



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Beatrice Knutsson

# Internetlänkning på upphovsrättens område

- En rättsekonomisk analys

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: David Reidhav

Termin: HT2016

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 BAKGRUND	7
1.2 SYFTE	7
1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR	8
1.4 AVGRÄNSNINGAR	8
1.5 TEORI OCH METOD	8
1.6 FORSKNINGSLÄGE	9
1.7 MATERIAL	10
1.8 DISPOSITION	10
<b>2 LÄNKNING PÅ UPPHOVSRÄTTENS OMRÅDE</b>	<b>10</b>
2.1 TEKNISK BAKGRUND	10
2.2 SVENSK REGLERING	11
2.2.1 ÖVERFÖRING TILL ALLMÄNHETEN	13
2.3 INTERNATIONELLT PERSPEKTIV	13
2.3.1 BERNKONVENTIONEN	13
2.3.2 WIPO-FÖRDRAGET	14
2.3.3 INFOSOC-DIREKTIVET	14
2.4 ARTIKEL 3 INFOSOC-DIREKTIVET	15
2.4.1 ÖVERFÖRING	16
2.4.2 ALLMÄNHET	16
2.4.3 NY PUBLIK	17
2.4.4 LÄNKAR TILL OLOVLIGT MATERIAL	19
<b>3. ANALYS</b>	<b>21</b>
<b>4 RÄTTSEKONOMISKT PERSPEKTIV</b>	<b>23</b>
4.1 RÄTTSEKONOMI	23
4.2 RÄTTSEKONOMISK ANALYS	26
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>31</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>34</b>



# Summary

This essay deals with the regulation regarding inline- and hyperlinks to copyright protected material on the Internet. The essay also analyses the potential consequences of the regulation with an economic analysis of law. Links serve as a tool to navigate on the Internet. Copyright protects the author of a literary or artistic work. In Sweden this right is governed by URL. This law has been adapted to the InfoSoc Directive, which states that the copyright holder shall have the exclusive right to communicate the work to the public. Other international agreements to which Sweden have acceded, including the Berne Convention and the WIPO Treaty, providing for this exclusive right. It has not been clear how this right relates to links on the Internet. Case-law from the Court of Justice of the European Union (CJEU) provides some guidance. If a work is uploaded with the authorization of the copyright holder and is freely accessible to all internet users, it does not constitute a copyright infringement to provide a link because the work is not made available to a new public. However, if the link circumventing technical restrictions it is possible that this constitutes a copyright infringement. CJEU have in a preliminary ruling dealt with the question regarding links to freely accessible copyright protected material published without authorization of the copyright holder. It was established that when a link is posted with an intent to make profit, it is presumed that the communicator is fully aware of the lack of authorization and if the presumption is not rebutted, the link constitutes an unlawful act of communication to the public. Individuals who posts a link to illegally published material without an intent to make profit is presumed to be unaware of the lack of authorization from the copyright holder.

The case-law of the CJEU has clarified some questions but some ambiguity remains. There is still a need to clarify how these rules relate to copyright in the digital environment, especially considering the conflicting right to freedom of information and expression.

Finally, the essay discusses the potential economical impacts of the regulation. The regulation may affect the incentive to create intellectual works and prevent or enhance the free rider problem. The economic analysis concludes that we can not with certainty know what economic consequences this regulation generates, and that more research is needed in the area.

# Sammanfattning

Denna uppsats behandlar regleringen rörande hyper- och inlinelänkar till upphovsrättsskyddat material på internet. Uppsatsen analyserar även potentiella samhällsekonomiska konsekvenser av regleringen ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Länkar fungerar som ett verktyg för att underlätta navigering på internet. Upphovsrätten skyddar den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk. I Sverige regleras denna rätt genom URL. Denna lag har blivit anpassad efter InfoSoc-direktivet som föreskriver att upphovsrättsinnehavaren ska ha en ensamrätt att överföra verket till allmänheten. Även andra internationella överenskommelser som Sverige anslutit sig till, däribland Bernkonventionen och WIPO-fördraget, föreskriver om denna ensamrätt. Det har inte varit självklart hur regleringen förhåller sig till länkar på internet. Förhandsavgöranden från EU-domstolen ger viss vägledning. Om ett verk är publicerat med tillstånd av upphovsrättsinnehavaren och är fritt tillgängligt för alla internetanvändare utgör det inte ett upphovsrättsligt intrång att tillhandahålla en länk då verket inte tillgängliggörs för en ny publik. Om länken däremot kringgår tekniska begränsningar är det möjligt att denna utgör ett upphovsrättsligt intrång. EU-domstolen har i ett förhandsavgörande behandlat frågan gällande länkar till fritt tillgängligt upphovsrättsligt skyddat material som publicerats utan tillstånd från upphovsrättsinnehavaren. Det fastslogs att när en länk publiceras i vinstsyfte presumeras personen vara medveten om dess olovlighet och om inte presumtionen bryts utgör länken en otillåten överföring till allmänheten. Privatpersoner som tillhandahåller en länk utan vinstsyfte till olovligt publicerat material presumeras vara ovetande om det bristande tillståndet från upphovsrättsinnehavaren.

EU-domstolen har klargjort några frågor med sina förhandsavgöranden men vissa oklarheter kvarstår. Det finns fortfarande ett behov av att fastställa vad som gäller för upphovsrätten i den digitala miljön, inte minst med tanke på det motstående intresset av informations- och yttrandefrihet.

Slutligen för uppsatsen en diskussion kring de samhällsekonomiska konsekvenser som regleringen eventuellt ger upphov till. Regleringen kan påverka incitamentet att skapa intellektuella verk och motverka freeriderproblemet. Den rättsekonomiska analysen utmynnar i slutsatsen att vi inte med säkerhet kan veta de samhällsekonomiska konsekvenser regleringen ger upphov till och att mer forskning skulle behövas på området.

# Förord

Jag vill tacka livet.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Arja Saijonmaa.



# Förkortningar

Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
HD	Högsta Domstolen
HTML	Hypertext Markup Language
InfoSoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	World Intellectual Property Organisation

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Världen blir alltmer digitaliserad och internet har en icke obetydlig del i många människors liv. Ungefär hälften av världens befolkning använder internet.<sup>2</sup> Mycket av den information vi tillgodogör oss i vårt vardagliga liv tillhandahålls via internet. Den tekniska utvecklingen har skapat nya spridningsmöjligheter för upphovsrättsskyddade verk.<sup>3</sup> Detta har den svenska lagstiftaren uppmärksammat sedan 1960-talet och betonat vikten av att den nya tekniken inte ska hindra det kreativa skapandet.<sup>4</sup> Från att ha varit ett skydd för den traditionella finkulturen, är idag kommunikations- och nöjesindustrin dominerande inom upphovsrätten. Dess ekonomiska betydelse har växt med globaliseringen och således även betydelsen i rättssystemet som helhet.<sup>5</sup> Två intressen tenderar att bli motstående, upphovsrättsinnehavarens rättsliga skydd för sitt verk och rätten till informationsspridning.<sup>6</sup>

## 1.2 Syfte

Denna rättsvetenskapliga uppsats ämnar att klargöra rättsläget beträffande länkning till upphovsrättsskyddat material på internet. Uppsatsen kommer att fokusera på hur internetlänkar förhåller sig till begreppet ”överföring till allmänheten” i enighet med artikel 3.1 InfoSoc-direktivet. I augusti 2016 besvarade EU-domstolen frågan angående länkar till olagligt publicerade verk, där det fastslogs att när en person publicerar en länk i vinstsyfte presumeras denne ha insikt om det bristande tillståndet från upphovsrättsinnehavaren. Rättsläget och potentiella samhällsekonomiska konsekvenser av länkar till både lagligt och olagligt publicerade verk ska diskuteras och analyseras.

---

<sup>2</sup> <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2016.pdf> (hämtad senast 16-12-02).

<sup>3</sup> Prop. 2004/05:110, s. 1.

<sup>4</sup> Prop. 1960:17, s. 48.

<sup>5</sup> Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s. 67.

<sup>6</sup> Prop. 2004/05:110, s. 501.

### 1.3 Frågeställningar

Inom ramen för syftet ska avhandlingen besvara frågeställningarna:

- Hur ser gällande rätt ut i Sverige på upphovsrättens område i förhållande till länkning på internet och överföring till allmänheten i enighet med artikel 3.1 InfoSoc-direktivet?
- Vilka samhällsekonomiska konsekvenser ger regleringen eventuellt upphov till?

### 1.4 Avgränsningar

Med hänsyn till uppsatsens begränsade omfång är redogörelsen av svenska och internationella bestämmelser kring upphovsrätt ej fullständig, utan endast de för syftet relevanta bestämmelserna kommer att behandlas. Av samma skäl kommer endast hyper- och inlinelänkar att beröras. De tekniska beskrivningarna i denna avhandling är i många avseenden förenklade. Detta är på grund av pedagogiska skäl för att underlätta förståelsen och för att en utförlig teknisk redovisning hade varit överflödigt med tanke på uppsatsens storlek. En fråga som uppkom i GS Media-fallet är huruvida svårighetsgraden av att finna de skyddade verken är relevant för bedömningen om länken ska anses utgöra en överföring till allmänheten. Denna fråga besvarades inte av EU-domstolen och kommer inte heller utgöra en diskussion i denna avhandling.

### 1.5 Teori och metod

För att utröna gällande rätt har en rättsdogmatisk juridisk metod använts i huvuddelen av avhandlingen. Även om utgångspunkten har varit från ett svenskt perspektiv har rättsområdet starka influenser av internationella överenskommelser och EU-rätt, således har även ett internationellt perspektiv applicerats. Förarbeten har ofta varit otillfredsställande med tanke på den hastiga tekniska utvecklingen, därför har EU-rättslig praxis analyserats i större utsträckning. Doktrin har använts i viss utsträckning för att få en inblick i debatten som förts vid olika tidpunkter. Vidare har relevanta juridiska artiklar bidragit till att ge en kanske mer aktuell syn än doktrinen på den

nuvarande diskursen. Vid analysen av de samhällsekonomiska konsekvenserna har ett rättsekonomiskt perspektiv använts. Rättsekonomi analyserar de juridiska reglerna ur ett nationalekonomiskt perspektiv.<sup>7</sup> Uppsatsens rättsekonomiska analys har inget anspråk på att vara en fullständig redogörelse. Ändamålet har varit att presentera en överblick över de teorier som varit relevanta för analysen.

## 1.6 Forskningsläge

Forskningen kring internet och upphovsrätt är riklig både internationellt och i Sverige. Ett urval ska kommenteras. Agne Lindberg, IT-advokat, och Daniel Westman, forskare i IT-juridik på Stockholms universitet, har behandlat de juridiska frågeställningarna vid kommersiell användning av informationsteknik. Marianne Levin, professor i civilrätt och ordförande i Svenska Föreningen för Immaterialrätt, har redovisat för immaterialrätten i förhållande till den internationella och europeiska utvecklingen. Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt, och Gunnar Karnell, professor emeritus i rättsvetenskap med inriktning immaterialrätt, har gett en samlad framställning av europeisk och svensk immaterialrätt och otillbörlig konkurrens. Michel Walter, hedersprofessor vid Wiens universitet och ordförande i Österrikes International Literary and Artistic Association (ALAI), och Silke von Lewinski, ordförande av immaterialrättsliga avdelningen på Max Planck institutet, har redogjort för samtliga EU-direktiv på upphovsrättens område, artikel för artikel. Adrian Sterling och Trevor Cook, vice ordförande respektive styrelseledamot i British Copyright Council har forskat kring upphovsrätten ur ett internationellt perspektiv. Irini Stamatoudi, filosofie doktor och ordförande i Hellenic Copyright Organization, och Paul Torremans, professor i immaterialrätt vid Nottinghams universitet, har kommenterat EU:s direktiv kring upphovsrätten i ljuset av den digitala eran.

---

<sup>7</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 9.

## 1.7 Material

Vid utarbetandet av denna framställning har främst rättsfall från EU-domstolen använts. Vid redovisning av fall som EU-domstolen inte publicerat på engelska eller svenska har andrahandskällor använts med försiktighet. Ovan nämnd forskningslitteratur har studerats. Materialet till de tekniska redovisningarna har lämpligt nog inhämtats just från internet och granskats källkritiskt. Läroböcker och introduktionsböcker i rättsekonomi och även domare Posners innehållsrika ”*Economics of Law*” har givit underlag för den rättsekonomiska analysen.

## 1.8 Disposition

Kapitel två inleds med en beskrivning av de tekniska omständigheterna kring länkning. Därpå redovisas relevant svensk lagstiftning och internationella överenskommelser för att få en elementär förståelse av upphovsrätten. Därefter illustreras de tillämpliga bestämmelserna inom EU-rätten med tre centrala rättsfall. Kapitel två avslutas med att behandla GS Media-målet för att utreda det nuvarande rättsläget kring länkning till olovligt publicerade verk på internet. Kapitel tre innehåller en analys för att besvara den första frågeställningen. Därefter följer i kapitel fyra en kortare presentation av den rättsekonomiska teorin för att avsluta uppsatsen med en rättsekonomisk analys av de samhällsekonomiska konsekvenser regleringen eventuellt ger upphov till.

# 2 Länkning på upphovsrättens område

## 2.1 Teknisk bakgrund

För den rättsliga bedömningen är det en nödvändighet att de faktiska förhållandena kring länkning beskrivs. Länkar fungerar som ett hjälpverktyg för att navigera i den ofantliga mängden information som finns på internet. Det finns olika metoder för länkning. Inom HTML-språket, som är ledande

på internet, finns två huvudgrupper, hyperlänkar och inbäddade länkar.<sup>8</sup> Nedan följer en kortare teknisk redovisning av dessa två metoder.

### Hyperlänkar

En hyperlänk uppenbarar sig för besökaren som en klickbar text i avvikande färg och/eller understruken. När besökaren klickar på länken kan hen bli förflyttad till en annan webbplats eller att externt material skickas till datorn. Hen behöver därmed inte ”skriva in” adressen manuellt i adressfältet för att få tillgång till materialet. Vid användning av länken sker kommunikationen mellan webbservern där materialet finns lagrat och besökarens dator. Rent tekniskt har den som skapat en länk inte kopierat materialet det länkas till. Det är först när besökaren aktiverar länken som ett exemplar framställs i dennes RAM-minne eller hårddisk.<sup>9</sup> Inom hyperlänkning finns en kategorisering mellan ”referenslänkar” som förflyttar användaren till startsidan av en webbplats och ”djuplänkar” som förflyttar användaren direkt till det externa materialet.

### Inlinelänkning (inbäddade länkar)

Vid inlinelänkar är det externa materialet ”inbäddat” med den länkande webbsidan utan att adressen i besökarens fönster ändras. Vanligen rör det sig om en video eller en bild. Besökaren hänvisas inte till någon annan webbsida utan stannar hela tiden kvar på den första webbplatsen. Webbläsaren hämtar automatiskt det länkade externa materialet som presenteras integrerat med resterande icke-externt material.<sup>10</sup>

## 2.2 Den svenska regleringen

Enligt 2 kap. 16 § RF ska författare, konstnärer och fotografer äga sådan rätt till sina verk som meddelas i lag. I Sverige regleras denna rätt i URL. Lagens tillämpningsområde omfattar verk skapade av svenska medborgare eller personer med sin vanliga vistelseort i Sverige och även verk skapade eller

---

<sup>8</sup> <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html> (hämtad senast 16-12-02).

<sup>9</sup> Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 278.

<sup>10</sup> <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html> (hämtas senast 16-12-06).

utgivna i Sverige.<sup>11</sup> Eftersom Sverige anslutit sig till vissa internationella konventioner samt att EU har lagstiftat på området är numera URL i viss utsträckning aktuell även utanför rikets gränser.<sup>12</sup> Enligt 1 § URL äger den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk upphovsrätten till verket med förutsättning att det uppnår en viss verkshöjd.<sup>13</sup> Det finns inget formkrav<sup>14</sup>, utan skyddet uppkommer i samband med det kreativa skapandet. Skyddet sträcker sig 70 år efter upphovskvinnans eller mannens död.<sup>15</sup>

I 2 § och 3 § URL finner vi upphovsrättskvinnans eller mannens förfoganderätt och ideella rätt till verket. Den ideella rätten omfattar namngivelsesrätten och respekträtten. Ytterligare, men mer begränsade, rättigheter tillkommer utövare eller framställare av upptagningar, så kallade närstående rättigheter.<sup>16</sup> Uppsatsen kommer härnäst endast att fokusera på upphovsrättsinnehavarens förfoganderätt, även kallat den ekonomiska rätten.<sup>17</sup> Ensamrätten avser både hela och delar av verket, förutsatt att delen i sig kan betraktas ha uppnått verkshöjd.<sup>18</sup> Denna rätt kan överlåtas, helt eller delvis.<sup>19</sup> Vidare uppdelas den ekonomiska rätten i två kategorier, mångfaldiganderätten och rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Att göra verket tillgängligt för allmänheten kan ytterligare delas in i fyra typer av förfoganden, där överföring till allmänheten har tillkommit i och med införandet av InfoSoc-direktivet i Sverige år 2005.<sup>20</sup> Anledningen till införandet av bestämmelsen om överföring till allmänheten var att omfatta förfaranden på internet.<sup>21</sup> Vid länkning på internet har just denna förfoganderätt varit omdiskuterad.<sup>22</sup> Av detta skäl fokuserar uppsatsen på denna kategori.

---

<sup>11</sup> 60 § URL.

<sup>12</sup> Detta kommer att behandlas nedan.

<sup>13</sup> Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s.88.

<sup>14</sup> Till exempel registrering i ett register.

<sup>15</sup> 43 § URL.

<sup>16</sup> 45-46 §§ URL.

<sup>17</sup> Adamsson m.fl., *Upphovsrättslagen* (1 jan 2008, Zeteo) kommentar till 2 §.

<sup>18</sup> NJA 1995 s. 256.

<sup>19</sup> Adamsson m.fl., *Upphovsrättslagen* (1 jan 2008, Zeteo) kommentar till 2 §.

<sup>20</sup> De övriga tre är rätten till offentligt framförande, visnings- och spridningsrätten. Ibid.

<sup>21</sup> Prop. 2004/05:110, s. 1 och 60ff.

<sup>22</sup> Walter och von Lewinski, *European copyright law*, s. 959 f. samt Sterling, *Sterling on world copyright law*, s. 1143-1144.

### 2.2.1 Överföring till allmänheten

Enligt 2 § 3 st. 1 p. URL ska det utgöra en överföring till allmänheten när ett verk görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Det är irrelevant om detta sker via trådlös eller trådbunden väg, eller vilken teknik som används.<sup>23</sup> Utformningen är teknikneutral vilket innebär att eventuella framtida tekniska metoder kommer att omfattas.<sup>24</sup> Bestämmelsen innefattar även tillgängliggörande när mottagaren kan ta del av verket vid valfri tidpunkt. Begreppet har tagits från artikel 3.1 i InfoSoc-direktivet och ska tolkas direktivkonformt.<sup>25</sup> Vi kommer nedan att gå igenom hur EU-domstolen tolkat artikeln.

## 2.3 Internationellt perspektiv

Som ovan nämnt är URL tillämplig inom Sveriges landsgränser. Detta är en sanning med modifikation. I Internationella upphovsrättsförordningen (1994:193) berörs ett antal överenskommelser som gör att URL blir tillämplig på vissa utländska verk samt att svenska verk får likvärdigt skydd i anslutna stater. Eftersom internet är ett gränsöverskridande fenomen där användare suddar ut de nationella gränserna har behovet av internationell samverkan beträffande upphovsrätten ökat de senaste decennierna.<sup>26</sup> Förutom resultatet av EU:s arbete har *Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk* och *WIPO-fördraget om upphovsrätt* antagits.

### 2.3.1 Bernkonventionen

Idag har Bernkonventionen drygt 160 anslutna stater. Den första versionen ingicks 1886 och den nuvarande versionen antogs i Paris 1971.<sup>27</sup> I Sverige

---

<sup>23</sup> Prop. 2004/05:110, s. 70.

<sup>24</sup> Prop. 2004/05:110, s. 39.

<sup>25</sup> NJA 2012 s. 975 p. 33.

<sup>26</sup> Prop. 2004/05:110, s. 36.

<sup>27</sup> [http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file\\_id=283693](http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693) (hämtad senast 16-12-02).



trädde konventionen i kraft 1 augusti 1904.<sup>28</sup> Syftet var att skapa ett enhetligt minimiskydd för upphovsrättsinnehavarna i de anslutna staterna. Principen om nationell behandling skulle tillförsäkra utländska verk ett lika omfattande skydd som inhemska verk i anslutningsstaternas nationella rättsordning.<sup>29</sup> Konventionen innehåller bestämmelser angående upphovsrättsinnehavarens ensamrätt att överföra verket till allmänheten (*"communicate to the public"*).<sup>30</sup> Stater får ingå andra bilaterala eller multilaterala överenskommelser som ger upphovsrättsinnehavaren ett utökat skydd, eller i övrigt inte står i strid med konventionen.<sup>31</sup>

### 2.3.2 WIPO-fördraget om upphovsrätt

WIPO, FN:s fackorgan för immaterialrätt, ingick fördraget om upphovsrätt 1996. Den bakomliggande orsaken var att en ville komplettera Bernkonventionen eftersom det saknades ett system som var anpassat till teknologins utveckling.<sup>32</sup> Fördraget ska inte inskränka på de skyldigheter staterna har enligt Bernkonventionen.<sup>33</sup> Överföringsrätten omfattar upphovsrättsinnehavarens ensamrätt att överföra verket till allmänheten genom trådlös eller trådbunden transmission, inklusive tillgängliggörande så att mottagaren får tillgång till verket på valfri plats eller tidpunkt.<sup>34</sup>

### 2.3.3 InfoSoc-direktivet

Den 22 maj 2001 antogs InfoSoc-direktivet och som ovan nämnt gjorde Sverige en lagändring år 2005. Det förutsätts vid antagandet av direktivet att en hög skyddsnivå av upphovsrätten har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet och att ett högt skydd bidrar till utveckling av kreativiteten.<sup>35</sup> Detta antagande har kritiserats för att sakna empirisk grund.<sup>36</sup> Vi ska senare i analysen beröra huruvida ett starkt skydd bidrar till ett ökat

---

<sup>28</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15) (hämtad senast 16-12-02).

<sup>29</sup> Bernitz, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s 12 f.

<sup>30</sup> Bernkonventionen art. 11.1 ii, 11bis.1 i-ii, 11ter.1 ii, 14.1 ii och 14bis.1.

<sup>31</sup> Artikel 20 Bernkonventionen.

<sup>32</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary\\_wct.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary_wct.html) (hämtad senast 16-12-02).

<sup>33</sup> Artikel 1 WIPO-fördraget om upphovsrätt.

<sup>34</sup> Artikel 8 WIPO-fördraget om upphovsrätt.

<sup>35</sup> Skäl 9 InfoSoc-direktivet.

<sup>36</sup> Vladimir Bastidas Venegas, *Rättsekonomi*, s. 202.

incitament för skapande. Direktivet betonar även vikten av informationsområdet inom den inre marknaden.<sup>37</sup> Eftersom medlemsstater vid antagandet av direktivet i viss mån påbörjat en anpassning av sina nationella upphovsrättsliga regler till det digitala samhället, ville EU hindra en splittring genom harmonisering.<sup>38</sup> Det har under åren förts en debatt huruvida InfoSoc-direktivet ska anses utgöra ett fullharmoniseringsdirektiv<sup>39</sup> eller ett minimidirektiv<sup>40</sup>. I förarbetena till det svenska införandet sades att det inte fanns något hinder att ge upphovsrättsinnehavaren ett mer långtgående skydd än vad direktivet föreskriver.<sup>41</sup> EU-domstolens praxis visar på motsatt tolkning. Enligt denna finns en benägenhet att öka harmoniseringen av medlemsstaternas upphovsrätt och att medlemsstaterna inte får föreskriva om ett mer långtgående skydd.<sup>42</sup> Frågan om direktivet avser genomföra en totalharmonisering av de nationella upphovsrättsliga reglerna återstår för EU-domstolen att besvara.

## 2.4 Artikel 3 i InfoSoc-direktivet

För denna framställning är främst artikel 3 av intresse. Artikel 3.1 föreskriver att upphovskvinnan eller mannen ska garanteras en ensamrätt att överföra verket till allmänheten, via trådlös eller trådbunden överföring. Undantagen som återfinns i artikel 5 är, inter alia, användning av verk i uteslutande forsknings-, utbildnings- eller parodisyfte. Likt WIPO-fördraget innefattar även artikel 3.1 när verket görs tillgängligt för mottagaren att tillgodogöra sig vid valfri tidpunkt eller plats. Ingressen till direktivet tydliggör att begreppet ska tolkas vitt och innefatta alla överföringar från en annan plats än där allmänheten kan få tillgång till verket. Det betonas att begreppet överföring till allmänheten ska harmoniseras ytterligare.<sup>43</sup> Att tolka begreppet ankommer således på EU-domstolen.<sup>44</sup> Rättigheterna i artikel 3.1<sup>45</sup> är inte konsumerade

---

<sup>37</sup> Artikel 1.1 InfoSoc-direktivet.

<sup>38</sup> Skäl 6 InfoSoc-direktivet.

<sup>39</sup> Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 33.

<sup>40</sup> *Ibid.*, s. 377.

<sup>41</sup> Prop. 2004/05:110, s. 71.

<sup>42</sup> C-466/12 *Retrieveur*, C-306/05 *Rafael Hoteles* samt C-279/13 *C-More*.

<sup>43</sup> Skäl 23 InfoSoc-direktivet.

<sup>44</sup> C-306/05 *Rafael Hoteles*, p. 31.

<sup>45</sup> Samt artikel 3.2 som behandlar de närstående rättigheterna.

genom någon form av överföring till allmänheten, vilket leder till att varje sådan överföring kräver samtycke från upphovsrättsinnehavaren.<sup>46</sup> Begreppet har av EU-domstolen delats upp i två rekvisit.<sup>47</sup> För det första ska det ske en ”överföring” och för det andra ska denna överföring ske till en ”allmänhet”.

### 2.4.1 Överföring

Begreppet överföring ges en vidsträckt innebörd och är teknikneutralt.<sup>48</sup> Tillgängliggörande av verk för allmänheten att ta del av vid valfri tidpunkt och plats ska, som ovan nämnt, anses utgöra en överföring. EU-domstolen har fastställt att klickbara länkar till publicerade verk, utan tekniska begränsningar, ger användarna en direkt tillgång till verken. Därmed anses tillhandahållandet av klickbara länkar till upphovsrättsligt skyddade verk anses utgöra ett tillgängliggörande och följaktligen en överföring. Om någon faktiskt utnyttjar denna möjlighet (klickar på länken) eller inte är irrelevant för bedömningen om en överföring skett.<sup>49</sup> Vidare är det utan betydelse om användaren av länken får intrycket att denne förflyttas till en annan webbplats eller inte.<sup>50</sup> Överföringen måste ske på distans, där det troligtvis räcker med en avskiljande vägg mellan sändande och mottagande ände.<sup>51</sup> Att rent tekniskt förbättra eller säkerställa mottagningen av en ursprunglig sändning inom ett redan täckt område utgör inte en överföring.<sup>52</sup> Även att endast förse någon med de fysiska förutsättningarna, till exempel en dator är inte nog för att utgöra en överföring.<sup>53</sup>

### 2.4.2 Allmänhet

Det har inte fastslagits ett bestämt antal personer som krävs för att utgöra en allmänhet men EU-domstolen har uttalat att det måste röra sig om ett ”obestämt antal potentiella tittare eller åhörare och dessutom förutsätter ett

---

<sup>46</sup> Artikel 3.3 InfoSoc-direktivet.

<sup>47</sup> C-466/12 Retriever, p. 16.

<sup>48</sup> C-466/12 Retriever p. 17 samt C-403/08 & C-429/08 FAPL p. 193.

<sup>49</sup> C-466/12 Retriever p. 18-20.

<sup>50</sup> C-466/12 Retriever p. 29.

<sup>51</sup> Stamatoudi och Torremans, *EU copyright law*, s. 409.

<sup>52</sup> C-306/05 Rafael Hoteles, p. 42.

<sup>53</sup> Skäl 27 InfoSoc-direktivet.

*ganska stort antal personer*".<sup>54</sup> Det ska även beaktas hur många personer som har tillgång till samma verk parallellt och efter varandra.<sup>55</sup> Kriteriet är förenat med ett *de minimis*-krav. Små eller obetydliga kretsar av personer omfattas inte. En eventuell tröskel kan utläsas av ett förhandsavgörande från EU-domstolen där en italiensk tandläkare spelade upphovsrättsskyddad musik på sin klinik. I fallet bedömdes tandläkaren inte ha överfört verken till en allmänhet.<sup>56</sup>

### 2.4.3 Ny publik

När EU-domstolen prövat frågan om huruvida länkning på internet utgör en överföring till allmänheten har en ny parameter införts – ”ny publik”. Rekvisitet kommer att belysas genom tre centrala rättsfall.

#### *Retriever-målet*

Bakgrunden i Retriever-målet var att nyhetstjänsten Retriever hade tillhandahållit klickbara djuplänkar<sup>57</sup> till artiklar publicerade på Göteborgspostens webbsida. Frågan handlade om länkarna utgjorde ett upphovsrättsligt intrång gentemot journalisterna. EU-domstolen konstaterade att artiklarna var fritt tillgängliga för alla internetanvändare. Journalisterna ansågs ha beaktat alla potentiella internetanvändare när de lämnat sitt tillstånd vid den ursprungliga överföringen till allmänheten, med andra ord när de gett sitt tillstånd till Göteborgsposten.<sup>58</sup> Viktigt att belysa är att rekvisitet endast aktualiseras när den ”nya” och den ursprungliga överföringen sker med samma teknik, till exempel internet. Används olika tekniker för överföring av samma verk behöver det inte vara riktat till en ny publik.<sup>59</sup> Eftersom det i målet inte var fråga om någon ny publik krävdes således inget godkännande från upphovsrättsinnehavaren.

---

<sup>54</sup> C-607/11 ITV Broadcasting Ltd, p. 32.

<sup>55</sup> C-607/11 ITV Broadcasting Ltd, p. 33.

<sup>56</sup> C-135/10 SFC, p. 86.

<sup>57</sup> Se ovan avsnitt 2.1.

<sup>58</sup> C-466/12 Retriever, p. 24 och 26.

<sup>59</sup> Till exempel TV-sändning och internetstreaming, se C-607/11 ITV Broadcasting Ltd.

### *BestWater*

EU-domstolen har publicerat avgörandet angående BestWater endast på tyska och franska. Således kommer andrahandskällor att användas. Bakgrunden var att en konkurrent till BestWater hade en inlinelänk<sup>60</sup> på sin hemsida med en reklamvideo från BestWater. Videon var tillgängliggjord på YouTube och framstod som en integrerad del på konkurrentens hemsida. Med hänvisning till Retriever-målet fastslog EU-domstolen att det saknar betydelse hur verket presenteras på hemsidan, med andra ord om internetanvändaren tydligt förflyttas till en annan hemsida eller inte. Inbäddade länkar till ett fritt tillgängligt verk utgör således inte en överföring till en ny publik.<sup>61</sup> Upphovsrättsinnehavaren anses ha tillåtit en överföring till samtliga internetanvändare.<sup>62</sup>

### *C-More*

Det tredje målet handlade om en person som länkade till hockeymatcher. C-More sände hockeymatcherna från sin webbsida. Endast betalande besökare hade tillgång till sändningarna men länken i fråga kringgick de tekniska skyddsåtgärder C-More upprättat. Länken gav obehöriga personer tillgång till verk som inte publicerats fritt tillgängliga för alla internetanvändare. De ej betalande användarna ansågs därmed utgöra en ny publik som inte beaktats i den ursprungliga överföringen när upphovsrättsinnehavaren gett sitt tillstånd.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Se ovan avsnitt 2.1.

<sup>61</sup> [www.kluwercopyrightblog.com/2014/11/03/bestwater-cjeu-embeds-decision-on-framed-content-in-order/](http://www.kluwercopyrightblog.com/2014/11/03/bestwater-cjeu-embeds-decision-on-framed-content-in-order/) (hämtad senast 16-12-02)

<sup>62</sup> <http://www.sandart.se/source.php/1583781/Sammanfattning%20BestWater%202014-11-10.pdf> (hämtad senast 16-12-02).

<sup>63</sup> C-279/13 C-More, p. 37.

#### 2.4.4 Länkar till olovligt material – GS Media

##### *Allmänt*

EU-domstolen publicerade den 8 september 2016 ett förhandsavgörande i frågan om ”*hyperlänkar som ger tillgång till skyddade verk tillgängliga på en annan webbplats utan rättsinnehavarens tillstånd*”.<sup>64</sup>

##### Omständigheter

Sanoma (utgivare för månadstidningen Playboy) ägde förfoganderätten till fotografier på modellen Ms. Dekker. GS Media som driver webbsidan GeenStijl publicerade en artikel med en hyperlänk till bilderna i fråga som var olovligt tillgängliggjorda på webbplatsen Filefactory. Bilderna hade ännu inte publicerats i Playboy. Sanoma uppmanade GS Media att ta bort länken. Denna uppmaning följdes inte men däremot tog Filefactory bort bilderna på begäran av Sanoma. GS Media publicerades ännu en artikel innehållande en ny länk till de nämnda bilderna. Denna länk dirigerade besökarna till Imagehack.us. Även Imagehack.us tog bort bilderna på begäran av Sanoma.

Sanoma väckte talan mot GS Media i Nederländerna. De ansåg att länkarna utgjorde en överföring till allmänheten och hänvisade till Retriever-fallet. Grunden för deras talan var att materialet var publicerat utan upphovsrättsinnehavarens samtycke.<sup>65</sup>

Högsta domstolen i Nederländerna ansåg att EU-domstolens praxis inte gav tillräckligt mycket säkerhet för att kunna bedöma frågan. De hänsköt därför nedanstående frågor som är relevanta för uppsatsen till EU-domstolen:

- *Är det en överföring till allmänheten när någon med hjälp av en hyperlänk hänvisar till en webbplats på vilken verket har gjorts tillgängligt för allmänheten utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd?*

---

<sup>64</sup> C-160/15 GS Media.

<sup>65</sup> C-160/15 GS Media, p. 20.

- *Har det betydelse om den som tillhandahåller länken känner till eller borde känt till att tillstånd inte lämnats?*
- *Finns det andra omständigheter som ska beaktas för bedömningen?*<sup>66</sup>

### EU-domstolens resonemang

EU-domstolen belyser konflikten mellan upphovsrättsinnehavares intressen<sup>67</sup> och intresset för de som brukar alster, speciellt deras yttrandefrihet och informationsfrihet<sup>68</sup> men även allmänintresset.<sup>69</sup> Domstolen konstaterade att en hyperlänk till verk som gjorts tillgängliga på en annan webbplats, utan samtycke från upphovsrättsinnehavaren, inte utesluts per automatik från att betraktas som en överföring till allmänheten.<sup>70</sup> Däremot betonades värdet av informationssamhället, och att dessa länkar inte heller per automatik bör anses utgöra en överföring till allmänheten.<sup>71</sup> Det kan finnas stora svårigheter för enskilda individer att kontrollera upphovsrättsinnehavarens samtycke. EU-domstolen konstaterade att när en person utan vinstsyfte publicerat en hyperlänk till fritt tillgängliga verk på en annan webbplats ska hänsyn tas till om personen inte kände till, och inte rimligen kunde känna till, att detta verk var publicerat utan tillstånd.<sup>72</sup> När det däremot är tydligt att den länkande personen visste eller borde vetat att länken leder till verk som publicerats utan tillstånd innebär länken en överföring till allmänheten. För att bedöma om personen visste eller borde vetat om materialets olovlighet fastslår domstolen en presumtion för länkar som publicerats i vinstsyfte. Om en länk publicerats i vinstsyfte presumeras personen vara medveten om dess olovlighet och om inte presumtionen bryts gör personen sig skyldig till en otillåten överföring till allmänheten.<sup>73</sup>

---

<sup>66</sup> Frågorna har blivit förkortade och förenklade.

<sup>67</sup> Artikel 17.2 EU-stadgan.

<sup>68</sup> Artikel 11 EU-stadgan.

<sup>69</sup> C-160/15 GS Media p. 31.

<sup>70</sup> C-160/15 GS Media p. 44-49.

<sup>71</sup> C-160/15 GS Media p. 44-49.

<sup>72</sup> C-160/15 GS Media, p. 47.

<sup>73</sup> C-160/15 GS Media p. 51.

### 3 Analys

Som beskrivits i kapitel 2.2 är den svenska upphovsrätten starkt påverkad av internationella överenskommelser. Internet har framtvingat en förändring av det tidigare upphovsrättsliga systemet. Det är tydligt att det har varit en nödvändighet att harmonisera upphovsrätten internationellt. De tekniska möjligheterna som utvecklats under det senaste århundradet har gjort att nya utmaningar behövs bemötas. Om ett verk erbjuds olika skydd i olika länder hindrar detta troligtvis en effektiv frivillig spridning av verk, vilket skadar både den inre marknaden men även informationsområdet globalt.

Av redovisningen framgår att hyper- och inlinelänkar till upphovsrättsskyddade verk som är publicerade på internet med upphovsrättsinnehavarens tillstånd inte utgör en överföring till allmänheten om länken inte kringgår tekniska begränsningar. EU-domstolen konstaterade i *Retriever-fallet* att det utgör en överföring att tillhandahålla djuplänkar, eftersom de tillgängliggör verket. Detta är intressant eftersom det rent tekniskt inte sker någon överföring av verket mellan tillhandahållaren av länken och internetanvändaren.<sup>74</sup> I den nämnda domen återfinns inget angående andra typer av länkar. Med *BestWater* fastslogs att det är utan betydelse om det är inline- eller hyperlänkar. Båda tekniker tillgängliggör verket och utgör därmed en överföring. Hade individens uppfattning om att denne förflyttades från en sida till en annan inkluderats i bedömningen hade det kunnat leda till godtycklig rättstillämpning. Resultatet av EU-domstolens tolkning anser jag vara mer förutsägbart och rättssäkert.

EU-domstolen har fokuserat mycket på rekvisitet om en ”ny publik”. Om verket redan innan är fritt tillgängligt på internet anses inte kriteriet uppfyllt, upphovsrättsinnehavaren anses då ha gett sitt samtycke till alla potentiella internetanvändare. I *GS Media-fallet* ansågs länkarna till de olovligt publicerade verken utgöra en olovlig överföring till allmänheten. Det hade varit omöjligt för en upphovsrättsinnehavare att ge samtycke till användarna av länken eftersom materialet var olovligt publicerat. Frågan om det rör sig

---

<sup>74</sup> Se ovan 2.1.



om en ny publik kan diskuteras, eftersom olovligt publicerade verk redan är tillgängliggjorda för alla potentiella internetanvändare. Min uppfattning är att EU-domstolen i tidigare praxis varit benägen att belysa internetanvändarnas nytta av att kunna ta del av fritt publicerade verk med tillstånd på internet. Den eventuella konsekvensen av att domstolen fortsatt i denna linje är att upphovsrättsinnehavarens ensamrätt synnerligen hade inskränkts. Det hade då varit accepterat för webbplatser att lagligen länka till ”läckt” material. Värt att notera är att generaladvokaten ansåg att det inte skulle utgöra en ny publik även om det var otillåtet upplagt.<sup>75</sup> Innan GS Media-fallet hade det inte nämnts att det skulle vara en beaktansvärd faktor vid bedömningen. Bokstavligen tolkat anser jag att länkar till verk som är tillgängliggjorda olovligen på internet inte utgör en ny publik. Däremot bedömer jag att domstolen gör en rimlig avvägning av upphovsrättsinnehavarens och informationssamhällets intressen. Frågan är om kriteriet ”ny publik” är missvisande, och att EU-domstolen borde ha använt begreppet ”otillåten publik”.

Vid kringgående av tekniska begränsningar förefaller det enligt C More-fallet utgöra en olovlig överföring till allmänheten om länken ger icke-abonnenter tillgång till verket. En fråga som uppkommer efter GS Media-fallet är om presumptionen att en person som tillhandahåller en länk i vinstsyfte vet eller borde veta att verket är olovligt publicerad även omfattar kringgående av en teknisk begränsning i samma utsträckning. Är denna presumption av samma styrka i så fall? Analogislut från EU-domstolen ska brukas med försiktighet. Förhoppningsvis besvarar EU-domstolen denna fråga framöver.

GS Media-fallet skapade ytterligare frågetecken för mig. Presumptionen som fastslogs omfattade länkar publicerade i vinstsyfte. Frågan är vad som ska räknas som vinstsyfte? Vidare kommenterar inte EU-domstolen presumptionens styrka i förhandsavgörandet. Ska detta tolkas direktivkonformt eller är det upp till medlemsstaterna själva? Med tanke på

---

<sup>75</sup><http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d54117bab207da417aa154ec86da6f0d43.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pah0Oe0?text=&docid=175626&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=940322#Footnote26>.

EU-domstolens benägenhet att harmonisera upphovsrätten skulle det förvåna mig om medlemsstaterna själva fick bestämma vad som ska anses utgöra ett vinstsyfte samt styrkan av presumptionen.

Sammantaget har EU-domstolen klargjort några frågor på området men vissa oklarheter kvarstår. Det finns fortfarande ett behov av att fastställa vad som gäller för upphovsrätten i den digitala miljön, inte minst med tanke på de motstående intressena informations- och yttrandefrihet.

## 4 Rättsekonomiskt perspektiv

### 4.1 Rättsekonomi

Rättsekonomi analyserar juridiska regler ur ett nationalekonomiskt perspektiv. Enligt rättsekonomi ökar samhällets välbefinnande vid ekonomisk effektivitet, med andra ord att vi fördelar resurserna så att nyttan maximeras i samhället. Ekonomisk effektivitet uppnås bland annat genom lagstiftning som uppmuntrar till frivilliga transaktioner som ökar samhällets välbefinnande.<sup>76</sup> Enligt rättsekonomi finns det olika sätt att bedöma den ekonomiska effektiviteten vid fördelning av resurser. Det ena är genom Pareto-kriteriet vilket anses uppfyllt om *”åtminstone en individ får det bättre utan att någon annan individ får det sämre”*<sup>77</sup>. När fördelningen är Pareto-optimal kan inga transaktioner ske utan att den ena parten får det sämre. Parternas egna uppfattning och värdering ligger till grund för bedömningen.<sup>78</sup> Det andra är Kaldor-Hicks-kriteriet, där effektivitet uppnås om någon eller några individer får det bättre än vad övriga får det sämre.<sup>79</sup> Det ska alltså finnas en teoretisk möjlighet att kompensera *”förlorarna”* även om denna kompensation inte behöver utgå i verkligheten.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 10.

<sup>77</sup> Ibid., s. 54.

<sup>78</sup> Posner, *Economic analysis of law*, s. 12-13.

<sup>79</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 56.

<sup>80</sup> Posner, *Economic analysis of law*, s. 13.

Marknadsjämvikt uppnås när det föreligger perfekt konkurrens och denna är Pareto-optimal. Konsumentöverskott är ett begrepp som används för att beskriva hur mycket bättre konsumenterna får det av handeln. Konsumentöverskottet är skillnaden mellan konsumenternas totala betalningsvilja för en produkt på marknaden och marknadspriset och den inköpta kvantiteten.<sup>81</sup> Producentöverskottet beskriver producenternas nytta av handeln. Detta är skillnaden mellan intäkterna av försäljningen och det pris de hade varit villiga att sälja produkten för, alltså marginalkostnaden.<sup>82</sup> När konsumenternas betalningsvilja och producenternas marginalkostnad sammanfaller existerar marknadsjämvikt. Varje avvikelse ifrån denna marknadsjämvikt resulterar i en effektivitetsförlust på grund av över- eller underproduktion, ofta kallat deadweight loss.<sup>83</sup>

Rättsekonomin och den mikroekonomiska teorin grundar sig i antaganden om människors handlande och omvärlden, vilka ibland kan visa sig problematiska då de förenklar den komplexa verklighet vi lever i. De mest centrala antagandena för analysen är:

- Individer är rationella och väljer alltid det handlingsalternativ som maximerar deras nytta.<sup>84</sup>
- Vid osäkerhet väljer individer det alternativ som maximerar den förväntade nyttan.<sup>85</sup>
- Ekonomisk effektivitet främjar det sammanlagda välbefindandet i samhället.<sup>86</sup>
- Pengar har en avtagande nytta.<sup>87</sup>

Till exempel: En lundastudent disponerar 10 kronor. Hen kan inte både köpa en kaffe på juridicum och en kaka. Studenten måste välja det alternativ som ger hen mest tillfredsställelse. Alternativkostnaden är skillnaden i nytta mellan

---

<sup>81</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 57.

<sup>82</sup> Ibid., s. 58.

<sup>83</sup> Ibid., s. 59.

<sup>84</sup> Bastidas Venegas, *Rättsekonomi*, s. 194-195.

<sup>85</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 32.

<sup>86</sup> Ibid., s. 10.

<sup>87</sup> Ibid., s. 36.

de olika alternativen. Alla val innefattar inte en ekonomisk avvägning, samma lundastudent kan inte samtidigt studera hemma och vara på en tillställning.

Hur en individ beslutar vid osäkerhet beror enligt rättsekonomin delvis på inställningen till risk. Enskilda individer antas vara mer riskaversiva och företag mer riskneutrala. En transaktions väntevärde beräknas genom att alternativets alla potentiella händelser (utfall) multipliceras med sannolikheten. Till exempel: Om en student köper en begagnad dator som fungerar tjänar hen 2000 kronor. Sannolikheten för att den ska fungera är 60 %. Om den däremot inte skulle fungera förlorar hen 1000 kronor på transaktionen.  $V = 2000 \times 0.6 + (-1000 \times 0.4) = 800$ . Detta väntevärde ska sedan jämföras med marginalkostnaden<sup>88</sup> för att undersöka om transaktionen ska äga rum eller inte.

Runtom i världen finns det mängder av transaktioner som ur ett samhällsekonomiskt perspektiv borde äga rum eftersom de skulle öka samhällets välfärd. Att många av dessa inte äger rum förklaras genom transaktionskostnader. Tre kategorier av transaktionskostnader kan urskiljas: kontakts-, kontrakts- och kontrollkostnader. När kostnaderna ökar, minskar incitamentet att genomföra transaktionen och ibland är de så stora att det inte längre blir ekonomiskt effektivt.<sup>89</sup>

Rättsekonomin skiljer på privata och kollektiva varor. En kollektiv vara kännetecknas av icke-exkluderbarhet och icke-rivalitet beträffande nyttjandet av varan. Med andra ord hindrar inte en persons konsumtion en annan person från att konsumera samma vara.<sup>90</sup> Ofta uppkommer det så kallade freeriderproblemet. Ett exempel på detta är om en artist haft kostnader för att skapa och spela in en låt. När låten är klar vill hen få ut den till en publik. Utan en ensamrätt till musiken kan andra erbjuda samma verk för en mindre kostnad eftersom efterkommande aktör inte haft kostnaden för utvecklingen av

---

<sup>88</sup> Den negativa kostnad för att göra/köpa/tillverka/sälja ytterligare en handling eller enhet. Ibid., s. 39.

<sup>89</sup> Vladimir Bastidas Venegas, Juridisk metodlära, s. 187.

<sup>90</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 169.

musiken och kan därmed sälja den till ett billigare pris än artisen. I den rättseconomiska modellen antas kollektiva varor ofta leda till underproduktion eftersom incitamentet för individer att producera varan minskar.<sup>91</sup>

Enligt rättsekonomen Becker är även individer som gör något olagligt eller otillåtet ekonomiskt rationella. Samhället behöver därför avskräcka individer att begå dessa handlingar som samhället anser vara icke önskvärda. Detta görs via rättsordningen.<sup>92</sup> Beckers formel kan beskrivas genom:

$$S(1-P) > V(P)$$

S = Storlek på sanktion

P = Sannolikhet för att sanktionen inträder

1-P = Sannolikhet för att sanktionen inte inträder

V = Nyttan av den genomförda handlingen

Om  $S(1-P)$  är större än  $V(P)$  anses rättsordningen avskräcka rationella individer från att begå de oönskade handlingarna.<sup>93</sup> Individens förväntade sannolikhet för att bli upptäckt ligger till grund för bedömningen. Denna formel kommer att användas senare vid analysen.

## 4.2 Rättseconomisk analys

Upphovsrätten kan ses som ett verktyg för att hantera problematiken med kollektiva varor. Upphovsrätten fastställer och verkställer äganderätten till verk skapade av till exempel konstnärer, musiker och designers. Att reproducera ett intellektuellt verk, till exempel ett litterärt verk, har ofta en mycket lägre kostnad än den initiala kostnaden för att producera verket. Vid länkning på internet är marginalkostnaden för sådana varor troligtvis 0 kronor. Därmed försöker samhället via rättslig reglering begränsa det freerider-problem som uppkommer. Ensamtillägget till verket innebär att freerider-problemet hindras genom att lagstiftaren skapar en exkluderbarhet.

---

<sup>91</sup> Ibid., s. 175.

<sup>92</sup> Becker G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy*, s. 169-217.

<sup>93</sup> Becker G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy*, s. 171-217.

Hade upphovsrättsinnehavaren inte ägt ensamrätt till verket hade incitamentet för att skapa minskat. Konstnären, musikern eller designern hade inte fått bära frukterna av det hen skapat. I ett samhälle utan ensamrätt till sina verk hade intellektuella verk blivit underproducerade. Underproduktion anses utgöra ett marknadsmisslyckande, därmed försöker lagstiftaren korrigera eller alternativt hindra att detta uppstår. Eftersom ensamrätten skapar en slags monopol för producenten av varan kräver detta en avvägning. Monopol räknas också vara ett marknadsmisslyckande, men det är tydligt att en avvägning gjorts eftersom skyddstiden inte är för evigt. Här ska läsaren påminnas om att detta antagande och verkligheten eventuellt avviker ifrån modellen.

Gällande internetlänkning till tillåtet uppladdat material som är fritt tillgängligt har EU-domstolen bedömt att det inte rör sig om ett upphovsrättsligt intrång eftersom upphovsrättsinnehavaren anses gett alla potentiella internetanvändare sitt samtycke. Rättsekonomiskt anser jag detta vara rationellt, eftersom när alla internetanvändare har fri tillgång till verket, hade transaktionskostnaderna varit alldeles för höga om varje aktör som vill länka till ett verk hade behövt inhämta samtycke från upphovsrättsinnehavaren. Att upphovsrättsinnehavare nu kan välja att betalande besökare endast får tillgång till verket är ännu en lösning på detta freerider-problem, här ska erinras om C-More. En jämförelse kan även göras med Spotify, Apple Music och Svenska Dagbladet som tillåter alla internetanvändare nyttja verken i begränsad omfattning utan att betala, men vid fritt nyttjande måste de betala för en prenumeration. Internetanvändarna drar nytta av länkar då de undviker att lägga ned lika mycket tid på att "leta" material på internet. Deras tid kan därmed spenderas på något annat som ökar tillfredställelsen av deras preferenser. Här måste mängden internetanvändare i världen vägas in i bedömningen, vilket är ungefär hälften av jordens befolkning.<sup>94</sup> Samtidigt som tillhandahållaren av länken och internetanvändarna drar nytta av länken, motverkar det freerider-problemet

---

<sup>94</sup> Se avsnitt 1.1.

då upphovsrättshavaren redan samtyckt till exponering av verket. Möjligen är ett pareto-optimalt läge för handen. Enligt min åsikt uppfyller det i alla fall Kaldor-hicks kriteriet. Även om kompensation inte utgår, ökar samhällsnyttan eftersom två parter (internetanvändare och tillhandahavaren av länken) totalt får det bättre än vad den *eventuella parten* (upphovsrättsinnehavaren) får det sämre.

#### Länkning till upphovsrättsskyddat material som publicerats utan samtycke

GS Media målet tydliggjorde att det inte per automatik ska vara tillåtet att helt fritt erbjuda länkar till otillåtet publicerat material. Ensamrätten för upphovsrättsinnehavare ska säkerställas även på internet. Detta begränsar freerider-problemet som lätt uppkommer på internet för upphovsrättsskyddade verk. Däremot ska inte alla länkar till olovligt publicerade verk automatiskt anses göra en olovlig överföring till allmänheten. Därför ska presumtionen<sup>95</sup> analyseras i två delar, dels för vinstdrivande aktörer och dels för icke vinstdrivande aktörer.

#### *Konsekvenser av presumtionen för vinstdrivande aktörer*

När någon med vinstsyfte tillhandahåller en länk till upphovsrättsligt skyddat material som är publicerat utan tillstånd presumeras att denne visste eller borde vetat att det är olovligt publicerat. Presumtionens styrka är central för hur aktörer framöver kommer att agera då individer och företag försöker maximera sin egen nytta. Applicerar vi Beckers formel<sup>96</sup> kommer presumtionen att öka sannolikheten för att en sanktion inträffar. Hur mycket sannolikheten förändras står i relation till hur stark presumtionen är. Desto starkare presumtionen är, desto större sannolikhet för att en sanktion inträffar. Om kostnaden för sanktionen överstiger det beräknade väntevärdet kommer aktörer avskräckas från att länka till olovligt upphovsrättsskyddat material. Presumtionen kan ses som en bevisbörderegel då aktörer kommer behöva visa att de gjort tillräckliga undersökningar vid länkning. Högre kostnader kommer att uppstå för att försäkra sig om att materialet är upplagt med

---

<sup>95</sup> Se ovan avsnitt 2.4.4 samt 3.

<sup>96</sup> Se ovan avsnitt 4.1.

samtycke från upphovsmannen. Om presumptionen är svag och lättare kan brytas, behöver tillhandahållaren av länken inte göra lika omfattande undersökningar som vid en stark presumtion. Frågan är om denna presumtion ökar transaktionskostnaderna så mycket att länkningen inte längre blir ekonomiskt effektivt.

Ovan förda resonemang leder mig till frågan om aktörer av olika storlekar kommer att påverkas annorlunda. Företag är enligt rättsekonomin mer riskneutrala än individer, som är mer riskaversiva. Rättsekonomin utgår ifrån att pengar har en avtagande nytta. Mindre företag kommer möjligtvis att vara mer riskaversiva till att länka till olagligt uppladdat material eftersom de värderar pengarna högre än större företag som endast riskerar att få pengar ”tagna av toppen på pelaren”.

Sammantaget tror jag att presumptionen får konsekvensen att företag blir mer restriktiva med att länka till material de inte vet är publicerat med tillstånd. Möjligen stämmer det framförallt för mindre företag. Större företag fortfarande kan göra bedömningen att deras beräknade väntevärde överstiger marginalkostnaden och därmed vågar ta den risken. ”Förlorarna” av denna presumtion är alltså de länkande aktörerna och internetanvändarna som inte får samma utbud av länkar och ”vinnaren” är upphovsrättsinnehavaren. Presumtionen motverkar freerider-problemet och ökar incitamentet att skapa intellektuella verk. I detta skede får vi inte glömma att rättsekonomin grundar sig på antaganden, vilka kan skilja sig från verkligheten.

#### *Konsekvenser av presumptionen för aktörer utan vinstsyfte*

När en privatperson länkar till upphovsrättsligt skyddade verk som är publicerade utan tillstånd presumeras att individen inte visste eller borde vetat att verken är olovligen publicerade. Bryts inte presumptionen förblir det en kostnad för upphovsrättsinnehavaren. Med andra ord är det upphovsrättsinnehavaren i detta fall som bär kostnaden för intrånget och inte tillhandahavaren av länken.



Applicerar vi Beckers formel för privatpersoner kommer sannolikheten att en sanktion inträffar vara mycket lägre än för en tillhandahavare av länkar med vinstsyfte. Sannolikheten av att en sanktion inträffar sjunker och troligtvis överstiger nyttan (till exempel social uppskattning) ofta den beräknade kostnaden för sanktionen. Det är svårt att förutse vad detta kommer få för konsekvenser eftersom det beror på privatpersoners inställningen till risk innan presumptionen tillkom. Möjligen är det så att de flesta individer tidigare har haft en uppfattning av att det är tillåtet att länka till olovligt publicerade verk på internet. I så fall kommer presumptionen även vid enskilda individers länkande leda till en minskad aktivitet och minska freerider-problemet. Det uppstår då en rädsla för att presumptionen kan brytas. Är det däremot så att de flesta individer tidigare har haft en uppfattning av att det är förbjudet att länka till verk publicerade utan samtycke från upphovsrättsinnehavaren kommer eventuellt aktiviteten och freerider-problemet öka.

I nuläget är det oklart vilka de samhällsekonomiska effekterna av regleringen kommer att vara. Vi har ovan lyft och analyserat några av de mest centrala faktorerna. För att kunna analysera alla potentiella konsekvenser av regleringen skulle vidare forskning behövas på området.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Propositioner

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

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

### Lagstiftning

SFS 1960:726, *Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*, Stockholm, Justitiedepartementet.

SFS 1994:193, *Internationell upphovsrättsförordning*, Stockholm, Justitiedepartementet

### EU-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 *om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället*

### Internationella överenskommelser

*Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk* (Av den 9 september 1886, senast ändrad den 24 juli 1971, i sin lydelse av den 28 september 1979)

*WIPO fördraget om upphovsrätt* (antaget i Geneve 20 december, 1996)

## Litteratur

Bastidas Venegas, Vladimir, ”Rättsekonomi” I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Bernitz Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars och Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 13 uppl., Jure, Stockholm, 2013

Dahlman, Christian, Glader, Marcus och Reidhav, David, *Rättsekonomi: en introduktion*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2005

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

Lindberg, A, Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2001

Posner, Richard A., *Economic analysis of law*, 9 uppl., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2014

Stamatoudi, Irimi A och Torremans, Paul L. C. (ed.), *EU copyright law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014

Sterling, J.A.L., *Sterling on world copyright law*, 4 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2015

Walter, Michel och von Lewinski, Silke, *European copyright law*, 1 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2010

## Elektroniska källor

Adamsson m.fl., Upphovsrättslagen (1 jan. 2008, Zeteo), kommentaren till 2 §. (hämtad den 16-12-02)

International Telecommunication Union: ICT facts and figure.

<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2016.pdf>

(hämtad den 16-12-02)

Benjamin Schuetze, *Bestwater: CJEU embeds decision on framed content in order*

[www.kluwercopyrightblog.com/2014/11/03/bestwater-cjeu-embeds-decision-on-framed-content-in-order/](http://www.kluwercopyrightblog.com/2014/11/03/bestwater-cjeu-embeds-decision-on-framed-content-in-order/)

(hämtad den 16-12-02)

Sandart.se. *EU-domstolens mål C-348/13; BestWater International*, 2014.

<http://www.sandart.se/source.php/1583781/Sammanfattning%20BestWater%202014-11-10.pdf>

(hämtad den 16-12-02)

Berners-Lee, Tim, *Links and Law*, w3.org, 1997,

<http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>

(hämtad den 16-12-02)

*WIPO-Administered Treaties, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*,

[http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file\\_id=283693](http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693)

(hämtad den 16-12-02)

*WIPO-Administered Treaties, Contracting Parties,*  
[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15)  
(hämtad den 16-12-02)

# Rättsfallsförteckning

## Högsta domstolen

NJA 1995 s. 256

NJA 2012 s. 975

## EU-domstolen

C-306/05 Rafael Hoteles

C-403/08 & C-429/08 FAPL

C-135/10 SFC

C-607/11 ITV Broadcasting Ltd

C-466/12 Retriever

C-279/13 C-more

C-160/15 GS Media.