepp är delvis överlappande, och definitionsskillnader mellan dem är inte av intresse för den fortsatta framställningen, varför avtalstolkning i vid mening i den fortsatta framställningen används för att beskriva bägge företeelserna.

Materialet som används vid tolkning av ett avtal benämns i regel *tolkningsdata*,¹²⁵ vilket avser "alla de för avtalssituationen speciella fakta som kan få betydelse vid bedömningen av vad som skall gälla mellan parterna".¹²⁶ Till dessa hör avtalets lydelse, sådant som förekommit vid avtalsförhandlingar, omständigheter vid ingåendet, partsvilja och parts uppfattning om avtalets innebörd.¹²⁷

Utgångspunkten för avtalstolkning är ordalydelsen i ett avtal.¹²⁸ Därmed är emellertid inte sagt att detta är det viktigaste tolkningsdatumet. Ett avtal kan sägas utgöra "en förening av två med varandra korresponderande viljeförklaringar".¹²⁹ Den skriftliga lydelsen av ett avtal anses därmed inte utgöra själva avtalet, utan ses som ett bevismedel för vad som avtalats.¹³⁰ Således anses alltså den gemensamma partsavsikten, eller partsviljan, vara viktigare än avtalets lydelse.¹³¹ Den gemensamma partsavsikten kan dock vara svår att fastställa. När detta visar sig omöjligt, antingen på grund av bevisvärigheter eller på grund av parternas delade meningar, blir det istället aktuellt att utgå från avtalets objektiva lydelse.¹³² Avtalstexten är av stor praktisk betydelse ur ett bevishänseende; ett skriftligt avtal har så stark bevisverkan att det presumeras innehålla det som parterna enats om.¹³³ I fall då ordalydelsen i ett avtal är otydlig, oklar eller på annat sätt felaktig kan den behöva korrigeras (tolkas i strid mot entydig ordalydelse) och/eller preciseras.¹³⁴ Individuella bestämmelser anses ha företräde framför standardvillkor,¹³⁵ och preciserade bestämmelser anses ha företräde framför vaga bestämmelser.¹³⁶ Skulle den ena partens tolkning av ett oklart avtal ge bäst stöd för eller vara förenlig med lydelsen kan detta räcka för att föranleda en presumtion till stöd för denna uppfattning.¹³⁷ Även fakta som inte ingår i själva avtalstexten kan utgöra tolkningsdata. Dessa kan under vissa förutsättningar intolkas i avtalet.¹³⁸ Detta gäller bl.a. hänvisat material, sådant som framkommit under avtalsförhandlingar och handelsbruk eller andra sedvänjor.¹³⁹ Fakta som tillkommit efter avtalsslut saknar i princip betydelse, utom möjligen som bevisfakta för vad parterna anser att avtalsslutet har inneburit.¹⁴⁰ En särskild problemsituation kan uppstå då ett avtal som är föremål för tolkning är slutet på

¹²⁴ Se Adlercreutz II 2010 s. 15, Ramberg 2010 s. 147 f.

¹²⁵ Adlercreutz II 2010 s. 45, Bernitz 2008 s. 79

¹²⁶ Adlercreutz II 2010 s. 45.

¹²⁷ Adlercreutz II 2010 s. 45

¹²⁸ Ramberg 2010 s. 148

¹²⁹ Adlercreutz II 2010 s. 57

¹³⁰ Adlercreutz II 2010 s. 57

¹³¹ Adlercreutz II 2010 s. 58. Eventuellt håller partsviljans betydelse på att minska hos svenska domstolar, se Adlercreutz II 2010 s. 21

¹³² Bernitz m.fl. 2011 s. 393 f.

¹³³ Adlercreutz II 2010 s. 59, jfr Ramberg 2010 s. 148 f.

¹³⁴ Ramberg 2010 s. 150 f

¹³⁵ Bernitz 2008 s. 85

¹³⁶ Adlercreutz II 2010 s. 61 f.

¹³⁷ Adlercreutz II 2010 s. 61

¹³⁸ Adlercreutz II 2010 s. 70

¹³⁹ Adlercreutz II 2010 s. 70 ff

¹⁴⁰ Adlercreutz II 2010 s. 54

ett främmande språk. Exempelvis har engelskan blivit ett allt vanligare avtalspråk i Sverige, även mellan svenska avtalsparter, vilket kan innebära att engelska uttryck används utan att parterna är fullt införstådda med deras betydelse. I sådana fall är det inte klart huruvida uttrycket skulle komma att tolkas utifrån engelsk eller svensk juridisk kontext.¹⁴¹

Då en parts tolkning väljs före en annan ska otydliga avtal enligt den s.k. *minimiregeln* tolkas så att det minst betungande resultatet åläggs den förpliktade parten.¹⁴² Den dispositiva rätten fyller en viktig funktion då ett avtal inte behandlar en uppkommen situation; i sådana fall är den ämnad att fylla ut luckorna i avtalet, så kallad *gap filling*.¹⁴³ Detta gäller inte bara lagtext, även andra normer kan vara beaktningsvärda.¹⁴⁴ Därmed är dock inte sagt att parterna per automatik ämnar låta dispositiv rätt fylla ut en del av ett avtal, då de medvetet utelämnat att beröra en viss fråga. I sådana fall kan problem uppstå huruvida dispositiv rätt eller parternas underförstådda vilja ska gälla.¹⁴⁵

De allmänavtalsrättsliga reglerna är främst utvecklade med rättsområden såsom varuhandel i åtanke. Därför är de inte helt anpassade till immaterialrätter. Vid tolkning av upphovsrättsliga överlåtelseavtal anses därför en strikt avtalstolkning avgörande. Detta är också en bidragande orsak till behovet av detaljerade avtal inom området.¹⁴⁶ Avtal inom upphovsrättens område innehåller ofta standardbestämmelser. I en del fall, såsom vid ansökan av medlemskap i en upphovsrättslig förvaltningsorganisation (se nedan 4 Upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer), använder man sig ofta av tryckta formulär för motparter som önskar ingå avtal. I sådana fall kan regler om standardavtal tillämpas. Standardvillkor kan under givna förutsättningar intolkas i ett avtal.¹⁴⁷ Härvid gäller dock vid domstolsprövning att part som önskar inkorporera oväntade eller tyngande klausuler i avtalet i de flesta fall måste göra dessa synbara för motparten.¹⁴⁸ Detta utgör en typ av *dold kontroll*, vilket innebär att domstolen istället för att utföra en jämkning för att fastslå ett visst i domstolens ögon rimligt villkor intolkar samma villkor i det redan befintliga avtalet.¹⁴⁹ Det förstnämnda fallet, då en domstol använder sig av lagstiftning och andra regler för att åstadkomma samma resultat, brukar benämnas *öppen kontroll*, mer om detta under 3.2.2 Jämknings av avtal nedan.

Då en tolkning gäller allmänna villkor i ett standardavtal är den gemensamma partsavsikten inte till lika stor vägledning som för individuellt framförhandlade villkor. Därför används ofta andra tolkningsprinciper för standardvillkor.¹⁵⁰ Generellt sett ges villkor som skrivits in i ett standardformulär företräde före det förtryckta innehållet i formuläret.¹⁵¹ Denna tolkningsprincip kallas något passande

¹⁴¹ Ramberg 2010 s. 153

¹⁴² Ramberg 2010 s. 154

¹⁴³ Ramberg 2010 s. 153

¹⁴⁴ Ramberg 2010 s. 155

¹⁴⁵ Ramberg 2010 s. 154

¹⁴⁶ Levin 2011 s. 502

¹⁴⁷ Adlercreutz II 2010 s. 75

¹⁴⁸ Adlercreutz II 2010 s. 76

¹⁴⁹ Ramberg 2010 s. 169, Adlercreutz 2010 II s. 107

¹⁵⁰ Bernitz 2008 s. 84 f.

¹⁵¹ Bernitz 2008 s. 85

för "skrivet går före tryckt".¹⁵² En relaterad princip är "muntligt går före tryckt", vilken innebär att särskilda muntliga utfästelser eller åtaganden går före allmänna villkor.¹⁵³ Som tidigare nämnts gäller även att preciserade/individuellt avtalade villkor vid oklara avtal gäller före standardvillkor. I fall där två klausuler i ett standardavtal är oöverensstämmande bör därmed den mer preciserade av de bägge gälla.¹⁵⁴ Reglerna om standardavtal bör i praktiken ge stöd till den enskilde upphovsmakaren, men är inte särskilt utformade i syfte att gagna denne. Detta är snarare ett resultat av uppfattningen att formulär som är ensidigt upprättade av professionella aktörer bör tolkas restriktivt mot dem vad gäller oklarheter och tyngande eller oväntade klausuler.¹⁵⁵ Denna syn ges av *oklarhetsregeln*, enligt vilken en oklarhet i ett avtal ska tolkas till nackdel till den part som är skyldig till oklarheten i fråga. Oklarhetsregeln finns visserligen lagfäst rörande konsumentförhållanden i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden 10 §, men dess rådande status är något omtvistad inom doktrinen.¹⁵⁶ Den torde emellertid vara användbar främst vid tolkning av oklara avtal som är ensidigt utformade; särskilt ensidigt utformade standardavtal.¹⁵⁷ För sådana avtal leder oklarhetsregeln till en snäv tolkning.¹⁵⁸ Ett typfall är ett av ett gramfonbolag ensidigt upprättat avtal, där motparten är en i avtalsammanhang oerfaren kontrahent. Det kan dock inte uteslutas att ett standardformulär upprättat av en motstående intresseorganisation skulle kunna vara oskäligt mot någon av parterna i det enskilda fallet.¹⁵⁹

Inom upphovsrätten är det som ovan nämnts vanligt att den förvärvande parten presenterar ett ensidigt utformat avtal innehållande standardklausuler, eller ett färdigt formulär. Därför har en egen tolkningsregel kommit att utvecklas för tolkning av sådana avtal, vilken bär vissa likheter med oklarhetsregeln. Denna tolkningsregel, kallad specifikationsprincipen, ska behandlas nedan.

3.2.2 Specifikationsprincipen

Upphovsrättsliga överlåtelseavtal omfattas alltså av den allmänna avtalsrätten, och därmed av de tolkningsregler som beskrivits i föregående avsnitt. Därtill finns till följd av upphovsrättens speciella natur regler vilka är särskilda för immaterialrätter i allmänhet och/eller för upphovsrätten i synnerhet. Följaktligen måste samtliga beaktas då ett upphovsrättsavtal ska tolkas.

Generellt sett anses det att överlåtelser i praktiska sammanhang ska vara specificerade och precisa för att förebygga problemsituationer. Härvid brukar man hänvisa till den s.k. *specifikationsprincipen*, vilken anger att de delar av en upphovsrätt som inte uttryckligen enligt avtal har överlåtits anses stanna hos upphovsmakaren.¹⁶⁰ Specifikationsprincipen brukar ses som en presumtion mot

¹⁵² Bernitz 2008 s. 85, Ramberg 2010 s. 160

¹⁵³ Bernitz 2008 s. 86

¹⁵⁴ Bernitz 2008 s. 86

¹⁵⁵ Rosén 2006 s. 116

¹⁵⁶ Se Ramberg 2010 s. 173 f., jfr Adlercreutz II 2010 s. 111 och Bernitz 2008 s. 89 f.

¹⁵⁷ Adlercreutz II 2010 s. 115

¹⁵⁸ Bernitz 2008 s. 89

¹⁵⁹ Rosén 2006 s. 116 f.

¹⁶⁰ Olsson 2009 s. 216

totalöverlåtelse eller på annat sätt onödigt omfattande överlåtelse.¹⁶¹ I detta brukar läggas att det är förvärvarens ansvar att klargöra omfattningen av en överlåtelse.¹⁶² En given rätt att utnyttja ett verk på ett bestämt sätt innebär inte att verket får nyttjas på ett annat sätt.¹⁶³

Terminologin kring specifikationsprincipen förefaller något oprecis inom svensk praxis och doktrin. Många författare ställer specialitetsgrundsatsen som synonym till specifikationsprincipen eller specialitetsprincipen, eller underlåter i vart fall att göra en uttrycklig åtskillnad mellan dessa.¹⁶⁴ Härvid förefaller dock Levin vara konsekvent i sitt användande av termen "specifikationsgrundsatsen".¹⁶⁵ Begreppsförvirringen har uppmärksammats av Nordell, som har sökt definiera begreppet bättre. Nordell gör skillnad mellan å ena sidan *specialitetsgrundsatsen* och å andra sidan *specialitetsprincipen/specifikationsprincipen*.¹⁶⁶ Specialitetsgrundsatsen innebär enligt Nordell att inte mer av upphovsrätten än vad som uttryckligen framgår av avtalet ska anses ha överlåtit och specifikationsprincipen/specialitetsprincipen innebär att omfattande och otydliga eller tysta avtal ska tolkas restriktivt eller inskränkande till upphovsmakarens förmån.¹⁶⁷ Denna uppdelning har hänvisats till och använts i exempelvis NJA 2010 s. 559 (mer om detta fall nedan) och delbetänkandet SOU 2010:24, vilket är en del av ett översynsarbete av nuvarande URL (Upphovsrättsutredningen).¹⁶⁸ Den gjorda uppdelningen av begreppen kan antas betyda att en åtskillnad är eftersträvansvärd från Högsta Domstolens och lagstiftarens håll. Begreppen är dock varandra överlappande, och då sagda åtskillnad ännu inte tycks ha fått uttryckligt genomslag inom doktrinen kommer begreppet "specifikationsprincipen" användas för att beskriva innebörden av båda begreppen även i den fortsatta framställningen.

Specifikationsprincipen innebär ett avsteg från huvudprincipen inom allmän avtalsrätt att söka utröna den gemensamma partsviljan, och kan snarare sägas vara till fördel för upphovsmakaren.¹⁶⁹ Detta kan anses hänga samman med upphovsrättens syfte att belöna upphovsmakaren för dennes skapandeinsats.¹⁷⁰ Då oklarheter uppstår om ett verks nyttjande till följd av ett avtal innebär specifikationsprincipen att avtalet i regel kommer tolkas restriktivt. Det är alltså endast de särskilda befogenheter som uttryckligen anges i avtalet som tillkommer förvärvaren. Detta följer av allmänna upphovsrättsliga tolkningsprinciper, vilka i regel innebär en tolkning till upphovsmakarens fördel.¹⁷¹ Specifikationsprincipen kan således i viss utsträckning ses som en vidareutveckling av oklarhetsregeln (se ovan 3.2.1. Avtalsstolkning).¹⁷² Alla typer av överlåtelse av upphovsrätt omfattas av specifikationsprincipen.¹⁷³ Det föreligger sällan skäl till att anta att ett avtal som

¹⁶¹ Rosén 2006 s. 153

¹⁶² SOU 2010:24 s. 94

¹⁶³ SOU 1956:25 s. 277

¹⁶⁴ Se härvid Rosén 2006 s. 152, Bernitz m.fl. 2011 s. 394, Olsson 2009 s. 216

¹⁶⁵ Se Levin 2011 s. 120 och s. 505 f.

¹⁶⁶ Nordell, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 2008 s. 313 ff.

¹⁶⁷ Nordell, NIR 2008 s. 328

¹⁶⁸ SOU 2010:24 s. 93 f. och NJA 2010 s. 559

¹⁶⁹ Wainikka, SvJT 2007 s. 604

¹⁷⁰ Rosén 2006 s. 153

¹⁷¹ Levin 2011 s. 120, jfr Calissendorff, Ny Juridik 2:98 s. 92

¹⁷² Bernitz m.fl. 2011 s. 394

¹⁷³ Rosén 2006 s. 152

är oklart utformat avser en fullständig överlåtelse, då en förvärvare inte förväntas ha behov av en större del av rätten än vad som är brukligt inom dennes vanliga verksamhetsområde. Vanligast inom upphovsrätter till konstnärligt orienterade verk såsom musikaliska verk är därför att överlåtelser förväntas vara partiella och specificerade.¹⁷⁴ Det är inte ovanligt att utnyttjanden som inte är tillräckligt preciserade kan upphävas.¹⁷⁵

Det skydd som specificationsprincipen kan sägas ge uphovsmakaren innebär emellertid inte att denne är helt fredad från ansvar vid ingående av avtal. I fallet NJA 2004 s. 363 fick en fotograf finna sig i att få sin rätt till tagna fotografier inskränkt. Fotografierna var tagna på uppdrag av Röda Korset för användande i informationsbroschyrer. Efter att nya upplagor av broschyrerna tryckts upp utan fotografens samtycke, uppstod konflikt om omfattningen av användandet. Fotografen hävdade att Röda Korset använt bilderna i större utsträckning än vad som överenskommit, och att Röda Korset därmed enligt fotografen hade gjort intrång i dennes upphovsrätt till bilderna. HD konstaterade emellertid att ett intrång inte hade skett, detta på grund av att fotografen inte varit tydlig nog i vilka begränsningar som skulle gälla för omfattningen av utnyttjandet.

I fall som rör verk skapade i uppdragssituationer innebär specificationsprincipen en mycket stark presumtion för att upphovsrätten, om annat inte avtalats, stannar hos uppdragstagaren.¹⁷⁶ Ett nyligen avgjort rättsfall (NJA 2010 s. 559) belyste detta. Fallet handlade om omslagsfotot till en CD-skiva med sånger av Evert Taube. CD-skivan i fråga gavs ut av skivbolaget EMI Music och såldes bl.a. hos varuhuskedjan Åhléns. Som en del i marknadsföringen av skivan inkluderade Åhléns omslagsbilden i en reklamkatalog. Fotografen som hade tagit omslagsbilden i fråga gjorde bl.a. gällande att han endast hade överlåtit rätt till EMI att använda bilden på skivomslag, och att någon rätt för tredje part att använda bilden i reklamsammanhang inte förelåg. Då Åhléns inte hade inhämtat fotografens samtycke för användandet av omslagsbilden ansåg denne att en otillåten vidareöverlåtelse hade skett, och att därmed ett upphovsrättsintrång förelåg, varför Åhléns skulle betala skadestånd. Åhléns hävdade å sin sida att det visserligen inte fanns något avtal mellan fotografen och Åhléns, men att det av avtalet mellan EMI och Åhléns framgick att Åhléns hade rätt att använda fotografiet i marknadsföringssammanhang. HD konstaterade att det måste stå klart för en uphovsmakare, att när denne har upplåtit en rätt till en producent att använda ett verk för att pryda en förpackning av varor avsedda för konsumentmarknaden, så förutsätter producentens avsättning av varorna att de marknadsförs. Det fick enligt HD anses underförstått att ett avtal om upplåtelse av det slag som var aktuellt i fallet, om inte annat klargjorts av uphovsmakaren, även omfattar en rätt till marknadsföring. Åhléns friades därför av HD, och ingen ersättning skulle utbetalas till fotografen för användandet. Två justitieråd var emellertid skiljaktiga, och ansåg att omfånget av användandet i förhandlingarna mellan EMI och fotografen inte hade preciserats tillräckligt för att föranleda att samtycke förelåg för det aktuella utnyttjandet.

¹⁷⁴ Rosén 2006 s. 151 f.

¹⁷⁵ Levin 2011 s. 120

¹⁷⁶ Bengtsson, Ny Juridik 4:05 s. 48

Även i andra fall har hänvisats till specifikationsprincipen. Se härvid t.ex. Svea Hovrätts dom 2004-04-08 i mål T 1958-03 och Svea Hovrätts dom 2007-05-02 i mål T 9659-05. Principen anses även ha kommit till uttryck i NJA 1964 s. 99 (som rörde äganderätten till en kartong vilken använts till en beställd vävnad) och NJA 1967 s. 143 (som rörde teckningar som överlämnats för tryck i en tidning).¹⁷⁷

Specifikationsprincipen finns lagfäst i Norge (39 a § Norska Åndsverksloven)¹⁷⁸ och Danmark (53 § 3 st Danska Ophavsretsloven)¹⁷⁹. Ett liknande stadgande fanns tidigare inom svensk rätt, men en motsvarande bestämmelse intogs inte i nu gällande URL då detta ansågs gälla även utan särskilt stadgande.¹⁸⁰ Denna uppfattning hos lagstiftaren har sedermera ändrats, och Upphovsrättsutredningen har i delbetänkandet SOU 2010:24 föreslagit att specifikationsprincipen åter ska kodifieras i lag.

3.2.3 Jämkning av avtalsvillkor

Då en avtalsituation innebär ett ojämbördigt förhållande mellan parterna, såsom ofta är fallet i de situationer som avses i detta arbete, finns en risk för att avtalet ska komma att innehålla villkor som gynnar den ena parten eller är på annat sätt oskäligen. I situationer då den dolda kontroll som beskrivits ovan (se 3.2.1 Avtalsstolkning) är otillräcklig för att åtgärda medvetna eller omedvetna brister i ett avtal kan ett jämningsförfarande med öppen kontroll istället komma att aktualiseras. Härvid har generalklausulen i 36 § AvtL en särskilt viktig roll. Tidigare fanns en regel om jämkning intagen i 29 § URL för att åtgärda oskäligen villkor i upphovsrättsliga överlåtelseavtal. Numera är istället avtalslagen tillämplig på dessa. I och med införandet av 36 § AvtL 1976 togs 29 § URL därför bort.¹⁸¹ Många av uttalandena till den upphävda 29 § URL har också blivit ersatta av förarbetena till 36 § AvtL.¹⁸² I de senare uttryckte Svenska Författarförbundet och Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd (KLYS) oro över att bestämmelsen inte skulle komma att ge ett lika vidsträckt skydd för upphovsmakarna som 29 § URL. De anförde bl.a. att 29 § URL över huvud taget inte var avsedd att åberopas av en överlägsen part, och att ett upphävande av paragrafen skulle innebära försämrade villkor för upphovsmakarna. För fall att den nya generalklausulen skulle införas, fick detta i vart fall inte innebära att den praxis som utarbetats för 29 § URL skulle komma att försvagas.¹⁸³ Ingen förändring i sak avsågs emellertid med lagändringen.¹⁸⁴ Det kan snarare sägas att enskilda upphovsmakare i viss mån har gynnats av införandet av 36 § AvtL.¹⁸⁵

Avtalsvillkor kan enligt 36 § 1 st AvtL jämkas eller lämnas utan avseende, ifall de anses oskäligen med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Särskild

¹⁷⁷ Levin 2011 s. 505 f.

¹⁷⁸ Lov om opphavsrett til åndsverk av 12. mai 1961

¹⁷⁹ Lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret

¹⁸⁰ SOU 1956:25 s. 310

¹⁸¹ Olsson 2009 s. 225 f.

¹⁸² Rosén 2006 s. 114

¹⁸³ Prop. 1975/76:81 s. 77

¹⁸⁴ Bernitz m.fl. 2011 s. 104

¹⁸⁵ Rosén 2006 s. 113

hänsyn ska tas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet (36 § 2 st AvtL). Öppen kontroll innebär alltså ett förskjutande av partsbalansen.¹⁸⁶ Vid införandet av 36 § framhölls upphovsmakarens ofta underlägsna ställning gentemot sin motpart som ett argument för en tillämpning av paragrafen som erbjuder upphovsmakaren erforderligt skydd.¹⁸⁷ Det ska dock påpekas att en ojämn partsbalans inte är oskäligen i sig; det är avtalsvillkoren som bedöms, inte parterna. Generalklausulen förutsätter varken uppsåt (dolus) eller oaktsamhet (culpa) för att vara tillämplig, utan kan även användas då en oskälighet uppstått till följd av ett vilseledande som skett i god tro.¹⁸⁸

Vid upphovsrättsliga överlåtelseavtal kan generalklausulen i 36 § AvtL typiskt sett vara lämpad för korrigeringar av innehållet i vidlyftiga och diffusa överlåtelser, både gällande förvärvets innehåll och dess utsträckning i tid. Detta gäller särskilt då omfattningen av förvärvet inte motsvarar vederlaget eller annan rimlig motprestation, såsom att marknadsföra verket.¹⁸⁹ Anmärkningsvärt nog tycks 36 § AvtL på grund av en lagteknisk brist inte omfatta eftergift av ideella rättigheter, då sådana egentligen anses ligga utanför förmögenhetsrättens område.¹⁹⁰ I Upphovsrättsutredningens slutbetänkande SOU 2011:32 föreslås därför en jämningsparagraf i 5 kap 3 § URL, vilken särskilt hänvisar till 36 § AvtL. Denna jämningsparagraf innehåller även en anvisning om att 36 § AvtL ska vara tillämplig på avtal rörande ideella rättigheter.

Omfånget för 36 § AvtL är stort, och bestämmelsens applicerbarhet på upphovsrättsliga avtal är inte omtvistad. Den har dock hittills tillmätts liten betydelse vid fall rörande immaterialrättsliga avtal, och har bara tillämpats i undantagsfall.

Svea Hovrätts dom 1989-04-24, NIR 1989 s. 394 (*Konstkort*) handlade om ett upphovsrättsligt överlåtelseavtal, vilket kom att jämkas på grund av de alltför långtgående förpliktelser det ställde på upphovsmakaren. En konstnär slöt avtal med ett förlag om överlåtelse av teckningar som han ritat åt förlaget. Parterna hade arbetat tillsammans i decennier utan att uttryckligen reglera förhållandet dem emellan. Enligt avtalet skulle all upphovsrätt till de verk konstnären skapat åt förlaget övergå till detta, tillsammans med framtida verk för 20 år framåt från avtalstillfället. Konstnären väckte talan i tingsrätten om hävande av avtalet med hänvisning till 36 §, vilket bifölls. Denna dom fastslogs sedan av Svea Hovrätt, som hänvisade till avtalets vidsträckta omfattning och giltighetstid, och konstnärens underlägsna ställning i avtalsförhållandet.

Svea Hovrätts beslut i mål Ö 7083-05 (NEG Network Entertainment) gällde en skiljeklausul i ett förlagsavtal mellan ett skivbolag och en musikgrupp. Musikgruppen väckte talan i Stockholms Tingsrätt om intrång i sin upphovsrätt från skivbolagets sida. Bolaget hävdade dock att Tingsrätten på grund av en skiljeklausul var fel forum och att rättegångshinder därför förelåg. Musikgruppen ansåg med hänvisning till 36 § AvtL att skiljeklausulen skulle jämkas. Rättsfallet

¹⁸⁶ Adlercreutz II 2010 s. 107

¹⁸⁷ Prop. 1975/76:81 s. 19

¹⁸⁸ Adlercreutz I 2011 s. 312

¹⁸⁹ Rosén 2006 s. 115

¹⁹⁰ Bernitz m.fl. 2011 s. 104, not 107

belyser problematiken med att musiker ofta har begränsade kunskaper om juridik, vilket Hovrätten påpekade. Detta innebar visserligen att musikgruppen intog en underlägsen ställning gentemot skivbolaget. Förlagsavtalet var emellertid framtaget efter förhandlingar mellan organisationer som företrätt musiker- respektive förlagssidan, vilket enligt domstolen ledde till att musikerna inte i själva avtalsförhållandet intog en underlägsen ställning. Skiljeklausulen ansågs därför giltig. Anmärkningsvärt är att det förhållandet, att det omtvistade avtalet hade kommit att ersättas av ett nytt förlagsavtal där skiljeklausulen inte ingick, inte påverkade utgången i fallet.

3.2.4 Jämkning enligt avtalsvillkorlagen

Parallellt med avtalslagen finns även en möjlighet att med stöd av Avtalsvillkorlagen (1984:292), AVLN, genom ett förfarande i Marknadsdomstolen förbjuda en avtalspart från att i fortsättningen begagna sig av oskäligen villkor. Tillämpningen av AVLN förutsätter i praktiken att villkoret i fråga förekommer i ett standardavtal.¹⁹¹ AVLN tillämpas mellan näringsidkare, vilket lätt kan ge uppfattningen att lagen inte skulle vara tillämplig i fall då ena parten är en enskild upphovsmakare. Med näringsidkare avses enligt AVLN en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk natur.¹⁹² En någorlunda produktiv upphovsmakare bör ofta vara att anse som näringsidkare, varför AVLN i regel kan tillämpas utan principiella hinder.¹⁹³ Än så länge har inga avtalsvillkor på det upphovsrättsliga området bedömts som oskäligen med stöd av AVLN.¹⁹⁴

AVLN har tillämpats i fallet MD 2006:30, vilket gällde förlagsrättigheter. I detta fall fördes talan i enlighet med 2 § AVLN av en intresseorganisation och inte av upphovsmakaren själv. Föreningen Svenska Kompositörer av Populärmusik (SKAP) ville att MD skulle förbjuda TV4 att använda sig av ett avtalsvillkor, som innebar att förlagsrättigheter till beställd vinjett- och bakgrundsmusik skulle övergå från upphovsmakaren till TV4. Detta innebar, menade SKAP, att upphovsmakaren var tvungen att underkasta sig att avtala om att överlåta förlagsrättigheterna till TV4 för att kunna få till stånd ett avtal om beställningsmusik, vilket innebar att upphovsmakarens möjlighet att välja det förlag som var bäst lämpat att förvalta dennes musik begränsades. Föreningen pekade också på att TV4 var en stor och dominerande aktör på marknaden för beställningsmusik, och att upphovsmakaren typiskt sett saknade erfarenhet av avtal av detta slag. MD konstaterade att det i vart fall under viss tid hade förelegat ett krav från TV4:s sida på överlåtelse av förlagsrättigheter, och att detta varit en förutsättning för att avtal om beställningsmusik skulle komma till stånd. Domstolen konstaterade vidare att oavsett huruvida TV4 var en dominerande aktör eller inte, så var bolaget i vart fall en aktör av betydelse. Däremot ansåg domstolen mot bakgrund av utredningen i målet inte att en upphovsmakare utan vidare kunde presumeras intaga en underlägsen ställning gentemot TV4. Vidare ansåg domstolen att TV4 hade legitima skäl till att vilja tillskansa sig förlagsrättigheter till beställda verk, då dessa i många fall förknippas med programmet i vilket de används såväl som varumärket

¹⁹¹ Rosén 2006 s. 117

¹⁹² Prop. 2001/02:132 s. 39

¹⁹³ Rosén 2006 s. 117

¹⁹⁴ Bernitz m.fl. 2011 s. 396

TV4. Villkoret ansågs därför inte som oskäligt vid en sammantagen bedömning och SKAP:s talan ogillades. Domstolens uppfattning att TV4 inte skulle vara att anse som dominerande aktör kritiserades i en senare kommentar av Bernitz. Denne ansåg att situationen utgjorde ett typfall av underlägsen ställning, då kompositörer normalt är småföretagare, vilka ofta har begränsad ekonomisk erfarenhet.¹⁹⁵ Avgörande för utgången i fallet var enligt Bernitz också att avtalsförhållandena mellan kompositörerna och TV4 i regel hade en individualiserad prägel och inte avsåg standardvillkor, och att AVLN är väsentligen inriktad på den senare kategorin.¹⁹⁶

Fallet MD 2010:12 rörde en konkurrensklausul, vilken uppställdes av ett bolag vid ingående av avtal med andra näringsidkare. Bolaget i fråga var verksamt som leverantör av fototjänster till fastighetsbranschen. Fotograferingen sköttes av frilansfotografer, vilka anlätades av bolaget. Svenska Fotografers Förening (SFF) drev talan i MD om att bolaget skulle förbjudas att begagna sig av konkurrensklausulen. Liksom i MD 2006:30 diskuterades huruvida bolagets motparter intog en underlägsen ställning, och huruvida avtalsvillkoret i fråga var rimligt att uppställa. Domstolen ansåg inte att det i målet var visat att fotograferna intog en underlägsen ställning gentemot bolaget. Konkurrensklausulen bedömdes som skälig, då bolaget enligt domstolen hade ett affärsmässigt syfte att skydda sig mot att fråntas sina kunder. Sådant skydd ansågs berättigat i den utsträckning detta var en direkt följd av ett uppdrag från bolaget. MD godkände därför konkurrensklausulen och ogillade SFF:s talan.

¹⁹⁵ Bernitz, Ulf, *Möjligheterna att förbjuda oskäliga villkor i avtal om beställningsmusik. Kommentarer till MD 2006:30*, NIR 2007 s. 510 f.

¹⁹⁶ Bernitz, NIR 2007 s. 511

4 Upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer

Den ensamrätt som upphovsrätten ger en upphovsmakare är av privaträttslig karaktär.¹⁹⁷ Således är det i grunden upp till rättsinnehavaren att själv förvalta alla tillåtna utnyttjanden, liksom att bevaka sin rätt gentemot otillåtna utnyttjanden av tredje person. För enskilda rättsinnehavare är detta i praktiken omöjligt. Inom musikbranschen finns därför ett antal organisationer, vilka har sin verksamhet inriktad mot förvaltning av upphovsrätter och närstående rättigheter till skyddade verk. De upphovsrättsliga förvaltningsorganisationerna siktar in sig på olika delar av den ekonomiska upphovsrätten, och ger tillsammans ett i princip heltäckande skydd för den som innehar medlemskap hos dem. I jämförelse med de flesta andra länder präglas den svenska marknaden för upphovsrätter av en stark ställning för branschorganisationer både på upphovsmakarsidan och utnyttjarsidan.¹⁹⁸ Organisationerna är i flera fall medlemmar i internationella federationer eller andra sammanslutningar.¹⁹⁹ Detta har praktiska fördelar både när utländska organisationer vill få ersättning för medlemmar vars musik nyttjats i Sverige och när svenska organisationer vill få ersättning för nyttjanden av deras medlemmars musik i andra länder.

Affärsmodellen för upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer vilar på överlåtelsebestämmelsen i 27 § URL. För att kunna förvalta upphovsmakarens verk och se till dennes intressen på bästa sätt innebär ett anslutande till en upphovsrättslig förvaltningsorganisation ett överlåtande av de rättigheter som organisationen i fråga förvaltar, vilket sker genom ett av respektive organisation upprättat standardformulär. Fördelen med denna modell är att en organisation lättare kan verka för att göra en grupp av upphovsmakares rättigheter gällande gentemot tredje person än vad de enskilda upphovsmakarna kan göra var och en för sig. Ett exempel på detta är STIM:s så kallade radiolistor, som radiostationer lämnar in till organisationen efter sändningar. På en STIM-lista anges vilka verk som spelats, vilka som framfört verket och hur länge varje verk har spelats. Utan STIM-listan hade var och en av upphovsmakarna själva varit tvungna att kontakta radiostationen i fråga för att få information om huruvida det egna verket framförts för att sedan framföra ett anspråk om ersättning. Liksom vid andra överlåtelser är det endast den ekonomiska delen av upphovsrätten som förvaltas av en organisation. Förvaltningsorganisationer saknar rätt att ens i efterhand medge en eftergift av den ideella rätten.²⁰⁰

¹⁹⁷ Olsson 2009 s. 353

¹⁹⁸ Bernitz m.fl. 2011 s. 102

¹⁹⁹ Olsson 2009 s. 354

²⁰⁰ Rosén 2006 s. 169

4.1 Sveriges Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)

STIM bildades 1923 i syfte att tillvarata kompositörers intressen, och handhar med andra ord den rätt till ett verk som initialt tillfaller upphovsmakaren. Från början ifrågasattes huruvida organisationen skulle kunna finansiera sig själv, då det antogs bli väldigt dyrt att bedriva verksamheten. Denna oro har visat sig obefogad, då STIM visat sig vara effektiv i sitt arbete.²⁰¹ Från 1944 hade staten ett stort inflytande över STIM, och tillsatte organisationens ordförande samt två ledamöter. Detta ändrades 2003, då organisationen blev helt fristående.²⁰² Musik har över tid blivit ett viktigt affärsområde. Detta återspeglas bl.a. i att STIM:s omsättning uppgår till mer än en miljard kronor om året.²⁰³

STIM har två huvudsakliga verksamheter: dels att mot ersättning ge tillstånd till offentligt framförande och mekaniskt mångfaldigande av musikaliska verk, dels att inkassera ersättningar åt sina medlemmar för offentliga utföranden m.m.²⁰⁴ STIM och dess syskonorganisationer är medlemmar av den internationella samarbetsorganisationen Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC). Genom samarbetsavtal med sina utländska motsvarigheter säkrar STIM att ersättning ges för utnyttjanden i andra länder, och sköter på samma sätt insamlandet av ersättningar för dessa organisationers räkning.²⁰⁵ Förvaltandet av mekaniska rättigheter sköts å STIM:s vägnar av NCB, mer om detta nedan (4.2 Nordic Copyright Bureau (NCB)).

Verksamheten består i att upphovsmakaren genom avtal överlåter all överförings- och framföranderätt till existerande och framtida verk till STIM, som sedan i sin tur upplåter sin låtrepertoar till tredje part enligt fastslagna tariffer.²⁰⁶ Upphovsmakaren ger även en fullmakt att påtala eventuella intrång. Så har också skett i flera fall, då STIM i domstol drivit talan om intrång i musikaliska verk som man varit förvaltare av.²⁰⁷

4.2 Nordic Copyright Bureau (NCB)

NCB är en upphovsrättslig förvaltningsorganisation som fungerar som dotterorganisation till STIM och STIM:s nordiska och baltiska motsvarigheter. Organisationernas verksamhet är överlappande, och inte sällan förvaltas en NCB-relaterad rättighet också av STIM. Då en person blir medlem i STIM blir denne också automatiskt medlem i NCB.

²⁰¹ Levin 2011 s. 132

²⁰² <http://www.stim.se/sv/OM-STIM/Stims-historia/> 2013-05-14

²⁰³ Olsson 2009 s. 356

²⁰⁴ Olsson 2009 s. 356

²⁰⁵ Stannow & Hillerström 2010 s. 104

²⁰⁶ Levin 2011 s. 133

²⁰⁷ Levin 2011 s. 133

På uppdrag av sina moderorganisationer administrerar NCB mekaniska upphovsrätter.²⁰⁸ Detta innefattar gramfoniskivor, ljudband och musik på videogram och film, både i fysisk och elektronisk form.²⁰⁹ STIM sköter upplåtelse av rätten till mångfaldigande medan NCB sköter inkassering av royalties.²¹⁰ Rätten till utnyttjanden över Internet handhas av NCB gemensamt med behörig förvaltningsorganisation i respektive land,²¹¹ vilket i Sverige innebär STIM.

För att möjliggöra sin förvaltningsverksamhet på ett effektivt sätt förutsätter NCB liksom STIM ett överlåtande av de rättigheter som de förvaltar från upphovsmakaren till dem. Likt STIM ingår även NCB i en internationell samarbetsorganisation, Bureau International des Sociétés Gérantes des Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique (BIEM), vilket säkerställer att rättigheterna NCB:s nordiska repertoar tillvaratas i utlandet samtidigt som NCB förvaltar hela BIEM:s repertoar i Norden.²¹² NCB samarbetar med presserier och kopieringsföretag, och kontrollerar på så sätt fortlöpande fonogramtillverkningens omfattning. Detta innebär att leverans från presseri till producent inte får ske om NCB-licens saknas.²¹³ Vid tryck ingår en procentuell ersättning till NCB i priset, vilken betalas av upphovsmakaren. Dispens från detta krav ges för volymer om max 250 exemplar, förutsatt att dessa är så kallade "promotionsexemplar".²¹⁴

²⁰⁸ <http://www.stim.se/sv/OM-STIM/Fragor--svar1/Skivutgivning---NCB/?category=Skivutgivning+-+NCB#3106C0A7351CC62DC1257680004A550F> 2013-05-14

²⁰⁹ Bernitz m.fl. 2011 s. 67

²¹⁰ Olsson 2009 s. 356

²¹¹ <http://www.ncb.dk/05/5-1-1.html> 2013-05-14

²¹² Stannow & Hillerström 2010 s. 105

²¹³ Stannow & Hillerström 2010 s. 106

²¹⁴ <http://stim.se/sv/KUNDER/Skivutgivning-NCB/Avgiftsfria-promotionsexemplar/> 2013-05-14

5 Alternativa licensmodeller

Upphovsrätten är oberoende av teknisk utveckling, och skyddar verk oavsett form. Upphovsrättens omfång är därmed under ständig omvandling (jfr. ovan 2.1. Det upphovsrättsliga regelverket). När STIM och NCB bildades såg marknaden för musik ut på ett annat sätt än idag, med ett större fokus på radio, offentliga framföranden och framför allt musik i tryckt form. I takt med att sätten att tillgodogöra sig musikaliska verk har ändrats har också organisationernas verksamhetsområden utvidgats.

Nya situationer kan resultera i nya behov. Inom datorprogrammering uppstod en sådan situation under 80-talet. Företag började intressera sig för det ekonomiska värdet i mjukvara och såg till att säkerställa skydd för denna. Programmeraren Richard Stallman blev varse detta då han begärde att få tillgång till en källkod som han tidigare hade gett till ett företag, och som företaget i sin tur hade förbättrat. Med hänvisning till upphovsrätt i koden nekade företaget Stallman att få ta del av förbättringarna av koden. En sådan utveckling innebar enligt Stallman ett hinder för programmerare att dela med sig av varandras källkoder, och riskerade att resultera i att programmerare utnyttjades. Denna situation kom därmed att popularisera begreppet *copyleft*, vilket är namnet för en alternativ licensmodell anpassad särskilt till datorprogrammering.²¹⁵ Licensen syftar till att underlätta användandet och vidareutvecklandet av programvaran. En viktig aspekt av copyleft är att program som skapas med ett copyleft-program som förlaga automatiskt också omfattas av copyleft. Detta brukar benämnas att copyleft-licensen smittar nya verk.²¹⁶ Närliggande copyleft är s.k. *open source*-programmering, vilken bygger på att källkoden till ett program ska vara öppen och därmed inbjuder en kunnig användare till att göra förbättringar. Ett program som är utvecklat med en open source-förlaga behöver, till skillnad från copyleft, inte ha öppen källkod. Exempel på datorprogram som bygger på open source är webbläsarna Mozilla Firefox²¹⁷ och Google Chrome²¹⁸, samt operativsystemet Android²¹⁹ för mobiltelefoner.

Copyleft och open source är emellertid licenssystem som är begränsade till att omfatta just datorprogram. Tankegången från dessa har sedermera expanderats till att omfatta alla typer av upphovsrättsliga verk i och med licensmodellen Creative Commons (CC).²²⁰

²¹⁵ Klang 2010 s. 17 f.

²¹⁶ Klang 2010 s. 18

²¹⁷ <http://www.mozilla.org/foundation/licensing.html> 2013-05-14

²¹⁸ http://blog.chromium.org/2008/09/welcome-to-chromium_02.html 2013-05-14

²¹⁹ <http://source.android.com/source/index.html> 2013-05-14

²²⁰ Pallas Loren, Lydia, *Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright*, 14 GEO. MASON L. REV. vol. 14:2 (2007) s. 273

5.1 Creative Commons

Stiftelsen Creative Commons grundades år 2001 av en grupp amerikanska jurister som var inspirerade av fria licensmodeller inom datorprogrammering. Grundtanken var att förenkla användandet av det upphovsrättsliga regelsystemet, vilket ansågs alltför sterilt och svårhanterligt i digitala miljöer.²²¹

Creative Commons är en ideell organisation med säte i Kalifornien, USA, vars licenser har blivit de dominerande upphovsrättslicenserna för internetinnehåll och en de facto-standard för licenser specialiserade för konst, text, akademisk forskning, musik och spelutveckling.²²² I slutet av 2010 uppskattade man att över 400 miljoner CC-licenser hade tecknats världen över.²²³

Creative Commons' licenskatalog bygger på fyra licenser:

- *Attribution (BY)* innebär att användaren får kopiera, distribuera, offentligt visa och offentligt framföra verket, samt göra bearbetningar av det, under förutsättning att upphovsmakaren till det CC-skyddade verket anges i den utsträckning upphovsmakaren begärt.
- *Noncommercial (NC)* innebär att användaren i tillägg till Attribution-villkoren inte heller får nyttja verket i kommersiellt syfte.
- *No Derivative Works (ND)* innebär att inga bearbetningar av verket får göras.
- *Share-alike (SA)* innebär att bearbetningar av verket, i likhet med Copyleft-licensen, måste omfattas av samma CC-licens som gäller för originalverket.

Attribution utgör en grundlicens, vilken alltid måste tecknas. Denna kan sedan på olika sätt kombineras med övriga licenser. På så sätt kan upphovsmakaren på ett enkelt sätt från fall till fall själv bestämma hur stor del och under vilka förutsättningar verket ska licensieras. Licenserna är icke-exklusiva,²²⁴ vilket innebär att ett tecknande av en CC-licens omöjliggör exklusiv överlåtelse av rättigheter till en annan aktör (såsom ett skivbolag) för verket som licensen avser.

Exempel på aktörer som helt eller delvis nyttjar CC-licenser är onlineuppslagsverket Wikipedia.org, fototjänsten Flickr.com, internetföretaget Google (däribland den Google-ägda hemsidan YouTube.com)²²⁵ och musiktjänsten Soundcloud.com²²⁶. Eftersom Soundclouds verksamhet direkt relaterar till syftet med detta arbete, ska tjänsten här beskrivas närmre. Soundcloud är en musiktjänst liknande de välkända iTunes, Spotify och MySpace. Användaren tillåts själv göra sina verk tillgängliga genom tjänsten, vilken är gratis för användaren. En upphovsmakare som gör ett verk tillgängligt genom Soundcloud får själv välja under vilka villkor verket får nyttjas av användaren. Upphovsmakaren kan välja mellan att antingen låta sin lagstadgade upphovsrätt gälla, vilket i detta fall innebär att allt annat än direktlyssnande är otillåtet, eller att låta verket omfattas

²²¹ Klang 2010 s. 51

²²² Klang 2010 s. 25

²²³ <http://wiki.creativecommons.org/Metrics> 2013-05-14

²²⁴ http://wiki.creativecommons.org/FAQ#How_do_CC_licenses_operate.3F 2013-05-14

²²⁵ <http://creativecommons.org/who-uses-cc> 2013-05-14

²²⁶ <http://creativecommons.org/weblog/entry/10115> 2013-05-14

av en CC-licens. Detta ger upphovsmakaren stora valmöjligheter till att anpassa licensen till verkets avsedda användningsområde.

Den typ av s.k. "open content-avtal" som Creative Commons utgör är en relativt ny företeelse, och de rättsliga konsekvenserna på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden är än så länge oklara.²²⁷ Exempelvis kan små skillnader mellan olika länders upphovsrättslagstiftning innebära att ett licensvillkor kan tolkas på olika sätt i olika länder. Detta kan påverka kommersiella användares benägenhet att nyttja material som är CC-licensierat.²²⁸

CC-licenser är i praktiken inte riktade mot parterna som ingår dem, utan mot utomstående. Medan en NCB-licens' fokus ligger på förhållandet mellan NCB (licenstagare) och upphovsmakare (licensgivare) fokuserar en CC-licens, å sin sida, inte på förhållandet mellan CC (licenstagare) och upphovsmakare (licensgivare), utan snarare på förhållandet mellan upphovsmakare och konsument. CC-licensen ingås givetvis liksom NCB-licensen mellan licenstagare och licensgivare och inte tredje part, men kan i praktiken ses som ett klargörande från licensgivarens sida om vilken inställning denne har till sitt verk. Den agerar med andra ord indikator för hur ett visst utnyttjande kommer bemötas av upphovsmakaren. Detta står i kontrast till en NCB-licens, där tillstånd måste inhämtas för varje typ av utnyttjande som inte innebär att exemplar av verket (lagligen) konsumeras. Ett exempel härpå är bearbetningar av verk, där gränsdragningen mellan vad som är en bearbetning eller ett nytt verk kan vara svår. Om verket som ska bearbetas omfattas av en CC-licens som inte innehåller ND-komponenten vet bearbetaren redan från början att upphovsmakaren inte kommer emotsätta sig en bearbetning, och behöver därför inte inhämta dennes samtycke oavsett huruvida bearbetningen skulle vara att anse som ett nytt verk eller inte. Detta förutsätter dock att villkoren i licensen, såsom att bearbetaren måste uppge den ursprunglige upphovsmakaren, följs.

I likhet med en NCB-licens gäller för en CC-licens att upphovsmakaren medger ett överlåtande av sin ekonomiska upphovsrätt, men en väsentlig skillnad föreligger mellan de båda. Denna skillnad kan sägas ligga i det att en NCB-licens syftar till att underlätta förvaltning av rätten å överlåtarens vägnar, medan en CC-licens snarare innebär att upphovsmakaren medger att verket får utnyttjas av tredje person på ett angivet sätt. En CC-licens skapar således inte några nya förpliktelser för licenstagaren, utan inskränker snarare det laggivna upphovsrättsliga skydd som licensgivaren tidigare haft.²²⁹ Licensen är också oåterkallelig. Upphovsmakaren kan således inte genom att sluta distribuera verket med licensen hindra utnyttjanden som tidigare skett i enlighet med den.²³⁰

För att underlätta för svenska upphovsmakare att ingå CC-licenser även då de är anslutna till STIM/NCB enades organisationerna 2009 om att STIM ska tillåta CC-licenser för sina verk för en tid om två år framåt.²³¹ Detta medför dock att om exemplar av verket som omfattas av CC-licens redan finns på marknaden så

²²⁷ Bernitz m.fl. 2011 s. 103

²²⁸ Hietanen, Herkko, *Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*, NIR 2007 s. 535

²²⁹ Hietanen, NIR 2007 s. 535

²³⁰ Klang 2010 s. 54

²³¹ <http://www.stim.se/sv/PRESS/Pressmeddelanden/Stim-forst-i-Sverige-med-Creative-Commons-licens/> & <http://www.creativecommons.se/2009/05/27/stim-och-creative-commons/> 2013-05-14

kommer STIM/NCB endast under särskilda villkor godta att bevaka rättigheterna.²³² Ingen av organisationerna har sedan prövotidens utgång gjort några uttalanden rörande fortsatt samarbete. Rådande rättsläge är därför något oklart, men av allt att döma har parterna avsett att samarbetet ska fortsätta gälla på obestämd tid.²³³

²³² <http://www.stim.se/sv/OM-STIM/Fragor--svar1/Upphovsratt/Creative-Commons-CC-licens/>
2013-05-14

²³³ Se <http://www.stim.se/sv/OM-STIM/Fragor--svar1/Upphovsratt/Creative-Commons-CC-licens/>
2013-05-14

6 Konkurrensrättsliga aspekter av NCB:s överenskommelser med svenska tryckerier

De svenska konkurrensreglerna är utformade med EU-rätten som förebild.²³⁴ De EU-rättsliga konkurrensrättsreglerna söker säkerställa att effektiv konkurrens ska råda på den inre marknaden.²³⁵ EU:s konkurrensrätt är tvingande och kan därför inte åsidosättas genom avtal.²³⁶ Basen för det EU-rättsliga regelverket utgörs av bestämmelserna i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) om förbud mot konkurrensbegränsande avtal (art. 101 FEUF) och missbruk av dominerande ställning (art. 102 FEUF).²³⁷ Dessa bestämmelser hör till EU:s primärrätt och har därför direkt effekt över hela unionen. Detta gäller också horisontellt, dvs i rättsförhållanden mellan enskilda.²³⁸ Bestämmelserna i art. 101-102 FEUF kompletteras av ytterligare regler och praxis.²³⁹ EU-anslutna länders konkurrenslagar är numera ofta utformade med EU:s konkurrensrätt som förebild, vilket är fallet med den svenska konkurrensrätten.²⁴⁰ Skillnader mellan de svenska och EU-rättsliga konkurrensreglerna finns emellertid vad gäller utformningen av förfaranden och sanktioner.²⁴¹

Syftet med den svenska konkurrensrätten är att balansera marknaden, vilket innebär att den syftar till att hindra marknadsaktörer från att begränsa eller snedvrída konkurrensen, eller att sätta den ur spel.²⁴² Den centrala lagen är Konkurrenslagen (2008:579), KL. Det är *företags* agerande på marknaden som regleras av KL.²⁴³ Detta begrepp är en översättning av EU-rättens "undertaking", och avsikten hos lagstiftaren var att det ska ha samma innebörd som "undertaking".²⁴⁴ Med företag avses enligt 1:5 KL "en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur". Begreppet ska "tolkas vidsträckt och i princip omfatta varje juridisk eller fysisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur".²⁴⁵ Det spelar ingen roll om verksamheten drivs i vinstintresse; avgörande är istället huruvida någon form av ekonomisk eller kommersiell verksamhet bedrivs.²⁴⁶ Upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer har tidigare prövats enligt KL, och faller därför under begreppet.²⁴⁷

²³⁴ Bernitz 2011 s. 63

²³⁵ Bernitz 2011 s. 66

²³⁶ Bernitz 2011 s. 69

²³⁷ Bernitz 2011 s. 63

²³⁸ Bernitz m.fl. 2011 s. 376

²³⁹ Bernitz 2011 s. 63

²⁴⁰ Bernitz 2011 s. 63

²⁴¹ Bernitz m.fl. 2011 s. 376

²⁴² Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten – en introduktion*, 2010 s. 23

²⁴³ Nordell 2010 s. 28

²⁴⁴ Prop. 1992/93:56 s. 66

²⁴⁵ Prop. 1992/93:56 s. 66

²⁴⁶ Prop. 1992/93:56 s. 66

²⁴⁷ Se MD 1998:5 STIM/TV3

Konkurrenslagen innehåller tre huvudbestämmelser:²⁴⁸

- Förbud mot *konkurrensbegränsande avtal* mellan företag (2:1 och 2:2 KL, motsvaras av art. 101 FEUF)
- Förbud mot *missbruk av dominerande ställning* av ett eller flera företag (2:7 KL, motsvaras av art. 102 FEUF)
- En möjlighet att förbjuda *företagskoncentrationer* som påtagligt hämmar en effektiv konkurrens (4:1 KL, motsvaras av EU:s koncentrationsförordning)

Den situation som detta arbete behandlar innebär att den dominerande aktören (NCB) sluter avtal med flera aktörer med angränsande verksamheter. Arbetet tar sikte på reglerna om konkurrensbegränsande avtal och huruvida nämnda samarbeten är att anse som sådana, och kommer därför fokusera på bestämmelserna i 2:1 och 2:2 KL.

6.1 Konkurrensbegränsande avtal

Konkurrensbegränsande avtal är förbjudna om deras syfte eller resultat är att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden.²⁴⁹ Kraven på konkurrensbegränsande syfte eller effekt är alternativa.²⁵⁰ Vid bedömning av huruvida ett konkurrensbegränsande syfte har förelegat eller inte är det irrelevant vad parternas subjektiva avsikter har varit, och det väsentliga blir istället vad som objektivt sett anses vara målet med avtalet.²⁵¹ För att bedöma huruvida ett avtal har haft konkurrensbegränsande effekt får man göra ett konkurrenstest, vilket innebär att man ställer avtalets effekt på konkurrensen på marknaden mot den hypotetiska situation att avtalet inte hade funnits.²⁵² Konkurrensbegränsande avtal kan vara horisontella eller vertikala, dvs beröra företag i samma respektive olika försäljnings- eller inköpsled.²⁵³ Dessa är som utgångspunkt jämbördiga ur konkurrensrättslig synvinkel, men i praktiken ses horisontella avtal i regel som mer allvarliga eftersom parterna inte är konkurrenter i ett vertikalt förhållande.²⁵⁴ Räckvidden för förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2:1 KL är bred. Förbudet omfattar inte bara juridiskt bindande avtal, utan även uppgörelser som inte är rättsligt bindande (såsom när två eller flera företag handlar i samförstånd med varandra).²⁵⁵ Ibland används termen "konkurrensbegränsande samarbete" istället för "konkurrensbegränsande avtal".²⁵⁶ För att illustrera den breda innebörden av bestämmelsen i 2:1 KL kommer termen "konkurrensbegränsande samarbete" användas i den fortsatta framställningen. Den konkurrensbegränsande effekten av ett avtal ska vara märkbar, vilket även uttrycks i lagtexten till 2:1 KL.²⁵⁷ Det är inte självklart var gränsen för vad som är

²⁴⁸ Bernitz 2011 s. 81

²⁴⁹ Nordell 2010 s. 35

²⁵⁰ Bernitz 2011 s. 113

²⁵¹ Bernitz 2011 s. 113

²⁵² Bernitz 2011 s. 113

²⁵³ Nordell 2010 s. 35

²⁵⁴ Bernitz 2011 s. 139 f.

²⁵⁵ Bernitz m.fl. 2011 s. 377

²⁵⁶ Se t.ex. Nordell 2010 s. 35 ff., Svensson m.fl. 2010 s. 828 f.

²⁵⁷ Bernitz m.fl. 2011 s. 377

att bedöma som märkbart, men en huvudregel är att en för låg sammanlagd marknadsandel hos de samarbetande företagen på den relevanta marknaden innebär att märkbarhetskriteriet inte är uppfyllt.²⁵⁸ För vertikala avtal är denna marknadsandel högst 15 % av den relevanta marknaden.²⁵⁹

Den relevanta marknaden bestäms utifrån två komponenter: den relevanta *produktmarknaden* och den relevanta *geografiska marknaden*.²⁶⁰ Vid bestämmande av den relevanta *produktmarknaden* är varans eller tjänstens substituerbarhet/utbytbarhet avgörande.²⁶¹ Varor eller tjänster tillhör samma marknad ifall de är utbytbara sett till egenskaper, pris, användning m.m.²⁶² Ett sätt att bedöma substituerbarhet är med hjälp av ett s.k. SSNIP-test (Small but Significant Non-transitory Increase in Price).²⁶³ Testet innebär att man ställer den hypotetiska frågan hur konsumenter skulle reagera på en mindre (ca 5-10%) och varaktig prisökning på en viss produkt. Om denna prishöjning medför att konsumenter istället väljer att köpa en annan produkt i en utsträckning som innebär att prisökningen inte lönar sig, anses denna produkt ingå i den relevanta produktmarknaden.²⁶⁴ Både Konkurrensverket och MD tenderar att definiera den relevanta produktmarknaden snävt.²⁶⁵ Den relevanta *geografiska marknaden* utgörs av det område där produkterna tillhandahålls av företagen. Konkurrensvillkoren måste vara tillräckligt homogena för att kunna skilja området från intilliggande områden.²⁶⁶ Man fäster här vikt vid omständigheter såsom distributionsmöjligheter och transportkostnader för företagen, samt konsumenternas möjligheter att nå olika leverantörer av produkterna.²⁶⁷ Sammantaget tillämpas relativt snäva marknadsavgränsningar inom konkurrensrätten, och vad som inom näringslivet ses som en bransch uppdelas konkurrensrättsligt normalt sett i flera olika marknader.²⁶⁸

Ett typiskt exempel på konkurrensbegränsande samarbete är *kopplingsförbehåll*. Kopplingsförbehåll innebär enligt KL 2:1 2 st 5 p att "det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet". En motsvarande regel för missbruk av dominerande ställning finns i KL 2:7 2 st 4 p. Kopplingsförbehåll är ett sätt att vid försäljning av en viss vara otillbörligen tvinga någon att köpa andra varor som denne inte är intresserad av.²⁶⁹ Ett typfall av kopplingsförbehåll är att en säljare, som innehar en dominerande ställning och marknadsför en attraktiv produkt, som förutsättning för att sälja den attraktiva produkten ställer upp ett krav på att köparen ska köpa andra varor eller tjänster hos säljaren.²⁷⁰ Den attraktiva produkten används som hävstång.²⁷¹

²⁵⁸ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, 8:e uppl., Stockholm 2010 s. 832

²⁵⁹ Svensson m.fl. 2010 s. 833

²⁶⁰ Bernitz 2011 s. 55

²⁶¹ Bernitz 2011 s. 55

²⁶² Bernitz 2011 s. 55

²⁶³ Nordell 2010 s. 25

²⁶⁴ Nordell 2010 s. 26

²⁶⁵ Nordell 2010 s. 26

²⁶⁶ Svensson m.fl. 2011 s. 827

²⁶⁷ Bernitz 2011 s. 56

²⁶⁸ Bernitz 2011 s. 57

²⁶⁹ Nordell 2010 s. 39

²⁷⁰ Bernitz 2011 s. 171

²⁷¹ Bernitz 2011 s. 171

Kopplingsförbehållet kan dock vara tillåtet ifall tilläggsprestationen har ett naturligt samband med föremålet för avtalet. För att ett sådant naturligt samband ska anses föreligga krävs dock ”starka kvalitets- eller tekniska skäl”.²⁷² Ett konkurrensbegränsande handelsbruk kan inte tjäna som grund för att tillåta ett kopplingsförbehåll.²⁷³

Nedan följer ett urval av praxis från EU-rätten och den svenska konkurrensrätten. Det saknas i huvudsak svensk praxis som behandlar kopplingsförbehåll.²⁷⁴ Därför relaterar vissa av de utvalda fallen inte direkt till frågeställningen; exempelvis handlar en del av dem om missbruk av dominerande ställning och inte konkurrensbegränsande samarbete. Dessa har dock på grund av bristen på mer relevant praxis ändå ansetts vara av intresse för frågeställningen ur ett analogt perspektiv.

6.2 Praxis från EU-rätten

Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*, rörde missbruk av dominerande ställning från en fruktproducents sida. I fallet behandlades bl.a. frågan om bestämmande av relevant produktmarknad för bananer. EU-domstolen (då kallad EG-domstolen) ansåg inte bananer som substituerbara mot andra frukter, och ansåg därför att dessa utgjorde en egen produktmarknad. Detta baserades främst på att tillgång till bananer fanns på den europeiska marknaden året om och på ”bananens speciella egenskaper”.²⁷⁵

I mål C-333/94 P, *Tetra Pak mot kommissionen*, anklagades Tetra Pak för missbruk av dominerande ställning. Tetra Pak, som var dominerande på marknaden för kartongförpackningar för mjölk och andra livsmedelsprodukter, tillhandahöll förutom kartonger även förpackningsmaskiner avsedda för dessa kartongförpackningar. Företaget uppställde gentemot köpare av sina förpackningsmaskiner bl.a. ett krav på att endast Tetra Paks kartonger fick användas i maskinerna. EU-domstolen (då kallad EG-domstolen) ansåg, i motsats till Tetra Pak, att det inte förelåg ett naturligt samband mellan kartongerna och förpackningsmaskinerna eftersom det fanns andra företag som kunde producera kartonger som gick att använda i Tetra Paks förpackningsmaskiner.²⁷⁶ Domstolen konstaterade också att en kopplingsförsäljning, även om den överensstämde med handelsbruk eller om ett naturligt samband förelåg, likväl kunde utgöra missbruk om den inte var objektivt motiverad.²⁷⁷

Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*, rörde liksom mål C-333/94 P ett kopplingsförbehåll. Microsoft, som tillhandahöll det populära datoroperativsystemet Windows, inkluderade sin mediaspelare Windows Media Player vid köp av Windows. Detta gjorde det svårare för företag som tillhandahöll andra Windows-baserade mediaspelare att nå konsumenterna. Efter att

²⁷² Prop. 1992/93:56 s. 76

²⁷³ Prop. 1992/93:56 s. 76

²⁷⁴ Bernitz 2011 s. 171

²⁷⁵ Mål 27/76, p. 30 f.

²⁷⁶ Mål C-333/94 P, p. 34 ff.

²⁷⁷ Mål C-333/94 P, p. 37

kommissionen fattat beslut om att Microsoft bl.a. skulle åläggas att även sälja versioner av Windows där Windows Media Player inte ingick överklagades detta av Microsoft till Förstainstansrätten. En av många invändningar från Microsoft var att Windows och Windows Media Player inte var att anses som separata produkter. Denna bedömning delades emellertid inte av Förstainstansrätten, som istället konstaterade att det fanns en separat efterfrågan på mediaspelare för direktuppspelning hos konsumenterna.²⁷⁸ Förstainstansrätten pekade härvid på det faktum att ett icke obetydligt antal konsumenter trots Microsofts kopplingsförbehåll valde att köpa konkurrerande mediaspelare såsom Apples QuickTime och RealNetworks' RealPlayer.²⁷⁹

Microsoft har även figurerat i ett nyligen avgjort fall gällande deras internetläsare Internet Explorer. Detta fall gick emellertid aldrig till domstolsprövning, utan löstes av kommissionen.²⁸⁰ Microsoft, som hade inkluderat Internet Explorer i sitt Windows-operativsystem på liknande sätt som man tidigare gjort med Windows Media Player, förpliktigades att istället för Internet Explorer bifoga ett program som lät användaren välja webbläsare ur en lista.²⁸¹

6.3 Praxis från svensk domstol

Som ovan nämnts saknas svensk praxis som direkt behandlar frågan om kopplingsförbehåll. Det enda undantaget är ett nyligen avgjort fall, där frågan om kopplingsförbehåll behandlats i korthet.

Fallet MD 2011:28 handlade främst om missbruk av dominerande ställning gentemot ett taxiföretag som utförde körningar till Arlanda Flygplats. Fallet hade sitt ursprung i en avgift för hög service/skyltavgift som togs ut av företaget som ägde flygplatsen (Swedavia) och företaget som hade hand om taxiframkallningssystemet (Europark). MD tog i domen också ställning till ett kopplingsförbehåll, vilket enligt taxiföretaget bestod i att Swedavia och Europark tog ut en förbeställningsavgift på 25 kr för taxikunder som önskade förbeställa taxi till flygplatsen. MD konstaterade i korthet att förbeställningsavgiften i domstolens mening inte utgjorde ett kopplingsförbehåll, men fann att skyltavgiften utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.

I fallet MD 1998:5 hade domstolen att ta ställning till huruvida STIM hade gjort sig skyldig till missbruk av dominerande ställning gentemot TV-kanalen TV3 genom diskriminerande prissättning av nyttjande av den musik man förvaltade. TV3 ansåg att missbruket bestod i att olika villkor tillämpades för likvärdiga transaktioner, där man gavs en konkurrensnackdel gentemot SVT och TV4. MD gav TV3 rätt och ålade STIM att inte tillämpa sin ersättningsmodell.

MD 2002:5 berörde prissättning av böcker som utgavs av en sammanslutning av svenska bokförlag under benämningen Mån-pocket. Bokförlagen förtryckte priser på böckerna i Mån-pocket-serien, vilket MD ansåg ledda till snedvridning på

²⁷⁸ Mål T-201/04, p. 927

²⁷⁹ Mål T-201/04, p. 932

²⁸⁰ Europeiska kommissionens beslut den 16/12-2009, ärende COMP/39.530

²⁸¹ Europeiska kommissionens beslut den 16/12-2009, ärende COMP/39.530

marknaden för pocketböcker, då de förtryckta priserna innebar en styrning av såväl den enskilde återförsäljarens försäljningsmarginaler som prissättningen av böcker ur Månpocket-serien i konsumentledet.

NJA 2003 s. 465 bar vissa likheter med MD 1998:5. Liksom MD 1998:5 behandlade NJA 2003 s. 465 ersättningsnivåer till en upphovsrättslig förvaltningsorganisation, i detta fall SAMI. SAMI krävde dubbelt så hög ersättning av Hotel du Nord, som inte var anslutet till SAMI:s avtal med hotellens branschorganisation SHR, som för företag som var anslutna till avtalet. HD konstaterade att SAMI i egenskap av ensam företrädare för de ersättningsberättigade upphovsrättshavarna hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, men tog inte ställning till huruvida ett missbruk av dominerande ställning förelåg. Domstolen kom ändå fram till att ersättningen var oskäligen med stöd av dåvarande 47 § URL och bestämde att ersättningsbeloppet skulle sänkas.

6.4 Upphovsrättens och upphovsrättsliga förvaltningsorganisationers förhållande till konkurrensrätten

Det ligger i upphovsrättens natur att den skapar ett monopol för innehavaren avseende verket den är knuten till. Detta innebär dock inte att upphovsrätten syftar till att skapa monopol i ekonomisk mening.²⁸² Tvärtom är immaterialrätter utformade för att vara anpassade till en marknadsekonomi.²⁸³ För att undvika att rätten förlorar sin funktion som katalysator för ett breddat utbud av varor och tjänster är det således viktigt att rätten är utformad på ett sätt som inte skapar monopolsituationer.²⁸⁴ Möjligheten att inträda på en marknad är helt avgörande för konkurrensen. Upphovsrätten får därför inte utgöra "en svåröverstiglig, artificiell inträdesbarriär" till marknaden.²⁸⁵

Ingen motsättning föreligger således mellan upphovsrätten och konkurrensrätten. Innehav av en upphovsrätt innebär inte per automatik en dominerande ställning i konkurrensrättslig mening.²⁸⁶ Däremot kan en upphovsrättslig marknad, liksom andra marknader, innehålla situationer där konkurrensrättsliga regler kan aktualiseras. Upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer har ofta ett faktiskt monopol.²⁸⁷ De får därför inte tillämpa diskriminerande ersättningsnormer, vilket framgår av ovan nämnda MD 1998:5.

Immaterialrättsliga avtal måste vara förenliga med EU:s konkurrensregler, framför allt regler om missbruk av dominerande ställning. Detta har bl.a. visat sig betydelsefullt för de europeiska upphovsrättsliga förvaltningsorganisationerna.²⁸⁸ Den engelska upphovsrättsorganisationen PRS fick efter påtryckningar från

²⁸² Eklöf 2005 s. 40

²⁸³ Bernitz m.fl. 2009 s. 321

²⁸⁴ Eklöf 2005 s. 39

²⁸⁵ Eklöf 2005 s. 41

²⁸⁶ Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, NIR 2001 s. 542

²⁸⁷ Bernitz 2011 s. 181

²⁸⁸ Levin 2011 s. 61

konkurrensmyndigheterna i England gå med på att acceptera artisters egenadministration av liveframföranden.²⁸⁹ I ett annat fall har EU-kommissionen beslutat om att förbjuda vissa konkurrensbegränsande samarbeten mellan 24 europeiska upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer.²⁹⁰ Kommissionens beslut syftade i detta fall till att förhindra att de nationella organisationerna begränsade sin verksamhet till att inte omfatta upphovsmakare utanför deras nationella territorium.

²⁸⁹ Levin 2011 s. 134

²⁹⁰ Europeiska kommissionens beslut 2008-07-16, ref.nr. IP/08/1165

7 Analyser och slutsatser

7.1 Innebär svenska tryckeriers krav på NCB-medlemskap att upphovsmakare är tvungna att licensiera sina verk hos NCB?

En upphovsmakare är fri att välja huruvida denne vill bli medlem i NCB och därmed låta sitt verk omfattas av en NCB-licens. Det föreligger inget formellt tvång för en upphovsmakare att ingå avtal med varken ett tryckeri eller NCB. Således kan sägas att avtalsfrihet råder för upphovsmakaren gentemot ett tryckeri och NCB. Detta är dock inte en hel sanning, då situationen är mer mångfacetterad. Som ovan nämnts är det mycket svårt, för att inte säga omöjligt, för en upphovsmakare att på den svenska marknaden trycka ett verk utan att uppvisa NCB-brev. Detta kan jämföras med förhållandena i MD 2006:30, där upphovsmakarna befann sig i en liknande situation gentemot sin motpart. Fallet kritiserades som ovan nämnts av Bernitz, men utgör ändå praxis. I brist på annan tillgänglig praxis får slutsatser härledas ur detta fall. Mot bakgrund av vad som presenterats i detta arbete är det därför troligt att ett avtalsvillkor om att en upphovsmakare måste uppvisa medlemskap i NCB för att få ingå avtal med ett tryckeri inte skulle komma att jämkas.

Kravet på NCB-medlemskap har historiskt sett ställts på grund av ett skyddsbehov från NCB:s sida för dess medlemmar. Ett tryckeri som inte var NCB-anslutet kunde tidigare syssla med otillåtna mångfaldiganden och göra vinster på upphovsmakarens bekostnad. Vid tiden för detta såg emellertid musikmarknaden ut på ett helt annat sätt, och internet hade ännu inte fått genomslag som konsumtionskanal. I dag sker majoriteten av intrången inte hos ett tryckeri, utan på internet. Detta oaktat finns en problematik i att upphovsmakaren kan nödgas till att skaffa medlemskap i NCB och exklusivt licensiera sin upphovsrätt, utan att ett egentligt behov därtill får anses föreligga. Ett alternativ till nuvarande modell hade kunnat vara att upphovsmakaren i samband med avtalsslut med ett tryckeri istället ges information om NCB, och sedan erbjuds att registrera verket. Detta hade underlättat för den upphovsmakare som vill låta sitt verk omfattas av endast en CC-licens eller någon annan typ av licens, likväl som för den upphovsmakare som vill låta sitt verk vara olicensierat och behålla sin upphovsrätt. För dessa grupper hade en sådan lösning inneburit att de ges en större frihet att själva bestämma över sina verk.

Sett i förhållande till CC-licenser är NCB-brev inget hinder. Om en upphovsmakare vill låta ett verk som denne tryckt upp hos ett svenskt tryckeri omfattas av en CC-licens så är detta tack vare de bägge organisationernas samarbete möjligt. Problem uppstår när upphovsmakaren inte vill ingå någon av dessa två licenser. Visserligen finns teoretiska möjligheter för upphovsmakaren att söka sig till tryckerier utomlands som inte har ingått liknande avtal med sina nationella förvaltningsorganisationer, men frågan är hur långt denna skyldighet ska åläggas upphovsmakaren själv. Det kan också bli en ekonomisk fråga, då exempelvis tull-

och fraktagifter sannolikt är högre för en leverans från ett utomnordiskt eller - europeiskt land än inhemsk dito.

7.2 Utgör samarbetet mellan NCB och svenska tryckerier ett konkurrensbegränsande samarbete?

Här ska behandlas frågan huruvida ett konkurrensbegränsande samarbete kan anses föreligga mellan NCB och de tryckerier som NCB samarbetar med. Detta samarbete ställs i relation till CC:s verksamhet och licensmodeller.

Av fallet MD 1998:5 framgår att upphovsrättsliga förvaltningsorganisationer är företag i konkurrensrättslig mening. Det framgår även av fallet att STIM ses som dominant på sin marknad ("framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik"). Samma slutsats drogs av HD i fallet NJA 2003 s. 465. Av detta kan dock inte automatiskt slutsatsen dras, att NCB är dominerande på sin marknad för förvaltning av mekaniska rättigheter respektive upphovsrätter till musik på internet. Förhållandena under vilka STIM, SAMI och NCB verkar på respektive marknad är emellertid väldigt lika varandra, där de i princip är ensamma aktörer inom sina områden.

Den relevanta produktmarknaden i detta fall bör bestämmas till licensiering av ekonomiska upphovsrätter till musikaliska verk på Internet. Den geografiska marknaden som arbetet avser undersöka är den svenska nationella marknaden. Det kan dock tänkas att den geografiska marknaden skulle kunna utvidgas till att omfatta Norden eller EU, då EU:s regler om fri rörlighet skulle kunna innebära att kostnaderna för att anlita ett tryckeri i ett annat EU-land blir lägre än att anlita ett svenskt tryckeri. En sådan undersökning skulle emellertid vara för omfattande för detta arbete.

Vad som är utmärkande för denna situation i förhållande till ett typiskt kopplingsförbehåll är att det inte är dominanten som använder sin attraktiva produkt som hävstång. Dominantens produkt är istället den tillkopplade produkten. Detta står exempelvis i kontrast till C-333/94 P, där den attraktiva produkten (förpackningsmaskinen) tillhandahölls av den dominerande aktören och tilläggsprodukterna tillhandahölls av flera aktörer.

Frågan är då om samarbetet mellan NCB och tryckerierna har konkurrensbegränsande effekt eller syfte. Avtalen är av vertikal karaktär, då företagen bedriver olika typer av verksamheter. Det kan konstateras att den sammanlagda marknadsandelen på grund av NCB:s oomtvistat starka ställning på marknaden för förvaltning av upphovsrätter bör vara över 15 %.

NCB och CC kan alltså ses som konkurrenter på marknaden för licensiering av upphovsrätter till musikaliska verk. På grund av att NCB-licensen är exklusiv omöjliggör denna också som huvudregel tecknandet av en CC-licens. Det kan konstateras att samarbetet mellan NCB och tryckerierna inte har någon faktisk

konkurrensbegränsande effekt gentemot CC, eftersom NCB som ovan nämnts accepterar CC-licenser. Däremot skulle syftet med samarbetet mellan NCB och tryckerierna ur en objektiv synvinkel kunna vara konkurrensbegränsande.

Slutsatsen blir således att NCB genom dessa samarbeten kan anses begränsa konkurrensen på den svenska marknaden för licensiering av upphovsrätter till musikaliska verk.

Avslutningsvis ska något sägas om upphovsmakarens ställning. På grund av musikmarknadens speciella karaktär är situationen komplex. Då licensmodellerna som tillhandahålls av CC och NCB är konkurrerande uppstår en konfliktyta, där upphovsmakarens behov blir avgörande för huruvida den ena modellen är att föredra framför den andra. Upphovsmakaren är dock sällan juridiskt kunnig, och saknar i regel kunskaper för att kunna fatta ett välunderrättat beslut rörande vilken licensmodell som passar dennes syfte. En illa underrättad upphovsmakare riskerar att fatta ett oinsatt beslut, och därmed att verket omfattas av en licens som inte överensstämmer med upphovsmakarens önskemål. Detta problem kan anses vara av större praktisk relevans än det konkurrensrättsliga förhållandet mellan CC och NCB.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adamsson, Peter, *Lagarna inom immaterialrätten: en kommentar till lagstiftning rörande upphovsrätt, patent, växtförädlarrätt, mönster, firma, varumärken m.m. som den lyder den 1 januari 2008* (<http://zeteo.nj.se>)

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, 13:e uppl., Juristförlaget, Lund 2011

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, 6:e uppl., Juristförlaget, Lund 2010

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 12:e uppl., Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm 2011

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt*, 3:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2011

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2008

Klang, Mathias, *Copyright – copyleft: en guide om upphovsrätt och licenser på nätet*, .SE, Stockholm 2010

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 10:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2011

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten – En introduktion*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010

Olsson, Henry, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009

Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar* (<http://zeteo.nj.se>), 3:e omarb. uppl.

Ramberg, Christina, Ramberg, Jan, *Allmän Avtalsrätt*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, 3:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2006

Stannow, Henrik, Hillerström, Håkan, *Musikjuridik – rättigheter och avtal på musikområdet*, 4:e uppl., CKM, Stockholm 2010

Svensson, Carl Anders, Stenlund, Anders, Brink, Torsten, Ström, Lars-Erik & Carlén-Wendels, Thomas, *Praktisk marknadsrätt*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010

Offentligt tryck

Prop. 1960:17	Förslag till lag om upphovsrätt till upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk m.m.
Prop. 1975/76:81	Förslag till ändring i lagen (1915:218) om avtal och rättshandlingar på förmögenhetens område m.m.
Prop. 2001/02:132	Direktivet om sena betalningar
SOU 1956:25	Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk: Lagförslag av Auktorrättskommittén
SOU 2010:24	Avtalad upphovsrätt
SOU 2011:32	En ny upphovsrättslag

Periodika

Bernitz, Ulf, *Möjligheterna att förbjuda oskäligen villkor i avtal om beställningsmusik. Kommentarer till MD 2006:30*, NIR 2007 s. 509

Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatiken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2/2008 s. 149

Hietanen, Herkko, *Analyzing the Nature of the Creative Commons Licenses*, NIR 2007 s. 517

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1

Pallas Loren, Lydia, *Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright*, 14 GEO. MASON L. REV 271, 273 (2007)

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna lärar*, SvJT 2005 s. 249

Wainikka, Christina, *Upphovsrätten i mediebranschen – en fråga om avtal*, SvJT 2007 s. 599

Elektroniska källor

www.creativecommons.org

www.ncb.dk

www.stim.se

Övriga källor

Niklasson, Olle, *Stjärnmännen*, magasinet Filter #19 2011

Rättsfallsförteckning

EU

Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*

Mål C-333/94 P, *Tetra Pak mot kommissionen*

Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*

Högsta Domstolen

NJA 1964 s. 99

NJA 1967 s. 143

NJA 2002 s. 178

NJA 2003 s. 465

NJA 2004 s. 149

NJA 2004 s. 363

NJA 2010 s. 559

Hovrätterna

Svea Hovrätts dom 1989-04-24, NIR 1989 s. 394

Svea Hovrätts dom 2004-04-08 i mål T 1958-03

Svea Hovrätts dom 2007-05-02 i mål T 9659-05

Svea Hovrätts beslut den 2:a juni 2006 i mål Ö 7083-05

Marknadsdomstolen

MD 1998:5

MD 2002:5

MD 2006:30

MD 2010:12

MD 2011:28