

Digitalisering av herrelösa verk

Kommer de ta plats i de digitala biblioteken?

Elin Axarp Högman

Kandidatuppsats i handelsrätt HARH12

Vårterminen 2016

Handledare

Jonas Ledendal



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Sammanfattning

För att kunna bevara och tillgängliggöra det europeiska kulturarvet krävs det att institutioner som är tillgängliga för allmänheten runt om i Europa massdigitaliserar sina samlingar och arkiv. För att kunna underlätta detta antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/28/EU av den 25 oktober 2012 om viss tillåten användning av anonyma verk ska underlätta i fråga om tillgängliggörande av herrelösa verk. Direktivet skulle bidra till att underlätta i fråga om när herrelösa verk ska digitaliseras och tillgängliggöras för allmänheten. Som en följd av detta direktiv antogs den den 29 oktober 2014 Inskränkningen om herrelösa verk i kulturarvsinstitutioners i svenska upphovsrättslagen. Med utgångspunkt i EU-direktivet samt i den svenska inskränkningen syftar denna uppsats till att klargöra om den svenska inskränkningen är tillräcklig för att lösa de problem som uppkommer när herrelösa verk ska digitaliseras och göras offentliga för allmänheten. Dock är det inte sagt att uppsatsen kommer resultera i ett slutgiltigt svar, Förhoppningen är dock att kunna ge en så klar bild av det rättsliga läget som möjligt.

Terminologi

BK	Bernkonventionen för skydd av konstnärliga och litterära verk (1886)
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPs-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WTO	World Trade Organization

Innehållsförteckning

1 Inledning	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Disposition.....	8
1.5 Benämningen upphovsman och herrelösa verk	8
2 Upphovsrätten	10
2.1 Allmänt.....	10
2.2 Bernkonventionen.....	12
2.3 TRIPs-avtalet	12
2.4 Upphovsrättens uppkomst, dess skyddsobjekt och skyddsobjekt	13
3 Användningen av herrelösa verk	14
3.1 Definitionen herrelöst verk.....	14
3.2 Kretsen av berättigade användare	15
3.2.1 Anknytning till Europeiska samarbetsområdet	17
3.3 Material som omfattas	17
4 Omsorgsfull efterforskning och registrering av herrelösa verk	18
4.1 Kravet på omsorgsfull efterforskning	19
4.1.1 Av vem ska den omsorgsfulla efterforskningen göras?.....	19
4.1.2 Var ska den omsorgsfulla efterforskningen göras?.....	20

4.1.3	Hur ska den omsorgsfulla efterforskningen gå till?.....	21
4.2	Förhållandet till efterforskningsförbudet i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen	21
4.3	Kravet på registrering.....	22
4.4	Ömsesidigt erkännande	23
4.5	Om rättsinnehavaren ger sig till känna.....	23
4.6	Kompensation till rättsinnehavaren	23
5	Herrelösa verk och digitala bibliotek	24
5.1	Europeana.....	25
5.2	Transaktionskostnader vid digitalisering och.....	26
6	Analys och slutsatser	27
6.1	Slutsats	29
	Abstract.....	31
7	Källförteckning	32

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den ständigt ökade användningen av internet och den ständigt pågående teknikutvecklingen har öppnat upp för nya möjligheter i fråga om att kunna ta del av kreativt material online. Det förutspås att år 2020 kommer allt digitalt innehåll finns online.¹ En sådan teknikutveckling öppnar även upp för en ny marknad för redan existerande verk, verk som det tidigare har funnits begränsad tillgång till skulle nu kunna göras tillgängliga för vem som helst genom digitala kanaler. Storskaliga digitaliseringar anses vara en del i att bevara det europeiska kulturarvet och det ska ske genom att kulturarvsinstitutioner gemensamt ska bidra till att skapa ett digitalt arkiv.

Kulturorganisationer så som bibliotek, arkiv och muséer har visat intresse av massdigitalisering av de verk som ingår i deras samlingar. Dels för att kunna skydda och bevara verken, som annars under tid riskeras att skadas eller förstöras om de endast finns i fysisk form, men även för att kunna sprida sina samlingar online. Sådana institutioner innehåller ofta stora samlingar som innehåller både kulturella och vetenskapliga verk. Alla dessa stora samlingar beskrivs ofta som vårt gemensamma kulturarv. En annan viktig del av digitalisering är att skapa ett gemensamt digitalt arkiv, verken kategoriseras då och förs in i kataloger, vilket underlättar efterforskningar av verken och det gör det även enklare att söka i dem. Att verken blir lätta att eftersöka, tillgå och finna i är positivt både för allmänheten och för forskare.²

När verk ska digitaliseras krävs rättighetshavarens tillstånd, därmed uppstår problem i de fall då denne är okänd. För att verk utan kända upphovsmän eller rättighetshavare inte ska ställas åt sidan har europaparlamentets och rådets direktiv 2012/28/EU av den 25 oktober 2012 om viss tillåten användning av anonyma verk tillkommit. Direktivet syftar till att underlätta när ett verk utan känd upphovsman eller rättighetshavare ska digitaliseras och göras tillgängligt för

¹ Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén, En digital agenda för Europa, Bryssel, s.4.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/28/EU av den 25 oktober 2012 om viss tillåten användning av anonyma verk, L 299/5, 27.10.2012, <http://www.government.se/content/1/c6/22/64/57/737293b5.pdf>, 2014-02-15.

allmänheten. Direktivet har legat till grund inskränkningen i den svenska upphovsrättslagen, URL, som tillkom den 29 oktober 2014. Inskränkningen om herrelösa verk i kulturarvsinstitutioners samlingar innebar att 16a – d § infördes i URL samt att 45-46 §, 48-49a § och 58 § ändrades. Syftet med denna inskränkning var att underlätta för kulturarvsinstitutioner att digitalisera och förmedla verk vars upphovsman eller rättighetshavare är okänd eller inte går att finna.

1.2 Syfte

Lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729) ändrades den 25 oktober 2012 efter Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/28/EU. Därefter kom URL att innefatta en inskränkning om herrelösa verk och användningen av dessa. Syftet med denna uppsats är att undersöka och analysera det befintliga rättsläget i den svenska regleringen samt att klarlägga i vilken utsträckning den nya inskränkningen om herrelösa verk i upphovslagen är tillräcklig för att lösa de problem som uppkommer när sådana verk ska göras tillgängliga på Internet.

Avsikten är inte att undersöka vilka faktiska konsekvenser regleringen har haft, utan att klargöra om undantaget omfattar alla de aktörer, verkstyper och användningsområden som är nödvändiga för att göra sådana verk tillgängliga.

1.3 Metod och material

Vid skrivandet av denna uppsats har jag valt att tillämpa juridisk metod.³ vilket innebär att innehållet i gällande rätt har fastställts genom att analysera rättskällor såsom direktiv, författningar, förarbeten, rättspraxis samt doktrin. I denna uppsats har upphovsrättslagens nyligen tillagda § 16a-d främst undersökts då de omfattar den tillkomna inskränkningen om herrelösa verk och möjligheten att digitalisera och offentliggöra dessa, samt har EU-direktivet om viss tillåten användning av anonyma verk undersökts. Dels för att reda ut hur herrelösa verk definieras i direktivet, vilka kraven är vid användning av dom samt vad som krävs för att ett verk ska anses herrelöst, men även för att kunna undersöka om inskränkningen i den svenska upphovsrättslagen skiljer sig från direktivet. Även förarbetena till inskränkningen har studerats,

³ Sandgren, S, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* s 37 f

detta för att få förståelse om hur lagtexten ska tolkas samt för att kunna se hur direktivet tolkats och hur det återspeglas.

Mängden rättspraxis inom området om digitalisering och offentliggörande av herrelösa verk är minimal och därför har inte dessa kunnat undersökts vidare.

1.4 Disposition

Denna uppsats kommer inledningsvis att ge en överskådlig syn av upphovsrätten. Sedan ges i kapitel 3 en presentation av när ett verk och vilka verk som kan få statusen herrelöst samt vilka som ska anses vara berättigade användare av verket. I efterföljande kapitel 4 presenteras den omsorgsfulla efterforskning som krävs för att ett verk ska kunna anses herrelöst närmre, detta görs genom att utreda av vem den ska göras, hur den ska gå till och även var den ska ske. Kapitlet innehåller även kravet på registrering som måste göras efter att en omsorgsfull efterforskning gjorts. Därefter följer ett kapitel om digitalisering av herrelösa verk och den problematik som uppstår när det ska ske. Slutligen ges ett kapitel med en slutlig analys och en sammanfattande slutsats av uppsatsen.

1.5 Benämningen upphovsman och herrelösa verk

I denna uppsats kommer jag genomgående att använda mig av benämningen upphovsman eller upphovsmän då jag syftar till den eller de som skapat ett verk, Varför jag anser att det är av betydelse att lyfta vilken term jag i arbetet kommer att använda mig av är för att det i SOU 2011:32 om en ny upphovsrättslag togs upp att en ny lag måste vara genusneutral och att även välbekanta ord och uttryck kan och bör förenklas, om de orden inte anses vara könsneutrala. Icke könsneutrala ord ska därför ersättas eller undvikas.⁴ I detta sammanhang framfördes att termen upphovsman med fördel skulle kunna ersättas av en annan benämning. Uttrycket ”Upphovare” föreslogs som en möjlig betäckning, detta för att uttrycket ”upphovsman” skulle kunna anses tyngande då det antyds att det endast är en man som är den som skyddas av upphovsrätten, samt att det flesta som skapar verk är män. Det ansågs dock slutligen att ordet

⁴ SOU 2011:32 *En ny upphovsrättslag* s 130

upphovsman är så pass väletablerat och känt för den breda allmänheten att en förändring av det ordet inte skulle medföra en lag som blir tydligare eller mer lättillgänglig. Slutligen tillades att ordet är att anse numera som genusneutralt.⁵

Jag kommer även i arbetet använda mig av termen herrelösa verk. I direktivet används benämningen ”orphan works” och i den svenska översättningen ”anonyma verk”. I promemorian till regeringen används termen ”herrelösa verk.” Det förklaras av att ingen av termerna ”herrelösa verk.” ”ägarlösa verk” eller ”anonyma verk”. anses självklara. Förklaringen är att verket inte saknar ägare, utan att problemet är denne är okänd och därmed anses att inte heller den direkta översättningen ”föräldralösa verk” fungera. Användningen av ”herrelösa verk” förklaras vara den bästa då herrelös används för att beteckna egendom som antingen står utan ägare, eller då ägaren är okänd eller frånvarande.⁶ I samband med att inskränkningen införlivades i upphovsrättslagen protesterade bland annat konstnärsnämnden som menade att termen ”herrelösa verk” kändes otidsenlig och de föredrog begreppet anonyma verk.⁷ Även svensk biblioteksforening anser att termen inte är könsneutral.⁸

Jag kommer i denna uppsats inte lägga någon värdering i vad jag anser är rätt eller fel utan kommer genomgående att använda termen ”upphovsman” samt ”herrelöst verk” då det är de termerna som det beslutats om ska användas i lagstiftningen.

⁵ SOU 2011:32 *En ny upphovsrättslag* s 130

⁶ Proposition 2013/14:206. *Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar*, Stockholm den 10 april 2014 s.14

⁷ Konstnärsnämnden, Konstnärsnämndens yttrande av departementspromemorian – Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar (Ds 2013:63), 2013, (Hämtad 2016-04-29)

Tillgänglig: www.konstnarsnamnden.se/Sve/Filer/utredningar/KNNyttrandeHerrelösaverkikulturarvsinstitutionernassamlingarD20132063.pdf

⁸ Biblioteksforeningen, Föreningen tycker till om herrelösa verk, 2013, (Hämtad 2016-04-27) Tillgänglig: <http://www.biblioteksforeningen.org/herrelösa-verk-i-kulturarvsinstitutionernas-samlingar/>

2 Upphovsrätten

I detta kapitel ges en överblick över den svenska upphovslagen, vilka den omfattar samt vilka verk som skyddas av den, en kort beskrivning görs av Bernkonventionen och TRIPs-avtalet som båda påverkat den svenska upphovsrätten.

2.1 Allmänt

Den svenska upphovsrätten regleras i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Upphovsrätten omfattar varje verk som uppstår i en skapande verksamhet, efter att verket uppnår en viss grad av originalitet. Den som skapat ett verk, litterärt eller konstnärligt har vissa rättigheter till verket genom enligt lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Det upphovsrättsliga skyddet syftar till att ge ett rättsligt skydd till upphovsmän och rättighetshavare. Det skapar ett ideellt skydd för upphovsmännen och är även av ekonomisk betydelse för dem.⁹

De ideella rättigheterna består av två delar, den ena innebär att upphovsmannen har rätt att anges då ett av hans verk framställs eller när verket görs tillgängligt för allmänheten. Det andra skyddet består i att verket inte får ändras och inte heller göras tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt att upphovsmannens konstnärliga eller litterära egenart eller anseende kränks.¹⁰

De ekonomiska rättigheterna innebär att upphovsmannen har rätt att förfoga över verket i två hänseenden. Upphovsmannen är den som har rätt att framställa exemplar av verket och det är upphovsmannen som har rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten.¹¹ Att göra ett verk tillgängligt för allmänheten kan ske genom försäljning, spridning eller genom att det lånas ut till allmänheten samt genom överföring eller att det framförs offentligt. Ensamrätten innebär att endast verkets upphovsman har rätt att använda verket på ett sådant sätt.¹² Ensamrätten innebär alltså att det endast är upphovsmannen som har rätt till verket och vill någon nyttja ett skyddat verk måste denne först ha upphovsmannens tillstånd. I de fall ett verk har flera

⁹ Lärobok i immaterialrätt, Levin, Marianne, u. 10, Nordstedts Juridik AB, Vällingby, 2011, s.70 ff

¹⁰ Herrelösa verk i kulturavsnittens samlingar, s.13

¹¹ ibid s. 13

¹² a.a s. 43

upphovsmän krävs samtligas samtycke, och i de fall en upphovsman inte är den som har det upphovsrättsliga skyddet för verket krävs samtycke av den som är verkets rättsinnehavare.¹³

Det finns inskränkningar i de ekonomiska rättigheterna, de motiveras med hänsyn av olika allmänna eller enskilda intressen. Under vissa förutsättningar är det tillåtet att framställa exemplar av verk som är offentliggjorda, även utan tillstånd. Det får göras i fråga om personligt bruk, genom citering eller för att sprida exemplar inom vissa bibliotek och arkiv, det är även tillåtet att framställa exemplar till personer med funktionshinder.¹⁴

Den svenska upphovsrätten är begränsad av nationalitetsprincipen samt av territorialitetsprincipen, vilket får följden att den begränsas av den svenska rätten i Sverige samt att verk skapade av medborgare i Sverige skyddas av den. Dock finns det regler som motverkar nationalitetsprincipen och som medför att alla verk, oavsett ursprungsland skyddas.¹⁵

Upphovsrättslagen innehåller även bestämmelser om avtalslicenser. En avtalslicens innebär att en part kan sluta avtal om användning av dess verk med en organisation som företräder flera upphovsmän till i Sverige använda verk på området, vilket gör att de även får rätt att använda verk av upphovsmän som inte företräder organisationen.¹⁶ Ett sådant avtal sträcks alltså till att omfatta sådana utanförstående upphovsmän. Det innebär att avtalslicenser om användning kan finnas även om det inte varit möjligt att finna ett verks samtliga rättsinnehavare.

Den svenska upphovslagen bygger till stor del på internationella överenskommelser och är därför starkt internationellt präglad. Den svenska upphovsrätten regleras av EU-direktiv som har införlivats i den svenska rätten, bland annat av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och

¹³ Proposition 2013/14:206. Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s.13

¹⁴ a.a s.14

¹⁵ Levin s. 71

¹⁶ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s.14 f

närstående rättigheter i informations- samhället, vilket innehåller grundläggande bestämmelser om inskränkningar samt undantag i upphovsrätten.

2.2 Bernkonventionen

Bernkonventionen¹⁷ som uppkom redan 1886 har haft ett globalt inflytande på upphovsrätten eftersom den, med alla som tillträtt konventionen, bildar en union som skyddar upphovsrätt samt industriell rätt. BK administreras den internationella organisationen World Intellectual Property Organization (WIPO) som agerar under FN. Bernkonventionen innehåller regler som syftar till att harmonisera upphovsrätten länderna emellan, så som att upphovsrätt ska uppstå formlöst samt att skyddet inträder direkt efter att verket uppstått. Bernkonventionen innehåller minimikrav som ska vara uppfyllda av alla länder, för att kunna ha en lägsta skyddsnivå. Ett sådant är kravet på skyddstidens längd, den innefattar även ”principen om nationell behandling” som innebär att medborgare i andra konventionsländer ska ha samma rättsskydd som landets egna medborgare och ska ha rätt till samma diskrimineringsförbud.¹⁸

2.3 TRIPs-avtalet

Inom WTO finns det så kallade TRIPs-avtalet ”avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter”, vilket innehåller ett betydande regelverk. Det regelverket omfattar minimistandarder på utformningen av de tillträdde staternas utformning av immaterialrättsliga skydd. TRIPs avtalet lägger även till principen om ”mest gynnad nation”, och gäller i alla konventionsländer i fall då ett av länderna erbjuder ett annat land ett skydd som anses fördelaktigt.¹⁹

¹⁷ Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, 1886, senast reviderad genom Parisakten 24 juli 1971.

¹⁸ Levin s. 41 ff

¹⁹ a.a s. 49 f

2.4 Upphovsrättens uppkomst, dess skyddsobjekt och skyddsobjekt

Ett verks upphovsrätt uppstår i det att verket kommer till, och dess skydd uppkommer så snart verket uppfyller kraven på originalitet, vilket är en av grundprinciperna i BK.²⁰

Enligt 43 § URL gäller ett upphovsrättsligt skydd i 70 år efter upphovsmannens död. I de fall det finns flera upphovsmän till verket, gäller 70 år från att den sista av dem dött. I 1 § URL står att den som skapat ett konstnärligt eller litterärt verk ska anses vara verkets upphovsman, vilket alltid är en fysisk person. Upphovsmannen har även uteslutande rätt, med de inskränkningar som finns, att förfoga över verket och skapa fler exemplar genom att för allmänheten göra det tillgängligt, 2 § URL.

Upphovsmannens namn, signatur eller pseudonym ska enligt 7 § URL tillskrivas verkets upphovsrättsliga skydd. Om ett verk har två eller flera upphovsmän och om deras verk inte ensamt utgör verk som ska anses självständiga, ska upphovsrätten tillskrivas samtliga, enligt 6 § URL.

Ett upphovsrättsligt skydd kan överlåtas av upphovsmannen både till en fysisk eller till en juridisk person, sker detta görs det fördelaktligen med ett välutformat avtal för att undvika eventuella framtida upphovsrättsliga tvister.²¹

Av 1 § URL framgår det att upphovsmannen anses ha upphovsrättsligt skydd för följande verk: ”skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal, datorprogram, musikaliskt eller sceniskt verk, filmverk, fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst, alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.” Som litterära verk räknas även ”kartor, samt även andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art.” samt ” designmaterial för datorprogram.”

²⁰ a.a, s. 80

²¹ a.a s 119

Det krävs även att ett verk uppfyller originalitetskravet och kravet på subjektiv nyhet för att det ska vara upphovsrättsskyddat.²²

3 Användningen av herrelösa verk

I detta kapitel förklaras vilka verk som kan anses vara herrelösa samt vilka som anses vara berättigade användare av verken och vilka verk som omfattas.

3.1 Definitionen herrelöst verk

För att ett verk eller ett fonogram ska anses vara herrelöst ska dess samtliga rättighetsinnehavare inte ha kunnat identifierats efter att en omsorgsfull efterforskning gjorts. Eller om en eller flera av dem har kunnat identifierats har den eller de inte kunnat lokaliseras efter att en omsorgsfull efterforskning genomförts och registrerats i på ett sådant sätt som anges i artikel 3.

Finns det flera rättsinnehavare till verket eller fonogrammet, och om samtliga av dessa inte identifierats eller om de har identifierats men inte lokaliseras efter en omsorgsfull efterforskning samt registrering av dem kan ett verk anses herrelöst om de rättsinnehavare som är kända har sin tillåtelse, enligt artikel 1.1, att mångfaldiga och sedan göra de tillgängliga för allmänheten. Enligt punkt 3 så har de rättighetshavare som identifierats och lokaliseras kvar sin rätt till verket om de inte väljer att ge sin tillåtelse till att mångfaldiga och sedan göra de tillgängliga för allmänheten.

Vad som utgör om ett ska anses vara herrelöst i den svenska lagstiftningen återfinns i 16b § URL. Där står att ett verk anses herrelöst om samtliga rättsinnehavare är okända eller inte går att finna efter att en omsorgsfull efterforskningen gjorts som sedan dokumenterats. I de fall där ett verk tillfaller flera rättsinnehavare ska endast de delar som tillhör de rättsinnehavare som inte går att identifiera eller finna anses vara herrelösa.

²² a.a s. 80

Den svenska lagtexten behandlar inte de fall då flera rättighetshavare finns och där en eller flera, men inte alla, har kunnat identifierats och lokaliserats och som sedan givit sin tillåtelse att mångfaldiga och sedan göra de tillgängliga för allmänheten. Däremot behandlas det fallet i förarbetet där det står att en förutsättning för användning av sådana verk är att den eller de rättighetshavare som är kända och lokaliserade har givit sitt samtycke.²³

EU-direktivet och den svenska inskränkningen definierar herrelösa verk likadant. Både i den svenska lagstiftningen och i EU-direktivet lyfts vikten av att en omsorgsfull efterforskning har skett samt att denna har registrerats.

3.2 Kretsen av berättigade användare

Vilka som ska anses vara berättigade användare enligt EU-direktivet framgår av Artikel 1, där står att dessa är bibliotek, utbildningsanstalter samt museer, samtliga ska vara tillgängliga för allmänheten. Även arkiv, institutioner för ljud och filmvervet, radio och televisionsföretag i allmänhetens tjänst räknas som berättigade användare enligt artikeln. Dessa måste vara etablerade i medlemsstaterna och deras uppdrag ska vara i allmänhetens intresse och de ska drivas utan vinstsyfte, skäl 20.

Dessa användare får enligt artikel 6.2 genom användning av verken eller fonogrammen generera intäkter, men dessa får endast syfta till att täcka de kostnader som uppstår i samband med att verken digitaliseras och offentliggörs.

I 2 kap. 16a § URL regleras vilka som enligt den svenska lagen anses vara berättigade till att framställa exemplar av både litterära verk i skrifter och av filmverk. De som genom inskränkningen anses vara berättigade användare är bibliotek, utbildningsanstalter och museer, vilka måste vara tillgängliga för allmänheten. I lagkommentar i Karnov skriver Anders Olin att även institutioner som tar ut inträde samt institutioner som endast en del av allmänheten har tillgång till, så som universitet, ska räknas som en berättigad användare. Inskränkningen gäller

²³ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 24

även för institutioner för arkiv för ljud- och filmarvet och för radio och TV-företag i allmänhetens tjänst. Dessa inrättningar, måste enligt 16a § URL p. 5 drivas utan vinstintresse, och i frågan om institutioner som förvaltar ljud- eller filmarvet måste ha utsetts av det allmänna för att förvalta film.- och ljudarvet.

Enligt 2 kap. 16 a § URL p. 7 Ska den vinst en användare gör till följd av användning av ett verk syfta till att täcka kostnaderna som uppstår då ett verket gjorts tillgängligt för allmänheten eller digitaliseras. Detta innebär alltså att en användare har rätt att få in avgifter eller andra intäkter av de som nyttjar verken, men att dessa endast får uppgå till den storleken att de täcker kostnaderna för att ha digitaliserad och gjort verken tillgängliga för allmänheten.²⁴

Slutligen har en användare enligt 2 kap. 16 a § URL p. 6 endast rätt att framställa eller för allmänheten göra verk tillgängliga om detta görs i allmänhetens intresse. Vad som ska anses vara i ”allmänhetens intresse” förklaras i förarbetet vara bevaring och restaurering av verk samt att hålla verk tillgängliga för allmänheten om de kan användas eller vara värdefulla i utbildningsändamål.²⁵

I 16a § URL p.2 framgår att de användare som anses vara berättigade att göra sådana framställningar är dock begränsade till att endast kunna framställa verk som ingår i deras egna samlingar. I Förarbetet lyfts att det bör tolkas som att verken måste ingå i dess ordinarie samlingar men de måste inte förvaras i deras egna lokaler, och därmed får det även betydelsen att ett verk inte anses ingå i ens egen samling om det är inlånat från någon annan institution.²⁶ Även i direktivet finns krav på att verken ska ingå i användarnas egna samlingar, artikel 1.

Den svenska inskränkningen överensstämmer väl med EU-direktivet och de som av EU-direktivet anses vara berättigade användare är desamma som anses vara det enligt sen svenska lagstiftningen.

²⁴ a.a, s. 36

²⁵ ibid. 36

²⁶ a.a s. 57

3.2.1 Anknytning till Europeiska samarbetsområdet

Enligt EU-direktivet artikel 1 ska en användare vara etablerad i någon av medlemsländerna. Enligt artikel 2.2 måste verken ha givits ut i någon medlemsstat, och om verket inte givits ut ska de ha sänts ut i en medlemsstat

Enligt den svenska inskränkningen måste användarna vara etablerade i ett land i ett EES-land Enligt 2 kap. 16 a § URL. ska inskränkningen endast gälla för verk som anses ha viss anknytning till EES-området. För att ett verk ska anses ha en sådan anknytning krävs att det gjorts tillgängligt för allmänheten inom EES-området.²⁷

Kravet på anknytning till en medlemsstat återfinns på samma sätt både i direktivet och i den svenska inskränkningen.

3.3 Material som omfattas

I artikel 1 framgår att direktivet är tillämpligt på de verk som givits ut i form av böcker, magasin, tidningar eller andra skrifter, men de måste ingå i den berättigade användarens samling, vilken ska vara tillgänglig för allmänheten. De material som finns i samlingar i arkiv för film- och ljudarvet ingår också även filmverk och audiovisuella verk och fonogram som ingår i användarens allmänt tillgängliga samling. De filmverk eller audiovisuella verk och fonogram som producerats fram till och med 31 december 2002 av television- och radioföretag i allmänhetens tjänst och som finns i deras arkiv omfattas av inskränkningen.

Enligt artikel 1.3 omfattas även de verk och fonogram som ovan nämnts men som aldrig givits eller sänts ut om de med rättighetshavarens tillstånd gjorts tillgängliga för allmänheten av en berättigad användare. Inskränkningen i upphovsrättslagen är även tillämplig på sådana material som inte sänts ut eller getts ut, men som av en berättigad användare, med

²⁷a.a.s. 17

upphovsmannens eller rättighetshavarens godkännande, tillgängliggjorts för allmänheten enligt 16a § p. 3 b.

Direktivet omfattar inte endast hela verk utan är även tillämpligt i de fall ett verk är inbäddat, införlivat eller om det utgör en integrerad del av sådana verk eller fonogram som nämns ovan, enligt artikel 1.4.

Kravet på att verket ska ingå i användarens egna samling återfinns i 16a §URL. Det står inte klart vad som avses med samlingar i paragrafen, men det framgår däremot i propositionen att regeringens uppfattning bör vara den att material som är inlånat från annat bibliotek inte kan anses ingå i samlingen.²⁸ Därmed kan alltså inte de material som återfinns hos andra än de som omfattas av inskränkningen omfattas och alltså menas endast de material som generellt ingår i användarens samling omfattade. För att materialet ska omfattas krävs även att det anses herrelöst enligt definitionen i 2 kap. 16 b § Upphovsrättslagen.

Direktivet och upphovsrättslagen delar vilket material som ska anses omfattas.

4 Omsorgsfull efterforskning och registrering av herrelösa verk

Enligt skäl 13 i EU-direktivet måste en omsorgsfull efterforskning ha genomförts för att ett verk ska kunna anses vara herrelöst, och i skäl 16 till direktivet står att efterforskningen sedan ska registreras. I detta kapitel utreds vad som anses vara en omsorgsfull efterforskning enligt direktivet och den svenska lagstiftningen, samt av vem efterforskningen ska göras och vart den ska göras. Kapitlet behandlar även kravet på registrering.

²⁸ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 19

4.1 Kravet på omsorgsfull efterforskning

Innan ett verk kan få statusen herrelöst krävs, enligt artikel 2 punkt 1 att en omsorgsfull efterforskning gjorts. Den omsorgsfulla efterforskningen syftar till att försöka identifiera och lokalisera ett verk eller fonogramms upphovsman eller rättighetshavare. Identifieras och lokaliseras ett verks upphovsman eller rättighetshavare kan verket inte anses herrelöst. Den omsorgsfulla efterforskningen ska enligt artikel 1.4 även göras för sådana verk som är inbäddade eller införlivade i annat verk.

För att kunna fastställa att ett verk är att anse som herrelöst ska en omsorgsfull efterforskning göras, enligt 16c § URL.

I direktivets skäl 14 beskrivs vikten av att en harmoniserad metod för hur en omsorgsfull efterforskning ska finnas. Detta för att kunna säkerställa en hög skyddsnivå för upphovsrätten och närstående rättigheter i unionen. En omsorgsfull efterforskning bör, enligt skäl 14, inbegripa källor som innehåller information om verken. Vilka dessa källor är ska fastställas av den medlemsstat där den omsorgsfulla efterforskningen utförs.

Då ett verk fått statusen herrelöst behövs inga nya efterforskningar göras när verket i framtiden används, enligt skäl 13.

4.1.1 Av vem ska den omsorgsfulla efterforskningen göras?

Enligt artikel 3 punkt 1 i EU-direktivet framgår att de som i artikel 1.1 anses vara berättigade användare ska se till att en omsorgsfull genomförs innan ett verk kan anses herrelöst.

Direktivet lämnar i skäl 13 utrymme för att medlemsstaterna ska kunna föreskriva att den omsorgsfulla efterforskningen ska genomföras av de organisationer som avses som berättigade användare, samt att den kan utföras av annan organisation. Genomförs den av annan organisation har den rätt att ta betalt för efterforskningen.

16b § URL lyfter att en omsorgsfull efterforskning ska göras av en användare, vilken definieras i 16a § URL. I förarbetet står att den omsorgsfulla efterforskningen ska genomföras av en berättigad användare.

Direktivet ställer alltså inga krav på att den omsorgsfulla efterforskningen genomförs av användaren själv utan att den kan utföras av andra aktörer mot betalning. I förarbetet lyfts att regeringen anser att efterforskningen ska genomföras av en berättigad användare och att det inte utesluter att den genomförs på uppdrag av användaren.²⁹ Både direktivet och den svenska upphovsrättslagen lämnar alltså utrymme för att en omsorgsfull efterforskning kan göras av annan än användaren själv, men kravet är att den som utför efterforskningen måste falla under benämningen berättigad användare.

4.1.2 Var ska den omsorgsfulla efterforskningen göras?

Enligt artikel 3.3 ska den omsorgsfulla efterforskningen göras i det land där verket först gavs ut, och om den inte givits ut i det land det sänts ut. Det gäller dock inte film eller audiovisuella verk, för då ska efterforskningen ske i det land där producenten har sitt säte eller sin vanliga vistelseort, om det landet är en medlemsstat.

Den svenska regleringen om var efterforskningen ska göras återfinns i 16c § URL, den överensstämmer med direktivet om att efterforskningen ska ske i det land där verket först gavs ut, eller där de först sändes ut om utgivning inte skett. Även att efterforskning för film och ljud ska ske i det land där producenten har sitt säte eller sin vanliga vistelseort, om det är inom EES gäller.

Finns det belägg för att relevant information för efterforskningen finns att tillgå i andra länder ska de källor som finns tillgängliga i det landet användas, enligt artikel 3.4. Även här överensstämmer den svenska lagstiftningen med direktivet. Syftet med att undersökningen endast ska ske i ett land är för att undvika dubbelarbete, enligt artikel 15.

²⁹ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 26

4.1.3 Hur ska den omsorgsfulla efterforskningen gå till?

En omsorgsfull efterforskning ska ske i ärligt uppsåt, enligt artikel 3.1. Det utvecklas inte mer i direktivet vad som avses med ”i ärligt uppsåt” i det svenska förarbetet bedöms att den som utför den omsorgsfulla efterforskningen ska tillvarata en rättighetshavares intressen vilket bör vara att den sker i ärligt uppsåt, vilket är förklaringen till att ”i ärligt uppsåt” inte förekommer i den svenska lagstiftningen, då det bör räcka med ett krav på omsorgsfull efterforskning. I lagkommentar av Anders Olin i Karnov bör en omsorgsfull ske på ett sådant sätt att rättsinnehavarens intressen tillvaratas. Alltså finns det t.ex. inte utrymme för att göra endast en mekanisk efterforskning i tillgängliga register, om det finns indikationer om rättsinnehavaren kan lokaliseras på annat sätt.³⁰

Direktivet lyfter i artikel 3.1 att en omsorgsfull efterforskning ska ske för varje verk, och den ska göras genom att alla källor som anses lämpliga för den berörda kategorin undersöks. Undersökningen ska ske innan verket används. Vad som ska anses vara lämpliga källor fastställs i varje land i samråd mellan rättsinnehavare och användare. Det innebär att vad som anses vara lämpliga källor kan skilja sig länderna emellan, men enligt direktivet ska de källor som finns i bilaga till direktivet alltid undersökas.

I det svenska förarbetet dras slutsatsen att det inte krävs någon uttömmande reglering kring vilka källor som anses lämpliga för varje verkskategori, utan i varje enskilt fall ska det undersökas och bedömas vad som är att anse som vilka källor som är lämpliga.

4.2 Förhållandet till efterforskningsförbudet i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen

Att en upphovsman till ett verk inte går att finna eller är okänd kan bero på att denna själv valt att vara anonym, även om det inte är en vanlig orsak till att ett verks upphovsman inte går att

³⁰ Se Karnov internet, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 2 kap 16 c §

finna eller är okänd.³¹ Upphovsmän får anonymt ge ut sina verk och sedan fortsätta vara anonyma enligt yttrandefrihetsgrundlagen och tryckfrihetsförordningen.³² Om upphovsmän valt att vara anonyma finns ett efterforskningsförbud, detta innebär att offentliga organ och myndigheter, som huvudregel, inte har rätt att försöka identifiera en person som omfattas av anonymitetsskyddet.³³

Det finns bestämmelser i URL som öppnar upp för att få tillstånd att använda sådana verk som är utgivna av anonym upphovsman utan att dess anonymitet röjs.³⁴ Utgivaren, om denne är känd, eller förläggaren kan företräda den anonyme upphovsmannens verk, 7 § URL. Därmed kan inte verket anses vara herrelöst.

Direktivet och dess krav på omsorgsfull efterforskning går inte i strid med det efterforskningsförbud som finns i svensk lagstiftning då efterforskningen, enligt artikel 2.5, inte ska påverka nationella bestämmelser om anonymitet eller verk utgivna under pseudonym.

4.3 Kravet på registrering

Enligt artikel 3.5 ska den omsorgsfulla efterforskning som gjorts dokumenteras och registreras hos den nationella myndighet som utsetts till att vara behörig. I direktivet ges riktlinjer om vad som ska ingå i den dokumentation som lämnas över till myndigheten. Resultatet av den omsorgsfulla efterforskningen som utförts och som lett till att ett verk anses herrelöst ska ingå, organisationens användning av verket, om ett verks status som herrelöst avslutas samt kontaktuppgifter till användaren. Dessa uppgifter behövs för att kunna styrka att en omsorgsfull efterforskning av ett verks rättighetshavare. Därefter ska uppgifterna lämnas till Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO), där de offentliggörs för att kunna underlätta för framtida efterforskning av verket. I direktivet samt i den svenska lagstiftningen står att

³¹ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 30

³² 3 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen och 2 kap. 1 § yttrandefrihetsgrundlagen

³³ 3 kap. 4 § tryckfrihetsförordningen och 2 kap. 4 § yttrande- frihetsgrundlagen.

³⁴ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 30

uppgifterna ska registreras hos Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (OHIM), men det ändras den 1 juni 2016, vilket även får den följden att 16d § URL byts och den nya paragrafen innehåller EUIPO.

4.4 Ömsesidigt erkännande

När ett verk eller ett fonogram anses herrelöst i ett medlemsland ska det anses herrelöst i övriga medlemsländer, enligt artikel 4. Verket får då användas och göras offentligt i alla medlemsländer.

I den svenska lagstiftningen finns inte kravet på ömsesidigt erkännande med, förklaringen till detta ges i det svenska förarbetet där det står att ett ömsesidigt erkännande inte har någon verkan då regelverket bygger på att om ett verk eller fonogram anses herrelöst så gäller det inte endast på nationell nivå utan i alla medlemsländer.

4.5 Om rättsinnehavaren ger sig till känna

Framträder en rättsinnehavare till ett verk som anses herrelöst ska denne, enligt artikel 5, ha rätt att avsluta verkets herrelösa status. Detta återfinns i den svenska upphovslagen i 16 b §.

4.6 Kompensation till rättsinnehavaren

Enligt artikel 6.5 har den rättsinnehavare som träder fram och gör anspråk på ett herrelöst verk rätt till en rimlig kompensation för det nyttjande av verket som skett. I direktivet framgår att det är upp till var medlemsstat att själva bestämma hur betalningen av kompensationen ska ske och varken av vem eller hur betalningen ska ske framgår.³⁵ I skäl18 framgår dock att kompensationen ska grundas i det enskilda fallet, Hänsyn ska tas till om användningen av verket medfört skada för rättsinnehavaren.³⁶

³⁵Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 39

³⁶Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s.40

Direktivets uppfattning om att en rimlig kompensation ska betalas om en rättighetshavare träder fram³⁷ återfinns i den svenska lagstiftningen i 16b § URL.

Alltså är det inte helt klart vad som anses som en rimlig kompensation men direktivet lämnar viss ledning i ingressen. I skäl 18 står att hänsyn bör tas till bl.a. medlemsstaternas kulturbefrämjande målsättningar, till att de berörda användarnas nyttjande skett för att uppnå syften som rör deras uppdrag i allmänhetens intresse och till eventuell skada för rättsinnehavarna. Alltså lämnas här ett utrymme för att i det enskilda fallet kunna ta hänsyn till flertalet omständigheter.

5 Herrelösa verk och digitala bibliotek

Den ständigt ökande användningen av ny teknologi och internet har öppnat upp för helt nya möjligheter för att kunna dela med sig av men även ha tillgång till kreativt material online.³⁸

Det förutspås att 2020 kommer i princip allt digitalt material finnas online.³⁹

Bibliotek, museer och utbildningsanstalter samt arkiv, institutioner för ljud och filmarvet och även televisioner och radioföretag i allmänhetens tjänst som är etablerade i ett europeiskt medlemsland strävar efter att skapa ett europeiskt digitalt bibliotek. Det görs genom en storskalig digitalisering av dess samlingar. Att kunna skapa ett sådant digitalt bibliotek är det första skälet till att direktivet om viss tillåten användning av anonyma verk antogs. Ett sådant digitalt bibliotek bidrar till att det europeiska kulturarvet kan bevaras och spridas. Stora elektroniska bibliotek som är tillgängliga genom internet skapar nya möjligheter att söka efter och upptäcka verk, det leder till att forskare och akademiker får möjlighet att ta del av nya källor de annars kanske inte skulle ha haft tillgång till.

³⁷ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s. 39

³⁸ Creative content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection document of DG INFO and DGMARKT, 2009 ,s.2.Tillgänglig:
http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/content_online/reflection_paper%20web_en.pdf

³⁹ Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén, En digital agenda för Europa, Bryssel, 19.5.2010 . s 4

En berättigad användare, som i sin samling har ett verk som fått statusen herrelöst, har rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten, samt att återskapa det i syfte att digitalisera, tillgängliggöra, katalogisera, indexera, bevara eller restaurera det, artikel 2. Finns en känd upphovsman till verket ska denna anges, artikel 2.3.

I den svenska upphovsrätten om användning av herrelösa verk i 16a § står att finna att institutioner så som Bibliotek, utbildningsanstalter och museer vilka är tillgängliga för allmänheten samt arkiv och institutioner för film- eller ljudarvet har rätt att framställa exemplar av verk om de anses herrelösa enligt 16 a § p.1 och om de ingår i dess egna samlingar enligt 16 a § p.2 samt att de följer de rekvisit som räknas upp och som även har behandlats tidigare i uppsatsen. Dessa verk får efter framställning sedan överföras till allmänheten på så sätt att en användare själv kan få tillgång till verket när den själv vill om det sker.

5.1 Europeana

År 2005 föreslogs i ett brev till europeiska kommissionen, från sex statschefer att ett europeiskt virtuellt bibliotek skulle inrättas. Europeiska kommissionen och EU-parlamentet gav stöd till förslaget och år 2007 började arbetet med att bygga upp en prototyp av en sådan portal.⁴⁰ År 2008 lanserades portalen under namnet Europeana Europeana finansieras av EU-kommissionen och har sitt huvudsäte i National Library of the Netherlands. Portalens syfte är att publicera och göra Europas kulturella arv tillgängligt online genom att tillgängliggöra de verk som finns digitaliserade på kulturarvsinstitutioner runt om i Europa.⁴¹ Europeana är alltså inte ett digitaliseringsprojekt i sig utan fungerar mer som en aggregator som sammanställer och berikar den metadata som finns digitaliserat hos respektive kulturarvsinstitution, där den också stannar. Portalen ser till att de verk som finns hos institutionerna är lättillgängligt. Europeana har som ambition att kunna tillgängliggöra alla de verk som finns hos de medverkande institutionerna, vilket år 2013 var ca 1500 stycken institutioner från 29 länder.⁴² Första kvartalet år 2011 fanns

⁴⁰ Axhamn, Johan & Guibault, Lucie: *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Final report prepared for EuropeanaConnect, Amsterdam, 2011, s.7

⁴¹ Ksamsök, om Europeana; Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage s. 7

⁴² Ksamsök, om Europeana,

över 15 miljoner verk tillgängliga på Europeanas hemsida⁴³, och i dagsläget finns över 53 miljoner verk.⁴⁴ Målet är att år 2025 genom Europeana kunna ge allmänheten tillgång till hela Europas digitaliserade kulturarv.⁴⁵ Bland de som bidrar till Europeana finns British Library i London och även Louvren i Paris, men det finns även många mycket mindre och mer okända institutioner.^{46 47}

5.2 Transaktionskostnader vid digitalisering och

Ett digitalt bibliotek likt Europeana förutsätter att materialen finns digitalt samt att dessa får göras tillgängligt online. De flesta verken existerar i analogt format, vilket kräver att det först måste digitaliseras. Att digitalisera ett verk innebär att en kopia av verket skapas och då krävs upphovsmannens godkännande om verket är upphovsrättskyddat. För att kunna digitalisera och göra verk som är upphovsrättskyddade tillgängliga online måste licensavgifter betalas samt att kostnader uppstår när verken ska digitaliseras, där uppstår främst kostnader i tid.

I fråga om herrelösa verk uppstår även då kostnader. Verk där uphovsmannen är okänd kan fortfarande vara uphovsskyddade och då krävs, som ovan nämnt, att en omsorgsfull efterforskning av uphovsmannen görs. Därmed uppstår kostnader av att verket ska identifieras, och dess uphovsrättsliga status ska utredas, efterforskningar av verkets uphovsmän eller rättighetshavare ska göras, förhandlingar beträffande användarvillkor ska undersökas och slutligen ska en dokumentation av detta göras. De kostnaderna kan då bli så höga att de överstiger det förväntade värdet av att verket görs offentligt.⁴⁸ Dessa kostnader beror även på hur gammalt verket är, ett äldre verk får i regel högre transaktionskostnader då sådana

⁴³ Axhamn, Johan & Guibault, Lucie: *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Final report prepared for EuropeanaConnect, Amsterdam, 2011, s.7

⁴⁴ Europeana, 2016 (Hämtad 2016-05-06) Tillgänglig: www.europeana.se

⁴⁵ Karin Heijink, Europeana Content Strategy, augusti 2009, Tillgänglig: <http://www.libver.gr/wp-content/uploads/downloads/2013/01/Europeana-Content-Strategy.pdf>

⁴⁶ Axhamn, Johan & Guibault, Lucie: *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Final report prepared for EuropeanaConnect, Amsterdam, 2011, s.7

⁴⁷ Ksamsök, om Europeana, (Hämtad 2016-04-17) tillgänglig: <http://www.ksamsok.se/om-k-samsok/om-europeana/>

⁴⁸ Axhamn, Johan & Guibault, Lucie: *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Final report prepared for EuropeanaConnect, Amsterdam, 2011, s. 8

efterforskningar kan vara förenade med svårigheter på grund av att det finns lite kunskap om verket och att det kan vara svårt att utreda verket upphovsrättsliga status.

Europeana består till stor del, cirka två tredjedelar, av verk skapat före 1900, detta eftersom de redan är offentlig egendom och de efterforskningar som görs för dessa blir sällan komplicerade, och därmed är transaktionskostnaderna för att göra dessa verk tillgängliga online låga. Verk skapade efter 1950 utgör endast cirka en tiondel av Europeana. Studier visar på att mängden herrelösa verk hos institutioner är väldigt stor, men det är svårt att kunna veta hur stor.⁴⁹

6 Analys och slutsatser

Genom en ny inskränkning i upphovsrätten skulle kulturarvsinstitutioner som bibliotek, arkiv och museer samt radio och TV-företag i allmänhetens tjänst ges en möjlighet att genom digitalisering framställa nya exemplar av verk som sedan skulle göras tillgängliga för allmänheten, då dess rättssinnehavare är okänd eller inte gått att finna efter en omsorgsfull efterforskning.⁵⁰ Tillgängliggörandet för allmänheten skulle kunna göras på ett sådant sätt att användaren själv ska kunna ta del av verket när denne vill det, detta exempelvis genom att verket gjorts tillgängligt på internet.⁵¹

Den nya inskränkningen i upphovsrättslagen gällande herrelösa verk bör till viss del kunna anses ha bidragit till en ökad förståelse för vad som krävs vid en efterforskning av en rättighetshavare. Den klargör vem som kan anses som berättigad användare av ett verk samt att inskränkningen ger exempel på många verk som kan få statusen herrelöst. Däremot framstår vad som anses vara en omsorgsfull efterforskning inte som helt självklart. Det ska göras genom att tillvarata rättighetshavarens intressen och genom att undersöka de källor som anses lämpliga och som finns att tillgå. Här kan finnas en problematik för en användare som försöker finna en rättighetshavare, användaren kan ha svårt att veta vilka källor som ska undersökas och även när

⁴⁹ Denise Troll Covey, *Acquiring copyright permission to digitize and provide open access to books* s. 16 ff, 2005, tillgänglig: <http://www.clir.org/pubs/reports/pub134>

⁵⁰ Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, s.21 f

⁵¹ a.a, s.22

den anses ha använt källor som är lämpliga. Det finns inga domstolsavgöranden där omsorgsfull efterforskning definieras, och det kan alltså vara svårt att veta när en efterforskning faktiskt lever upp till kravet att vara omsorgsfullt gjord.

Även om inskränkningen och direktivet öppnar upp för digitalisering och spridning till allmänheten av herrelösa verk så håller transaktionskostnader tillbaka den utvecklingen. Transaktionskostnaderna består dels av kostnaderna för att kunna identifiera ett verk för att kunna tillgodose sig dess upphovsrättsliga status och sedan dess upphovsman eller rättighetsinnehavare. Ett verks användarvillkor och eventuella förhandlingar kring dessa måste även utredas. Slutligen måste även den efterforskning som gjorts dokumenteras väl. Dessa kostnader kan alltså komma att bli väldigt höga, och i många fall så pass höga att det inte anses att kostanden överstiger det förväntade värdet av att ett verk digitaliseras, och därmed uteblir en licensiering av verket.⁵² Detta skulle kunna lösas genom att transaktionskostnaderna täcks av avgifter som betalas av den som konsumerar verket, men lagstiftningen begränsar användarna av verket till att endast kunna ta ut sådana avgifter som täcker kostnaderna. Hade användarna själva kunnat bestämma storleken på avgifterna hade inkomsterna från populära verk kunna täcka framtida eftersökningskostnader av andra verk.

Om ett verk har undersökts med en omsorgsfull efterforskning som sedan registrerats och tillskrivits statusen herrelöst är det alltså fritt för den institution, vars samling verket ingår i, att framställa exemplar av det genom digitalisering. Detta verk får alltså senare göras tillgängligt för allmänheten. Skulle det dock vara så att verkets upphovsman eller rättighetshavare ger sig till känna så upphör verkets status som herrelöst och upphovsmannen har därefter rätt till ersättning för de inkomstbortfall denna fått på grund av att verket har digitaliserats och publicerats för allmänheten. Alltså är det möjligt att ersättningskostnader kan tillkomma en användare.

⁵² Axhamn, Johan & Guibault, Lucie: *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Final report prepared for EuropeanaConnect, Amsterdam, 2011, s8.

Som ovan nämnt anges inte i EU-direktivet vad som är att anse som en rimlig kompensation om en rättighetshavare skulle framträda efter att ett verk fått statusen herrelöst. Det är upp till vart land att avgöra detta. I förarbetet framgår att sannolikheten att en eventuell rättighetshavare skulle framträda är liten, men att om det sker är det den som anses vara användare av verket som ska betala denna rättighetshavare en rimlig kompensation. Vad som är att anse som en rimlig kompensation framgår inte tydligt, den riktlinje som ges är hänsyn ska tas till flera omständigheter samt att en sådan kompensation borde vara mindre än den ersättning som utgår vid upphovsintrång. Även om det finns en, om än ganska diffus, begränsning i storlek på eventuell kompensation kan det tänkas att bestämmelsen om rimlig ersättning tillsammans med de kostnader som uppstår då en upphovsman eller rättighetshavare ska eftersökas anses kunna bli för höga. Även om en användare har rätt att ta ut en kostnad som täcker de utgifter som uppstått för att kunna digitalisera och offentliggöra verket kan de totala kostnaderna för att digitalisera stora delar av sina, eller hela, samlingar vara så höga att de som är berättigade användare väljer att inte göra det. Kostnaderna kan bli höga eftersom varje verk enskilt måste efterforskas och dokumenteras. Därmed kommer stora delar av det europeiska kulturarvet inte gå att finna i exempelvis Europeana, och vissa kan försvinna helt på grund av slitage.

6.1 Slutsats

Inskränkningen om herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar tillkom för att underlätta för kulturarvsinstitutioner i fråga om att digitalisera och framföra verk till allmänheten. Inskränkningen innehåller vem som ska anses vara en berättigad användare, vilka verk som kan anses vara herrelösa samt ställer krav på en omsorgsfull efterforskning.

Trots en ganska informationsrik inskränkning kan det vara svårt att tydligt veta vad som är att anse som en omsorgsfull efterforskning. Vilket är problematiskt då ett verk endast kan anses herrelöst om en omsorgsfull efterforskning gjorts. I den omsorgsfulla efterforskningen ingår att lämpliga källor ska undersökas, det förklaras inte närmre vilka källor som är att anse som lämpliga och inte i direktivet står att det är upp till vart medlemsland att besluta om det. Att varje medlemsland själva ska besluta om vilka källor som är att anse som lämpliga får den följden att det inte går att grunda sina val av källor på efterforskningar som gjorts av en

användare i ett annat medlemsland .Utan tydliga riktlinjer och utan rättspraxis i frågan är det svårt för en användare att veta hur den ska gå tillväga vid en omsorgsfull efterforskning.

Att det skiljer sig om vad som anses vara lämpliga källor mellan medlemsländerna bidrar dock inte till osäkerhet kring om ett verk som fått statusen herrelöst i ett land ska kunna anses vara det i ett annat. För om ett verk anses herrelöst i ett land ska det erkännas den statusen i alla andra medlemsländer.

Syftet med direktivet som låg till grund för den inskränkning som tillkom i upphovsrättslagen var att analoga verk skulle digitaliseras och göras tillgängliga för allmänheten. Att kunna bevara och säkerställa att verken inte förloras eller skadas var en av anledningarna, men det syftar även till underlätta för både allmänheten och forskare att lättare kunna tillgodose sig och söka i Europas gemensamma kulturarv. Denna utveckling bromsas dock av de höga transaktionskostnaderna som uppstår i samband med att efterforskningar av upphovsmän. Kostnaderna för att se till att intrång i upphovsrätten inte görs är ofta så pass höga att de beräknas överstiga intäkterna användarna kan få av att digitalisera och offentliggöra dem. Det leder till att verk lämnas i analog form i användarnas samlingar.

I de fall ett verk har fått statusen herrelöst och dess upphovsman senare framträder och gör anspråk på verket, så anses verket inte längre herrelöst och verkets användare ska ha rätt till en rimlig kompensation för de inkomstbortfall denna drabbats av. Vad som är att anse som en rimlig kompensation utreds inte närmre i varken direktivet eller i det svenska förarbetet, bilden ges av att en sådan kompensation inte skulle uppgå till några stora summor, samt att det kommer vara sällsynt att en rättighetshavare träder fram och gör anspråk på ett herrelöst verk. Trots detta kan osäkerheten i vad som är en rimlig kompensation bidra till en osäkerhet i fråga om det är ekonomiskt hållbart att digitalisera och offentliggöra verk.

Sammanfattningsvis kan alltså den osäkerhet som finns i vad som anses som en omsorgsfull efterforskning leda till att institutioner struntar i att göra efterforskningar. Det leder till att verken aldrig når allmänheten och det digitala kulturarvet består av luckor.

Abstract

In order to preserve and make the European cultural heritage accessible to the public, requires that institutions, that are available to the public in Europe go through a mass digitization of their collections and archives. In order to facilitate this process the European Parliament and Council Directive 2012/28 / EU of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works were adopted. This was supposed to facilitate the issue of making orphan works available. The directive would help to facilitate the issue of when orphan works be digitized and made available to the public. As a result of the directive, the restriction of orphan works in cultural institutions in the Swedish copyright law was adopted on October 29, 2014. On the basis of the EU-directive as well as in the Swedish restriction this paper aims to clarify if the Swedish restriction is sufficient to solve the problems that arise when orphan works are supposed to be digitized and made public. However, it is not said that the paper will result in a definitive answer, it is hoped, however, to be able to give such a clear picture of the legal situation as possible.

7 Källförteckning

Offentligt tryck

Sverige

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

Dir. 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Ds 2013:63 Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar

Lagrådsremiss Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar, Stockholm den 6 mars 2014

Regeringens proposition 2013/14:206 Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar

EU

Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future, A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT 2009.10.22
http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/content_online/reflection_paper%20web_en.pdf

Europeana Connect Strategy 2009. 08, final <http://www.libver.gr/wp-content/uploads/downloads/2013/01/Europeana-Content-Strategy.pdf>

KOM(2010) 245 - Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén - En digital agenda för Europa.

Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén, En digital agenda för Europa (KOM (2010) 245 slutlig, Bryssel 19.5.2010,
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=en>)

Litteratur

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

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*, Upplaga 2, Stockholm 2007.

Böcker, artiklar, rapporter

Axhamn, Johan & Guibault, Lucie: Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?, Final report prepared for EuropeanaConnect, Amsterdam, 2011, http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf,

Denise Troll Covey, Acquiring copyright permission to digitize and provide open access to books 2005, <http://www.clir.org/pubs/reports/pub134>

Övriga källor

Biblioteksforeningen, Föreningen tycker till om herrelösa verk, 2013, <http://www.biblioteksforeningen.org/herrelosa-verk-i-kulturarvsinstitutionernas-samlingar/>

Europeana, 2016 (Hämtad 2016-05-06) Tillgänglig: www.europeana.se

Konstnärsnämnden, Konstnärsnämndens yttrande av departementspromemorian – Herrelösa verk i kulturarvsinstitutionernas samlingar (Ds 2013:63), 2013, www.konstnarsnamnden.se/Sve/Filer/utredningar/KNNyttrandeHerrelösaverkikulturarvsinstitutionernassamlingarD20132063.pdf

Lagkommentarer av Anders Olin till Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/696288/1#SFS1960-0729_K0_P16B

www.ksamsok.se/om-k-samsok/om-europeana/

