



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Ahlbäck

Falska toner bland rena motiv

En "intressekonflikt" mellan upphovsrätt, skyddstid och innovation

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: Period 1 HT17

Innehållsförteckning

1	Inledning	8
1.1	Syfte och frågeställning	10
1.2	Avgränsningar	11
1.3	Metod och perspektiv	12
1.4	Material	13
1.5	Forskningsläge	14
1.6	Disposition	14
2	En musikalisk kontext	16
2.1	En kulturell produkt	16
2.1.1	En kulturell konstruktion	16
2.1.2	Betydelsen av musik och kultur	17
2.1.3	Ett kulturellt arv	19
2.1.4	Kultur och äganderätt	20
2.2	Innovation och musikalisk kommunikation	21
2.3	En modern industri	24
2.4	Musik enligt rättsväsendet	25
2.5	Musik enligt musik	26
2.6	Sammanfattande analys	28
3	En upphovsrättslig introduktion	30
3.1	En upphovsrättslig historia	31
3.2	Upphovsrätten idag	36
3.3	Ett harmoniserat regelverk	37
3.3.1	Inledning	37
3.3.2	Den internationella regleringen	38
3.3.3	Den EU-rättsliga regleringen	39
3.4	Ett formlöst skyddat verk	40
3.5	Upphovsmän och rättsinnehavare	41
3.6	Ensamrätten	41
3.7	Intrång	43
4	Skyddstiden	45
4.1	Skyddstidens innebörd	46
4.2	Intressegrupper	47
4.2.1	Rättsinnehavarna	48
4.2.2	Samhälleliga intressen	51
4.3	Verkningar av en knapp skyddstid	53
4.4	Verkningar av en extensiv skyddstid	53
4.4.1	Herrelösa verk	54
4.4.2	En kulturell tillgänglighet	56
4.5	Sammanfattande analys	56
5	Ett regelverk i rörelse	59
5.1	En abstrakt äganderätt	59
5.2	Imitation och tillåten användning – it's fair use, eh?	63
5.2.1	Inledning	63
5.2.2	"Fair use"	63
5.2.3	Den europeiska lösningen	65
5.2.4	En alternativ teori från förr	66

5.3	Motiv och intressen	67
5.4	Innovation och upphovsrätt	69
5.5	En upphovsrättslig marknad	72
5.6	Sammanfattande analys	73
6	Slutord	75

Käll- och litteraturförteckning

Rättsfallsförteckning

Summary

The advancement of technology development, together with the commercial copyright market, has brought the legal area of copyright into something new – a multinational economic tool, that regulates economic growth, increased competition, social employment and innovation. However, technology development took part in copyright before the legislature acknowledged or realized the importance of the technology. The new role, however, comes with increased responsibility, when the effects and consequences of the legal motives and interests suddenly has an effect for a global market.

This role between copyright and technology development can be described in terms of a *progressive dance*, which in turn can be illustrated by the metaphor of a board game; where technology determines game type, consumers play the game and the legislator is responsible for ensuring that there are no misunderstandings or inequalities between the various plays included in the game. From time to time, technology changes game type, and new rules need to be invented in order for the players to participate on equal terms, but before the new rules can apply the legislator needs to figure out and understand the difference in the new game. Otherwise, the legislator's passivity and previously established rules risk's making the game unfair. And suddenly, it is up to the legislator and courts to define the identity of a musical performance at the same time as the technology makes the art forms evolve. The two-way development increases the risk for an incompatible interpretation regarding the definition of music to occur.

At the same time as the legal area needs to be developed in advance of technology development, it needs to be evaluated even more often. Copyright now stands for characteristic difficulties, with flexible motives that make it difficult to evaluate the outcome of the legal design. The liberal function and flexibility, regarding the motives which the law intends to make, makes the continued legal development difficult to foresee.

The vague and compromise friendly motives have made the copyright term to an instrument that satisfy a short-term need, without attributing the far-reaching meaning to the same value. If this is due to technical developments, a loud market or a new copyright feature, it's hard to say. Right now the different motives and interests are part of one and the same yarn star, how difficult and unclear it may seem.

Sammanfattning

Teknikutvecklingens frammarsch har tillsammans med den kommersiella upphovsrättsmarknaden fått rättsområdet att utvecklas till något nytt – ett multinationellt ekonomiskt verktyg, som reglerar över ekonomisk tillväxt, ökad konkurrens, social sysselsättning och innovation. Teknikutvecklingen gjorde sig dock till en del av upphovsrätten långt innan lagstiftaren erkände eller insåg vidden av teknikens innebörd. Den nya rollen kommer dock med ett utökat ansvar, när verkningarna och konsekvenserna av utformningar, motiv och intressen plötsligt får förändringar för en global marknad.

Detta rollspel mellan upphovsrätten och teknikutvecklingen kan beskrivas i termer av en *progressiv dans*, som i sin tur kan illustreras med metaforen av ett brädspel; där tekniken bestämmer speltyp, konsumenterna spelar spelet och lagstiftaren ansvarar för att det inte uppstår några missförhållanden eller orättvisor mellan de olika pjäserna som ingår i spelet. Då och då ändrar tekniken speltyp, och nya regler behöver plötsligt uppfinnas, men innan det behöver lagstiftaren förstå vad som skiljer sig i det nya spelet och om alla som ingår i spelet får vara med på lika villkor. Annars riskerar lagstiftarens passivitet och tidigare instiftade regler att göra spelet orättvist. Plötsligt är det upp till lagstiftaren och domstolar att definiera identiteten av ett musikaliskt verk samtidigt som tekniken får konstformerna att utvecklas och en oförenlighet avseende vad som identifierar musik riskerar att uppstå.

Samtidigt som upphovsrätten emellanåt behöver utvecklas inför teknikutvecklingens verkningar behöver det ännu oftare utvärderas. Upphovsrätten står idag för karaktärsmissiga svårigheter, med flexibla motiv som gör det svårt att utvärdera resultatet av utformningen. Den liberala flexibilitet avseende de motiv som lagen ämnar att tillvarata gör att den fortsatta rättsutvecklingen är svårläst.

De vaga och kompromissinriktade motiven har gjort den upphovsrättsliga skyddstiden till ett instrument som behagar ett kortsiktigt behov, utan att tillmäta den långtgående innebörden samma värde. Om detta beror på den tekniska utvecklingen, en högljudd marknad eller ett nytt upphovsrättsligt karaktärsdrag är svårt att säga. Alldeles oavsett är de upphovsrättsliga intressegrupperna en del av ett och samma garnnystan, hur krångligt och otydligt det än kan verka.

Förord

Att koncentrera ner en utbildning till ett arbete om ett ämne, som man med tiden lär sig att avsky, men som man samtidigt får förståelse för, känns på ett ironiskt sätt talande för vad skolan har kommit att betyda.

Ett stort tack till de generationer av nätkursare som i någon mån gjort det trivsammare att gå till skolan. Den miljö som nätkurstjänsten gav behörighet och tillträde till må ha gjort mig till mer av en eremit, men hart samtidigt skänkt välbehövd ro.

Tack Pär, Per och Jacob för att ni på något sätt funnits med mig under hela studietiden – ni är ovärderliga.

Stort tack för stöttande samtal och goda råd under hela studietiden, Tor. Om någon har förstått att det emellanåt är motigt, så är det du.

/Erik,

2018-01-17

Förkortningar

Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)
Ds	Departementsserie
Europeiska unionens-funktionssätt	FEUF
Högsta förvaltnings-domstolen	HFD
Ifpi Sverige	Musikbolagens rättighets- och branschorganisation i Sverige
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 informationsområdet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TRIPS-avtalet	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods (1994)
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
Regeringsformen	RF
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

”Vi befinner oss mitt i utvecklingen från ett industrisamhälle till ett digitalt samhälle. Digitalisering och ny teknik är motorer i utvecklingen, även om ny teknik ofta får genomslag först när andra förutsättningar i samhället möjliggör det. Vår tids samhällsutveckling drivs utöver digitaliseringen av ett antal genomgripande samhällstrender såsom ökad globalisering, accelererande urbanisering, växande kunskapssamhälle, starkare individualisering samt större mångfald och pluralism. Det här innebär att vi nu står inför en digital transformation som kommer att förändra nästan allting: vad vi gör, hur vi gör det och vad som går att göra.”¹

Från fyllda salonger och rökiga jazzbarer till streamingvänliga smartphones. Vår generation, den digitala generationen, konsumerar musik, litteratur och film på daglig basis, genom olika tekniska hjälpmedel, där nya hjälpmedel ständigt ersätter gamla. Under 2013 minskade antalet nedladdningar från iTunes, Amazon etc. för första gången, medan antalet ”nedladdningarna” från streamingtjänster², såsom Spotify, Vevo och Pandora, ökade.³ Enligt statistiska underlag framtagna av Ifpi Sverige⁴ för första halvåret av 2017, över musikköpet från samtliga musikbolag i Sverige, kommer idag 87,6 % av de totala intäkterna direkt från streamingtjänster.⁵ En utveckling som i sig inte är en ny företeelse, men som i modern tid framförallt varit närvarande sedan 1900-talet.

Gemensamt för musik, litteratur och film är dels att teknikutvecklingen med jämna mellanrum kommer med nya sätt till att konsumera de kulturella

¹ SOU 2016:85: Digitaliseringens effekter på individ och samhälle – fyra temarapporter, s. 18.

² Streaming innebär direktuppspelning eller strömmande överföring och används för att spela upp musik, film eller webbradio i telefonen eller datorn. Vid streaming skapas det inte nya exemplar av materialet som, efter uppspelningen, går att förfoga över, utan avser ett utnyttjande av existerande exemplar [Olsson, Henry: Copyright, uppl. 9:1, Norstedts förlag: Stockholm 2015, s. 29].

³ Jesse, Jim: The music copyright manual : The definitive guide to music copyright law in the digital age, Rock n roll law: Washington 2016, s. 140.

⁴ Musikbolagens rättighets- och branschorganisation i Sverige.

⁵ <https://www.ifpi.se/app/uploads/2017/10/Ifpi-statistik-halvaret-17.pdf> (hämtad: 2018-01-15).

produkterna, dels att de alla bär och regleras av en upphovsrätt och ägs av en upphovsman eller rättsinnehavare, som ensam eller tillsammans med andra äger och förfogar över rätten till verken. Inom ramen för dessa uttrycksformer skapar teknikutvecklingen nya vanor åt oss, får nya marknader att uppstå, ändrar våra konsumtionsmönster och förändrar samhället i stort. Även lagstiftaren och rättsväsendet påverkas av den ständiga teknikutvecklingen. Kort sagt, få går oberörda.

Upphovsrättssystemet består idag av en avvägning mellan olika typer av intressen, där siktet på en välavvägd balans mellan de olika intressena är i ständig fokus.⁶ Bilden av upphovsrätten som ett exklusivt verktyg för att skydda den kreativa konstnären och ge denne en möjlighet att tillvarata rätten för sina alster, har idag utvecklats till något mer, även om intresset av att tillvarata och uppmuntra upphovsmannens andliga skapande givetvis fortfarande finns kvar. Anledningen till att värdet och betydelsen av upphovsrätten idag utvecklats och även bär med sig andra intressen som erkänner upphovsrätten som ett ekonomiskt influerande verktyg, är till stor del ett resultat av den ständiga teknikutvecklingen.

Teknikutvecklingen påverkar och förändrat hur vi konsumerar och säljer bl.a. musik, litteratur, konst och film – upphovsmännens produkter. Faktumet att den innovativa teknikutvecklingen verkar röra sig likt en konstant – i en riktning, innebär att omständigheterna för hur konsumenter, utövare och kommersiella aktörer (investerare) ständigt förändras. Lagstiftaren, som har funktionen av en rättsviseapparat, eftersträvar en rättvis balans mellan dessa aktörer i enlighet med de motiv och intressen som finns angivna i lagen. Verkningarna av detta innebär att en ny relation uppstått – en mellan lagstiftaren och teknikutvecklingen. Relationen mellan teknologin och upphovsrättslagstiftningen skulle kunna beskrivas i orden av en *progressiv dans* – den är ständigt föränderlig samtidigt som den rör sig framåt.

⁶ Eklöf, Dan: Upphovsrätt i konkurrens – särskilt om tvångslicensiering, PrintCenter: Stockholm 2004, s. 19.

Den ständiga förändringen gör också att vi i ibland behöver utvärdera hur det vi tidigare formulerat förhåller sig till det nuvarande resultatet, och om det vi faktiskt avsåg med formuleringen fortfarande uppfylls. Kan utformningen av en viss funktion, med ett visst avsett syfte, förändras och plötsligt ge ett annat resultat? Vad har dagens teknikutveckling för egentlig betydelse och går det dra några generella slutsatser över hur upphovsrätten förändras?

1.1 Syfte och frågeställning

Uppsatsen undersöker och illustrerar hur upphovsrätten och det teknikdrivna samhället förhåller sig till varandra och vad det i sin tur får för verkningar och resultat för utformningen och funktionen av dagens upphovsrätt. Arbetet ämnar inom ramen för detta att klargöra de upphovsrättsliga motiven och diskutera huruvida de är förenligt med den moderna kontexten avseende musik.

Arbetet tittar även närmare på den upphovsrättsliga skyddstiden – utifrån att den har skiftat i varaktighet, dels för att se om, och i sådana fall hur, skyddstidens utformning och funktion förhåller sig till teknikutvecklingen, dels för att titta närmare på hur den nuvarande regleringen förhåller sig till de i lagen angivna motiven och intressena.

De specifika frågorna som arbetet gör anspråk på att besvara avser därför dels upphovsrättens relation till teknikutvecklingen, dels utformningen och betydelsen av den upphovsrättsliga skyddstiden.

Mer specifikt kommer följande frågor att besvaras för att uppfylla syftet.

- Är den upphovsrättsliga skyddstiden, avseende ljudkonst och musik, tillfredställande inför det i lagen avsedda syftet?
- Hur förhåller sig den upphovsrättsliga skyddstiden till motiven bakom upphovsrättslagstiftningen och finns det ett samband mellan

teknikutvecklingen och ändringarna av den upphovsrättsliga skyddstiden?

- Hur påverkar den tekniska utvecklingen utformningen och funktionen av upphovsrätten?

Även om frågorna i vissa avseende är självständiga är de samtidigt av betydelse för varandra. De kommer att besvaras under enskilda kapitel och avsnitt, men kommer även att återkoppla och ta hjälp av varandra för att ge mer nyanserade och insiktsfulla diskussioner.

1.2 Avgränsningar

Uppsatsen avgränsar det upphovsmannarättsliga perspektivet till musikaliska verk och dagens musikindustri för att dels illustrera och förklara det erkända värdet och betydelsen av uttrycksformen, dels för att förklara kopplingen till teknikutvecklingen. I vissa fall används illustrativa exempel till andra kulturella uttrycksformer, litterära och konstnärliga, för att påvisa likheter med teknikens inverkan på musik. Jag menar att värdet bakom kulturella uttryck har många gemensamma nämnare, men att det för arbetets struktur, blir tydligare om upphovsmannamässiga perspektivet utgår från en och samma uttrycksform för att illustrera betydelsen av intressegrupperna bakom lagstiftningen och verkningarna av teknikutvecklingen.

Uppsatsen kommer inte att beakta det upphovsrättsliga skyddet för utövande konstnärers framföranden. I huvudsak kommer uppsatsen se till det upphovsrättsliga skyddade tonsatta arrangemanget som därigenom hindrar andra musiker från att göra egna framföranden och tolkningar av verket.

Arbetet tar inte hänsyn till den eventuella betydelsen av klassikerskyddet i 51 § URL med hänsyn till dess sällsynta tillämplighet och relativt opåverkade relation av teknikutvecklingen.

I de fall komparativa utblickar görs används USA som jämförelse, dels utifrån att landet har en mycket stor kulturproduktion och upphovsrättsindustri dels utifrån att rättskulturen har kommit med andra lösningar på upphovsrättsliga utmaningar.

1.3 Metod och perspektiv

Uppsatsen är skriven med utgångspunkten att en juridisk analys av dagens upphovsrätt inte kan göras utan att beakta musikvetenskapliga och kulturhistoriska aspekter. För att förstå upphovsrättens roll och huruvida den överensstämmer med vad lagstiftaren gör anspråk på vad den ska vara, räcker det inte med att ge ett uteslutande juridiskt och rättsligt perspektiv. Eftersom de upphovsrättsliga motiven i stor utsträckning utgår ifrån att tillgodose ett samhällsintresse⁷ blir ett rättssociologiskt och upphovsmannamässigt perspektiv av stort värde för att utförligare förstå och kunna diskutera lagmotiven.⁸

I vissa avseende återfinns inslag av rättsdogmatisk metod⁹, genom användandet av auktoritativa rättskällor, i form av lag, förarbeten och domstolsavgöranden, för att ta reda på var gällande upphovsrätt står.¹⁰ Den rättsdogmatiska framläggningen blickar sedan vidare mot de lege ferenda – hur rätten borde se ut. Utifrån hur rätten borde se ut problematiseras de nuvarande verkningarna och funktionen för rättsområdet. För att analysera rätten används i viss utsträckning icke-traditionella rättskällor som grundar sig i både filosofi och musikvetenskap för att ge en förklaring av upphovsrättens praktiska funktion.¹¹

⁷ Se vidare under 4.3 och 5.4 för en redogörelse av begreppet ”samhällsintresse”.

⁸ Kleinman, Jan: Rättsdogmatisk metod, I: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.): Juridisk metodlära, upplaga 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 208-209.

⁹ Ordet rättsdogmatiskt antyder att metoden går ut på att läsa ut den ”sanna tolkningen” ur reglerna man studerar eller tittar på. Med andra ord tänker man sig alltså att den här metoden innebär att det går att utläsa hur man ska förstå och tolka regler bara genom att titta på rättsreglerna i sig själva. Den etymologiska betydelsen av *dogma* är nämligen grekiska för ”lära, trosats eller kristen trossanning”.

¹⁰ Olsson, Lena: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 [105-145], s. 118-119.

¹¹ Sandgren, Claes: Är rättsdogmatiken dogmatisk?, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 [648-656], s. 655-656.

De rätthistoriska inslagen rättfärdigas utifrån att de upphovsrättsliga argumenten (för och emot) uppstått sedan gammal, samt att den skiftade utformningen illustrerar konsekvenserna av en viss utformning. För att förstå varför upphovsrätten utvecklats och vad den kan eller bör komma att utvecklas till återkommer den ”tekniska utvecklingen” som ett ständigt bollplank genom uppsatsens gång.

Materialet som presenteras i kapitel två, fyra och fem analyseras löpande i texten, medan kapitel tre består av mer deskriptiv karaktär. Eftersom uppsatsen i stora drag är skriven utefter en löpande analys, presenterar kapitel sex en kortare analyserande sammanfattning i form av ett ”Slutord”, som tar sin utgångspunkt i de resultat som presenterats i ovan nämnda kapitlen två, fyra och fem.

1.4 Material

På samma sätt som uppsatsen är uppdelad i olika delar används olika typer av källor för de olika avsnitten. Avseende redogörelsen för kultur och musik är det främst litteratur som utgör underlaget. När det gäller den nuvarande regleringen och motiven till upphovsrätten utgörs materialet av rättsvetenskaplig litteratur och offentligt tryck. Gällande den upphovsrättsliga skyddstiden används både svensk och amerikans litteratur, men bortsatt från skyddstiden används svensk litteratur som utgångspunkt.

När det är fråga om äldre rätt används främst förarbeten för redogörelsen. Den äldre rätten illustreras och förklaras även genom viss litteratur med filosofiska inslag.

Uppsatsen använder i begränsat omfång statistiska underlag, dels för att göra analytiska jämförelser mellan den kommersiella marknaden och upphovsrätten och tekniken, dels för att ge illustrativa exempel över verkningarna av tekniska utvecklingar eller upphovsrättsliga regleringar.

1.5 Forskningsläge

Att upphovsrätten har ett nära samband med teknikutvecklingen är långt ifrån ett oupptäckt område. Avseende denna fråga finns det både litteratur och offentliga utredningar som berör ämnet. På samma sätt finns det litteratur och forskning avseende betydelsen av kultur och upphovsmäns kreativa utövande. Men att sammanväva och illustrera förhållandet mellan den utövande konstnären i relation till de kulturella konsumenterna, utifrån ett icke-rättsligt perspektiv på konstformen, och de rättsliga verkningarna av teknikutvecklingen, den förändrade marknaden och det påtvingade anpassningsbehovet för lagstiftningen, har däremot lite lika tydligt diskuterats i ett och samma forum. Uppsatsens olika ämnen har därmed tidigare undersökts enskilt och var för sig, medan den direkta interaktionen mellan dem är mindre vanlig.

Utvärderingen av den upphovsrättsliga skyddstiden är en fråga för alla stater med en upphovsrätt. Med hänsyn till omfattningen av amerikans litteratur och likheterna avseende de kommersiella marknaderna har amerikanska källor i flera avseenden användas för att illustrera och förklara verkningarna av skyddstiden.

1.6 Disposition

Uppsatsen kan sägas vara indelad i fyra delar. Den första delen, efter inledningskapitlet, består av en introduktion till begreppen ”kultur” och ”musik” och utgörs av kapitel två. Kapitlet går igenom betydelsen, funktionen och utvecklingen av musik.

Den andra delen av uppsatsen består av en beskrivning av upphovsrätten och den upphovsrättsliga skyddstiden. Rätten presenteras dels utifrån en historisk kontext, dels utifrån den nuvarande regleringen för att tydligare illustrera och visa hur regelverket har sett ut och sedermera utvecklats förändrats. Den andra delen som består av kapitel tre och fyra utgår det fjärde kapitlet utifrån redogörelsen för skyddstiden från löpande analys.

Den tredje delen, som består av kapitel fem, består av en löpande analys och illustreras och presenteras hur och på vilket sätt upphovsrätten är ett regelverk i rörelse. Motiv och syften med lagstiftningen klargörs och verkningarna av ett samhälle där teknikutvecklingen är ständigt pådrivande diskuteras.

Uppsatsen avslutas med ett summerande ”Slutord” i kapitel sex, där de tidigare diskussionerna vevas samman för att ge ett tydligare och mer komprimerat svar på den upphovsrättsliga skyddstidens och upphovsrättens förhållande till teknikutvecklingen.

2 En musikalisk kontext

Musik är en estetisk uttrycksform som används i en mängd olika syften och som kan ha olika innebörd för utövande musiker, kommersiella aktörer och samhället som kollektiv.¹² Den kanske vanligaste beskrivningen av vad musik utgör för en individ utanför den yrkesmässiga och kommersiella branschen är i termer av underhållning.

Musik utgör som känt en del av upphovsrätten. Bakom musiken finns först och främst en upphovsman eller skapare, vilket i musikalisk kontext kan benämnas som kompositör eller låtskrivare. Det är dock flera roller som är av betydelse utöver den ensamma kompositören för hur musik idag uppstår, konsumeras, sprids och ägs. För att förstå musik i en upphovsrättslig kontext behöver en bredare introduktion till betydelsen, meningen och funktionen av musik presenteras, vilket följande kapitel ämnar göra. Kapitlet diskuterar även värdet och betydelsen av teknikutveckling, både för att illustrera hur konsumtionen, utövandet och marknaden har utvecklats, men även för att illustrera de potentiella splittringar som kan uppstå när en teknisk utveckling driver vissa aktörer framåt samtidigt som andra berörda parter inte tar hänsyn till förändringarna på samma sätt.

2.1 En kulturell produkt

2.1.1 En kulturell konstruktion

Ulrik Volgsten menar att musik först blir musik när lyssnaren uppfattar det som sådant. Sammansatta ljud uppnår inte på egen hand till det som vi kallar och benämner som musik, utan det är en konstruktion som är beroende av lyssnarens uppfattning av ”ljuden”.¹³

¹² Volgsten, Ulrik, Emotions: identity and copyright control: The constitutive role of affect attunement and its implications for the ontology of music [s. 341-355] i The emotional power of music. Multidisciplinary perspectives on musical arousal, expression, and social control. Eds. T. Cochrane, B. Fantini & K. R. Scherer (red.). Oxford: Oxford University Press 2013, s. 341.

¹³ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 349.

En kulturell produkt, oavsett om det är ett musikaliskt, litterärt eller konstnärligt verk, utgår på ett eller annat sätt från en redan befintlig förlaga. En redan skriven bok, ett komponerat musikstycke eller en målad tavla. På något sätt speglas den kultur som vi kunnat tillgodogöra oss i det därefter skapade. Att skapa nya verk innebär därför vanligtvis ett visst mått av ”kulturellt lån”.¹⁴

Vad som i sin tur styr och reglerar huruvida en kulturell produkt är kommersiellt gångbar, är inte enbart avhängig den faktiska formgivningen. Både musik, litteratur och konst är beroende av investeringar. Det ekonomiska värdet av exempelvis ett musikaliskt verk är i många fall beroende av finansiering och exponering för att bli av betydande art.¹⁵ Ett tydligt exempel som illustrerar hur det kommersiellt gångbara domineras av en minoritet är försäljningen av skivor från slutet av 90-talet. Av den totala skivförsäljningen 1997 rapporterades 2,5 % av de tillgängliga albumen stå för hela 72 % av den samlade försäljningen. De kommersiellt gångbara verken utgjordes alltså av en absolut minoritet av det utbud som faktiskt tillhandahölls.¹⁶

2.1.2 Betydelsen av musik och kultur

Musik har egenskapen att fungera som en känslomässig uttrycksform för att ge individer möjlighet till känslomässiga intryck, både på ett individuellt och kollektivt plan. Från att enskilt lyssna på musik och bli berörd av densamma, till att skapa en kollektiv identitet och samhörighet genom nationalsånger vid internationella sportevenemang.¹⁷

Den kulturella samhörigheten är dock inte beroende av nationalsånger och specifika evenemang för att komma till uttryck. Även annan musik kan bära

¹⁴ Landes, M. William & Posner, A. Richard: An Economic Analysis of Copyright Law (1989) [205-216], [Dau-Schmidt, Kenneth G. & Ulen, Thomas S. (red.), Law and economics anthology], Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 1998, s. 205.

¹⁵ Rappaport, Edward: Copyright Term Extension: Estimating the Economic Values, Library of Congress, Congressional Research Service: Washington D.C. 1998, s. 4.

¹⁶ Rappaport, Edward, s. 10.

¹⁷ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 341.

känslan av en kollektiv samhörighet, som inte nödvändigtvis behöver avse en nationell identitet, utan som kan bestå av olika kulturella stilar och subkulturer. En och samma musik kan även ge uttryck för olika former av kulturella identiteter. Den svenska musikgruppen ABBA kan användas som exempel. ABBAs musik kan ge individer känslan av en nationell samhörighet, med hänsyn till bandets nationella ursprung, musikstilen kan ge känslan av en genre-identitet avseende pop- och discokultur och en historisk samhörighet kan baseras på tiden för musikens framväxt.¹⁸

Musikens förmåga att fungera som känslouttryck är givetvis inte exklusiv avseende identiteter och grupptillhörighet, utan kan vara ett uttryck för alla tänkbara känslor: aggressivitet, glädje, sorg, melankoli och kärlek.¹⁹ Den brittiska sociologen Simon Firth menar att musikens förmåga att skapa känslomässiga uttryck, och konnotationer att basera en kulturell samhörighet och kollektiv identitet på, gör det möjligt för oss att både konstruera och sätta oss i olika kulturella kontexter.²⁰

Det blir här tydligt att det erkända värdet och betydelsen som musik erhåller, i det ovan nämnda avseendet, utgör en social konstruktion, reglerad av den lyssnande publiken – konsumenterna. Värdet och betydelsen av musik får därför sägas vara underkastat den rådande kulturella kontexten – det som uppskattas och värderas av omgivningen. Ett och samma musikaliska verk, eller en och samma typ av musik, har därmed sällan ett konstant värde, med hänsyn till den ständiga produktionen av nya trender och stilar som förändrar vad som är kommersiellt gångbart eller modernt i den kulturella kontexten. Men även den allmänna inställningen och värderingen till betydelsen av musik kan skifta, när publikens intresse utgör reglaget.

¹⁸ Volgsten, Ulrik: *Emotions, identity and copyright control*, s. 342.

¹⁹ Volgsten, Ulrik: *Emotions, identity and copyright control*, s. 342.

²⁰ Frith, Simon, *Performing rites: on the value of popular music*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996, s. 275.

Kulturella uttryck har värderats olika i olika kulturer och inställningen har skiftat och varierat över tid.²¹ Kulturens och musikens ställning och status har setts som både mer eller mindre viktig. I Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) artikel 167 framgår det att unionen ska bidra till kulturens fortsatta utveckling och bevarande av det befintliga och gemensamma kulturarvet, inte avseende funktionen eller utformning av ensamrätten till specifika verk, utan unionens ska jobba för att vara kulturfrämjande genom stimulansåtgärder, som inte får omfattar någon harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar. Det EU-rättsliga lagstiftningsorganet erkänner alltså vissa beaktansfulla värden hos kulturen, som gemenskapen arbetar för att främja och bevara. Artikel 167 skulle därför kunna sägas ge uttryck för en form av överstatlig omsorg för det kreativa uttrycket och kulturella arvet, vilket avseende musik delvis skulle kunna beskrivas som ett värnande om individuella och kollektiva känslomässiga uttryck.

2.1.3 Ett kulturellt arv

Musik är en del av ett kulturhistoriskt arv och har under årtusen spelat en viktig roll i människors liv, både på ett individuellt och kollektivt plan. Musikens starka egenskaper i att skapa identiteter och känslor är även en förklaring till varför konstformen genom historien har kommit att används som maktmedel av totalitära regimer för att på olika sätt driva en vilja, genom att exempelvis förbjuda musik.²²

Att kontrollera musik, kan med den ovan nämnda beskrivningen i åtanke, sägas utgöra en kontroll av människans grundläggande beteenden och uttryck. Idag är det inte lika vanligt att musik används som ett brutalt maktmedel, men musiken tjänar fortfarande olika syften och råder fortfarande under en viss kontroll, samtidigt som den bär med sig delar av människans grundläggande

²¹ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 342.

²² Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 345.

beteenden och uttryck. Dagens kontroll sker under den upphovsrättsliga regimens styre.²³

Som ovan nämnt är i princip all kultur skapad utifrån en tidigare existerande förlaga, som antingen mer eller mindre tydligt präglar det efterkommande verket. All kultur som skapas fungerar därför som en påminnelse om att ett kulturellt arv ligger till grund för allt nytt som skapas. Desto längre bak man tittar, desto mer blir vi påmind om varaktigheten av kultur som något historiskt närvarande.

2.1.4 Kultur och äganderätt

Det kulturella utövandet och framförandet har inte alltid varit rättsligt kontrollerat. Det har inte alltid funnits regelverk för att garantera konstnären sin beskärda del för mödan som krävts för att skapa, och även om kulturella produkter har spridits har inte en ensamrätt för att sprida dem alltid funnits.²⁴

I preambeln till TRIPS-avtalet (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods*) från 1994, som riktar sig till de anslutna fördragsstaterna och som är internationellt vägledande för synen på immateriella rättigheter, skriver man att immateriella rättigheter ska erkännas som en del av den privata äganderätten ("private rights").²⁵ Samtidigt laddas kultur med värdet av en kollektiv tillgänglighet och som även utgör ett intresse till motiven bakom upphovsrätten. TRIPS kan därför sägas stärka synen på den privata äganderätten av kultur till förmån framför den fria tillgången.²⁶

TRIPS och annan upphovsrättslagstiftning tar dock inte sikte på kultur i stort, avseende teman över olika generar och stilar, utan äganderätten och förfoganderätten till enskilda immateriella alster.²⁷ De immateriella alstren

²³ Volgsten, Ulrik: *Emotions, identity and copyright control*, s. 345.

²⁴ Se nedan under 3.2 om uppkomsten av det upphovsrättsliga regelverket.

²⁵ TRIPS-avtalet, Annex 1C, preambeln (e). Se nedan under 3.4.1 för mer om TRIPS.

²⁶ Volgsten, Ulrik: *Emotions, identity and copyright control*, s. 347.

²⁷ Se nedan under 3.1.

har ett enskilt uttryck, samtidigt som det också är ett uttryck för kultur och kan kopplas till en viss genre, men det är avseende det enskilda uttrycket som äganderätten härrör till.

Det existerar alltså inte en äganderätt av kultur i rättslig bemärkelse. Att göra anspråk på viss kultur kan därför inte benämnas i termer av stöld, utan beskrivs istället som ”kulturell appropriering”. Begreppet innebär vanligen att någon utifrån en privilegierad kultur återskapar uttryck härrörande från en kultur med färre sociala privilegier.²⁸

2.2 Innovation och musikalisk kommunikation

En klassisk materialistisk tes är att produktionsteknologier påverkar det kognitiva tankearbetet. Hur det mentala arbetet påverkas kan dock inte ensidigt förklaras med hänvisning till det materiella. Volgsten menar att våra tankar och idéer påverkas av teknikutvecklingen och mediekonsumtionen, vilket i sin tur präglar ramarna för det kulturella uttrycket.²⁹

Den kanske främsta faktorn som styr hur vi konsumerar kultur utgörs av tekniska lösningar. Det nära förhållandet mellan teknik och kultur har därför sedan slutet av 1800-talet varit ett ständigt reglage av våra konsumtionsmönster. Thomas Edisons fonograf från 1877 innebar fonogrammens entré till den moderna världen, och skulle även kunna sägas utgöra startskottet för kulturens, eller åtminstone ljudets, nu självklara relation till teknik. Det blev nu för första gången möjligt att lyssna på inspelad musik. Det innebar att en musikalisk upplevelse inte längre var avhängig ett live-framträdande.³⁰ Emile Berliners grammofon börjar exploateras under slutet av 1800-talet och redan 1913 börjar man sluta tillverka fonografer i

²⁸ Volgsten, Ulrik: *Musiken, medierna och lagarna : musikverkets historia och etablerandet av en idealistisk upphovsrätt*, Gidlunds förlag, 2012, s. 22.

²⁹ Volgsten, Ulrik: *Musiken, medierna och lagarna*, s. 14-15.

³⁰ Volgsten, Ulrik: *Musiken, medierna och lagarna*, s. 20-21.

USA.³¹ Guglielmo Marconi lyckas skicka radiosignaler över Atlanten redan 1901. Ljudfilmer gör sitt kommersiella genombrott 1927 och det blir nu även möjligt att konsumera musik tillsammans med rörliga bilder.³² Inom loppet av 50 år hinner tre helt nya medium för att konsumera musik, och kultur i stort, både uppkomma och kommersialiseras. En ny internationell plattform för kultur och musik börjar därmed växa fram.

Den tekniska utvecklingen fortsätter att förändra konsumtionsvanor under andra hälften av 1900-talet med bandspelare, vinylskivor, videokassetter, lokalradio, biografier och CD-skivor.³³ Kännetecknande för 2000-talet är den kulturella digitaliseringen, som i flera avseenden varit tvungen att regleras, för att hindra upphovsrättsliga verk från att utnyttjas.³⁴

Den senaste förändringen i vår kulturkonsumtion är via framväxten av olika streamingtjänster. Streamingtjänsterna utmärker sig främst genom att vara lättillgängliga, både avseende hur tjänsterna kan nyttjas men också avseende utbudet av kultur de erbjuder, och de har bara under några år ändrat på hur och var vi tar del av både musik, film och litteratur.³⁵

Att fonogrammet i viss utsträckning ersatt den direkta konsertupplevelsen för miljontals människor världen över påverkar givetvis inte enbart sättet vi konsumera kultur på.³⁶ På motsvarande sätt som innovation och teknik påverkat våra konsumtionsmönster har förutsättningarna för hur upphovsmän och *utövande konstnärer*³⁷ verkar i sina yrkesroller påverkats.

³¹ SOU 1971:73, Fonogrammet i musiklivet : Betänkande avgivet av konsertbyråutredningen, s. 12-13.

³² Stannow, Henrik & Hillerström, Håkan, Musikjuridik: rättigheter och avtal på musikområdet : handbok för musikbranschens aktörer, 4., rev. och omarb. uppl., CKM, Stockholm, 2010, s. 50-51.

³³ Stannow, Henrik & Hillerström, Håkan, s. 53-54.

³⁴ Stannow, Henrik & Hillerström, Håkan, s. 56.

³⁵ 87,6 % av intäkterna från musikförsäljning i Sverige kommer direkt från streamingtjänster. Se nedan under 4.11.

³⁶ SOU 1971:73, s. 81.

³⁷ Med ”utövande konstnär” avses den eller de som framför de upphovsrättsligt skyddade verken, exempelvis musiker, sångare och skådespelare, vars framförande skyddas på ett liknande sätt som för upphovsmännen. Rättigheterna framgår av 45 § URL. [Olsson, Henry, s. 295].

Grammofonskivans framväxt resulterade exempelvis i en minskad efterfrågan på live-musik, och försämrade därmed både de ekonomiska och sociala förutsättningarna för utövande konstnärer.³⁸ Den framväxande skivindustrin ledde i sin tur till försämrade villkor för både upphovsmän och utövande konstnärer och gjorde det allt svårare med rekrytering till yrket, vilket i vissa avseenden kan ses som en social och kulturell förlust, samtidigt som det tveklöst är en social och teknisk vinst ur andra hänseenden. Den digitala teknologins intåg innebar däremot en förändring för hela musikindustrin. Eftersom digitaliseringen möjliggjorde ett utnyttjande av upphovsrättsliga verk, fick det ekonomiska konsekvenser för såväl upphovsmän, som utövande musiker och musikindustrin, medan konsumenter drog otillbörlig nytta av den nya tillgänglighet och flexibilitet som tekniken erbjöd.³⁹

Streamingtjänsterna lyckades med det lagstiftaren inte gjorde och förändrade konsumenters oönskade konsumtionsmönster, att otillbörligt utnyttja upphovsrättsliga verk, och har därigenom återskapat någon form av ordning på marknaden. Detta behöver givetvis inte vara talande eller beskrivande för en eftersträvarvärd ekonomisk utdelning avseende vinster på kultur. Oavsett kom tekniken med en egen lösning på ett problem som den tidigare orsakat.

Tekniska och innovativa lösningar har dock inte uteslutande inneburit förändringar för upphovsmän och musikers yrkesroll avseende ekonomiska förändringar. Liksom den ökade tillgängligheten och flexibiliteten i att konsumera musik, har den nya tekniken inneburit en ökad tillgänglighet och flexibilitet i att utöva och producera musik. Där de ekonomiska förutsättningarna har förändrats dramatiskt. Detta skulle kunna omskrivas till att tekniken i vissa avseenden främjar nyskapande, eller åtminstone möjliggjort det.⁴⁰

³⁸ Olsson, Henry, s. 293.

³⁹ Olsson, Henry, s. 293.

⁴⁰ Eklöf, Dan, s. 26-27.

2.3 En modern industri

Streamingtjänster har en redan betydelsefull roll i dagens musikindustri, men mycket tyder på att den bara kommer bli större. Både artister och konsumenter har idag enskilda avtal med streamingtjänster, avseende sina respektive intressen. Som tidigare nämnt kommer en övervägande del av alla intäkter från dagens musikförsäljning, direkt från streamingtjänster. Utöver detta har även vissa artister börjat släppa musik exklusivt hos specifika streamingtjänster, för att locka konsumenter till en viss tjänst framför en annan. Samma exklusivitetsstrategi har använts för att släppa t.ex. musikvideor. Streamingtjänster börjar alltså i flera avseenden ta över skivbolagens tidigare roll, med att både finansiera, marknadsföra och stå bakom produktioner.⁴¹ En stor skillnad är dock att produkterna – de musikaliska verken, i vissa fall exklusivt tillhandahållas vid en och samma aktör, vilket skulle kunna jämföras med att vissa CD-skivor bara skulle kunna säljas i en specifik butik ägd av ett specifikt skivbolag. Streamingtjänsterna agerar därmed utefter dubbla roller – de har både avtal med skaparna och utövarna samt med konsumenterna.

Det ökande inflytandet hos streamingtjänster i musikindustrin kan på motsvarande sätt ses i andra kulturbranscher. I bokbranschen köpte ljudbokstjänsten Storytel, som grundades 2005, upp det anrika bokförlaget Norstedts under 2016.⁴² Detta visar återigen hur innovation och ny teknik, på mycket kort sikt, kan utgöra en betydelsefull roll för konstformen och för hur konsumenter, upphovsmän, och kommersiella aktörer påverkas av hur kulturen tillhandahålls.

⁴¹ Jesse, Jim, s. 172.

⁴² <https://www.dn.se/kultur-noje/storytel-koper-norstedts/> (hämtad: 2018-01-15).

2.4 Musik enligt rättsväsendet

Enligt lagstiftaren har musik förmågan att inta rollen av ett musikaliskt verk.⁴³ Detta innebär att musik kan erkännas ett visst rättsligt skydd, inbegripande en både ideell och ekonomisk ensamrätt, som vanligen tillfaller upphovsmannen till verket.⁴⁴ Ensamrätten representerar en form av äganderätt eller förfoganderätt, som alltså tillfaller upphovsmannen eller rättsinnehavaren, om rättigheterna överlåtits till någon annan.

För att musik ska inta rollen av ett ”musikaliskt verk” behöver alstret eller objektet anses ha verkshöjd, innebärande att alstret måste tillräckligt originellt för att anses som ett verk, i upphovsrättslig mening.⁴⁵ Bengt Edlund förklarar att det går att utläsa sannolikhetssamband i det musikaliska händelseförloppet, avseende tonföljden i en melodi. Där sannolikheten för vissa tonföljder är lägre eller högre. Han förklarar vidare att det går att se ett samband mellan sannolikheten för det framväxande musikaliska händelseförloppet och nivån av verkshöjd – där en hög sannolikhet ger en låg musikalisk verkshöjd.⁴⁶

Edlund menar vidare att en juridisk distinktion avseende *verkshöjd* som är värd att notera, är skillnaden mellan ”innehåll” och ”uttryck”.⁴⁷ Upphovsrättsligt är det enbart uttrycket, dvs. den specifika utformningen som skyddas. Däremot saknar innehållet, vilket här kan förstås som idén, det vill säga det grundläggande mönstret eller ämnet, rättsligt skydd.⁴⁸

För att kunna svara på hur rättsväsendet, eller rättare sagt, domstolen urskiljer och ser identiteten i musikaliska verk, får vägledning sökas i det hittills enda HD-avgörandet. Som därmed får sägas utgöra och uttrycka den

⁴³ Se vidare under 3.5 för definitionen och betydelsen av ett ”verk” i lagstiftarens mening.

⁴⁴ Se vidare under 3.7 för utformningen och funktionen av ensamrätterna.

⁴⁵ Edlund, Bengt: Riff inför rätta, Juristförlaget i Lund: Lund 2007, s. 15. Olsson, Henry, s. 55.

⁴⁶ Edlund, Bengt, s. 52.

⁴⁷ Edlund, Bengt, s. 15.

⁴⁸ Edlund, Bengt, s. 19.

prejudicerande prägeln på urskiljningen.⁴⁹ Det är i det uppmärksammade fallet *Drängarna v. EMD*, NJA 2002 s. 178, som rätten får identifiera och utvärdera karaktären hos ett musikaliskt verk, när det jämför två verk för att utreda om det rör sig om plagiat eller oberoende dubbelskapande, d.v.s. om de två verken uppkommit oberoende av varandra.

För att avgöra vad som är musikaliskt relevant tar domstolen fasta på det melodiska materialet – tonföljden, av det som man beskriver som den ”bärande melodin”, för att avgöra om ett dubbelskapande eller upphovsrättsligt intrång uppstått. I den rättsliga praktiken utmärks alltså musik uteslutande av melodier, medan andra aspekter som harmoni, rytmik och bearbetning knappt spelar någon roll, trots att de påverkar helhetsintrycket för den som lyssnar.⁵⁰

Domstolen reducerar därmed det musikaliska verkets identitet och uppfattningen av densamma, till melodiska melodiföljder som det bärande identifikationsverktyget för originalitet. Åtminstone avseende populärmusik där melodier utgör ett vanligt förekommande karaktärsdrag.

2.5 Musik enligt musik

Lagstiftarens syn och definition av musik kan sättas i parallellitet till hur dagens musikindustri verkar förhålla sig till synen på musik och identitet. Ett svenskt företag⁵¹ har tagit fram en *ackordanalys*⁵² över de 40 mest populäraste låtarna enligt Billboard⁵³ för 2016, som visar på att dagens populärmusik bygger på nästintill identiska ackordmönster. Analysen visar att bland de 40 populäraste låtarna finns det i princip fyra typer av

⁴⁹ Volgsten, Ulrik: *Musiken, medierna och lagarna*, s. 14.

⁵⁰ Volgsten, Ulrik: *Musiken, medierna och lagarna*, s. 14.

⁵¹ ScoreCloud är ett svenskt företag och ett notationsprogram som analyserar och översätter musik till noter.

⁵² En form av musiknotation för att beteckna harmonier och som med olika symboler visar vilka ackord en låt eller ett musikaliskt verk består av.

⁵³ Billboard är en av de ledande amerikanska tidskrifterna över populärmusik och är kända för att publicera listor över mest sålda skivor [Stannow, Henrik: *Musik juridik : handbok om upphovsrätt och musik*, CKM Förlag: Stockholm 2014, s. 96].

ackordmönster – två i dur och två i moll.⁵⁴ Det innebär inte att musiken är identisk eller förväxlingsbar i sig, eller att industrin ser den som sådan, utan att den bygger en identitet och skiljer sig i andra avseenden: hur materialet bearbetats harmoniskt, rytmiskt och ljudtekniskt.⁵⁵ Digitala ljudbibliotek med tiotusentals programmerade ljud och omfattande möjligheter till ljudbearbetning gör musiken kan hitta sin karaktär på andra sätt än genom ackord- och tonföljder.

Att den populärmusikaliska strukturen följer snäva och likartade mönster i ackordföljder och struktur kan även främja en likartad struktur i den melodiska tonföljden. Att se på och reducera musik till en tonföljd eller en melodi, kan därför ses som oförenlig utifrån med den tekniska prägeln av dagens musik. Skapandet av musikaliska verk ingår ofta i en produktionskedja som består av flera personer, varav en eller flera kanske skapar toner och melodier, medan andra bearbetar melodierna och ljudbilden. Detta innebär inte att det är uteslutande melodiskaparna som ikläder rollen av upphovsman, utan den eller de som ingår i produktionskedjan och som varit delaktiga i skapandet av verket kan mycket väl ikläda rollen (6 § URL). Den upphovsrättsligt erkända rollen tillmäts däremot inte samma betydelse vid en rättslig utvärdering av musikaliska verk. På så sätt kan dagens syn på den rättsliga identiteten av musik underminera de moderna rollernas påverkan.

Att ljudingenjörer och producenter spelar en avgörande roll för helhetsintrycket är svårt att argumentera emot, men att bortse från ljudingenjörers och producenters funktion för erkännandet av det upphovsrättsliga verkets identitet är desto lättare. Är det så att dagens upphovsrättsliga verk har en rent ”teknisk” prägel som vi inte erkänner som en del av den andliga skapelsen, även om vi ser det som en integrerad del av det slutgiltiga verket? Om rättens syn grundar sig i svårigheter med att göra objektiva utvärderingar av musikaliska verk, eller om tillämpningen halkat

⁵⁴ Ahlbäck, Sven (2017). *Analys 40 biggest hits 2016 UK Billboard*. Opublicerad presentation vid forskningskonferens. Stockholm: ScoreCloud.

⁵⁵ Volgsten, Ulrik, *Musiken, medierna och lagarna*, s. 14.

efter i den tekniska utvecklingen och moderna synen på musik, är svårt att dra entydiga slutsatser av, men det är inte osannolikt att det består av en kombination av dem bägge.

2.6 Sammanfattande analys

Musik utgör en del av det kulturhistoriska arvet och har under årtusen spelat en viktig roll i människors liv, både på ett individuellt och kollektivt plan. Musiken har även använts som ett maktmedel av totalitära regimer för att driva sin vilja och har i olika tider burit olika värden.⁵⁶

Volgsten illustrerar förhållandet mellan upphovsman (kompositör), verk (musik) och publik (konsumenter) som olika led i en kommunikationskedja – avsändare, meddelande och mottagare. Volgsten menar att de olika delarna i kedjan kommit till uttryck och artikulerats på olika sätt under olika tidsperioder. Framförallt har den kommunikativa delen – överföringen till mottagarna, ett nära samband med den tekniska utvecklingen, där fonogrammet framväxt har varit av essentiell betydelse för hur vi sedermera kommit att skapa, bevara och överföra ljud och musik.⁵⁷

Tekniken har även inneburit att musiken som konstform fått nya dimensioner till sig. Att rättsväsendet utvärderar och identifierar musik på ett sätt som reducerar musik till en produkt på ett spektrum bestående av färre karaktärsdrag och komponenter än vad musikindustrin själv identifierar hos konstformen, kan förfalla som något ironiskt. Men det väcker samtidigt frågan om det är upp till rättsväsendet att följa teknikutvecklingen och uppfattningen hos en viss kulturbransch, gällande utvecklingen av konstformen för att komma underfund med vad identitet vilar i. Mycket tyder dock på att det för eller senare kommer bli nödvändigt att anpassa sig till teknikens verkningar och kulturbranschens uppfattning av konstformen, för att rättsväsendet inte ska bli skenbar i rollen som vägvisare.

⁵⁶ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 342.

⁵⁷ Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 20.

När det kommer till definitionen, innebörden och betydelsen musik – musiken som objekt – menar Volgsten att musik varken kan reduceras ner till produkten av en kognitiv tankeprocess, ett känslomässigt uttryck, en pragmatisk beskrivning av en samling ljud eller viss egendom tillhörande en person.⁵⁸ Den relativistiska karaktären som gör det möjligt för uttrycksformen att inta olika former av uttryck, gör att den kan beskrivas i termer av ett transcendentalt objekt.⁵⁹ Definitionen, innebörden och betydelsen av musik är avhängig den upplevelse och uppfattning som dess lyssnare tillskriver den.⁶⁰

Även om tekniken styr och banar vägen för nya konsumtionsmönster är det konsumenterna och den lyssnande publiken som avgör vad som tas emot. Den kommersiella musikindustrins produkter utgör, som nämnt, i grund och botten bara musik så länge publiken uppfattar det som musik. Detta innebär givetvis inte att konsumenterna är de enda med makt, utan bara att det är de enda med reell makt – det är deras val och beteende som definierar och skapar värdet. Andra aktörer har givetvis fortfarande en indirekt makt som påverkar och formar uppfattningen hos konsumenterna. För upphovsmän och musikindustrin har tekniken utgjort ett sådant indirekt verktyg genom att göra det möjligt att på nya sätt kontrollera hur och var musiken ska distribueras och konsumeras.⁶¹

⁵⁸ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 349.

⁵⁹ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s 353.

⁶⁰ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 349.

⁶¹ Olsson, Henry, s. 293.

3 En upphovsrättslig introduktion

Upphovsrätten är en av de fyra immateriella rättigheterna, utöver varumärkesrätt, patenträtt och mönsterskydds rätt. Produkten bakom alla immateriella rättigheter kan, åtminstone på ett förstadium, beskrivas som tankar och idéer – ett andligt eller intellektuellt arbete.⁶² De bearbetade tankarna och idéerna översätts och intar en kroppslig gestalt – en grafisk design formges, en berättelse skrivs ner eller en musikalisk komposition spelas in.⁶³ Upphovsrätten består bl.a. av just bildkonst, litteratur och musik – estetiska uttryckssätt som kan beskrivas med bilder, ord och ljud och som nämnt är en produkt av idéer från en eller flera människor. Upphovsmannen erhåller dock inte en ensamrätt⁶⁴ till själva idén, utan en ensamrätt till uttrycket.⁶⁵ Ibland kan det dock vara svårt att särskilja idén från uttrycket, eftersom de i viss mån är baserade på varandra och därigenom beroende och villkorade av varandra.⁶⁶

Det är för att på något sätt kontrollera och reglera vem som får göra vad med dessa alster, som vi har upprättat ett regelverk för abstrakta äganderätter, även om den faktiska betydelsen och innebörden för regelverket idag har blivit mycket större än så.

Nedan följer en övergripande historisk och nutida redogörelse för det upphovsrättsliga regelverket. Den rättshistoriska utvecklingen i relation till dagens regelverk visar hur att upphovsrätten, likt de konstnärliga verken, är baserade och grundande på en tidigare skapad förlaga.

⁶² Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 156-157.

⁶³ Eklöf, Dan, s. 25.

⁶⁴ Se nedan under 3.7.

⁶⁵ Söderberg, Johan: allt mitt är ditt : fildelning, upphovsrätt och försörjning, Bokförlaget Atlas: Stockholm 2008, s. 23.

⁶⁶ Edlund, Bengt, s. 19.

3.1 En upphovsrättslig historia

Dagens invändningar för och emot upphovsrätt är liksom upphovsrätten själv gammal. Det är därför av värde att blicka tillbaka på hur upphovsrätten har sett ut och framavlats för att ge förståelse för dess roll och funktion i en modern kontext.

Rättsliga förhållanden som rör den fysiska äganderätten mellan individer har varit reglerade sedan antiken och även om människan i alla tider har försökt förbättra sin tillvaro genom att skapa kulturella uttryck, verktyg och nya produkter,⁶⁷ så har det rättsliga förhållandet för den abstrakta äganderätten länge förblivit oreglerad.⁶⁸

Långt innan en antydning till ett upphovsrättsligt regelverk växte fram, har människan ägnat sig åt att kopiera och återskapa varandras idéer och verk. Plagiat, som stammar ur latinska *plagiarius* betyder bland annat ”människorövare” och ”litterär tjuv”, har fördömts långt innan det kom att regleras rättsligt.⁶⁹ Men eftersom den rättsliga moralen är kodifierad social moral, kan den samhälleliga uppfattningen och inställningen till plagiat som moraliskt förkastlig sägas utgöra ”förarbeten” till den sedermera rättsliga regleringen.⁷⁰

Källor från antika Rom vittnar om ett rikt kulturliv med en väl utvecklad bokhandel.⁷¹ Men även om kulturen och den andliga prestationen, som låg till grund för skapandet, värderades högt, erkändes inte något rättsligt skydd bortanför det fysiska objektet. Enligt romerskt betraktelsesätt utgavs inte någon ersättning för den andliga prestationen, varför incitament för att skapa

⁶⁷ Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars - Tekniska museet: Likt unikt: innovation, kreativitet och plagiat, Stockholm : Tekniska museet, 2008, s. 33.

⁶⁸ SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk, s. 36.

⁶⁹ Stannow, Henrik, s. 30.

⁷⁰ Dahlman, Christian, Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010, s. 13-14.

⁷¹ SOU 1956:25, s. 33.

en upphovsrätt saknades och den abstrakta äganderätten förblev oreglerad.⁷² Detta kan dels förklaras av den mänskliga tillgången till arbetskraft, dels av en låg teknisk utvecklingsnivå.⁷³

När Johannes Gutenberg i mitten av 1400-talet förfinade boktryckarkonsten med sina tryckpressar skapades förutsättningarna för en upphovsrätt. Det var först nu som författare riskerade att förlora kontrollen över sina verk. Tidigare innebar det ett enormt arbete att framställa nya exemplar av böcker eftersom kopian var tvungen att skrivas för hand, men med tryckpressarna växte en helt ny industri fram.⁷⁴ Detsamma gällde för musiknotation – att skriva ner musik, även om det var betydligt mer komplicerat än boktrycket.⁷⁵

Det var i Venedig under den senare hälften 1400-talet, som då var Europas främsta boktryckarstad, som upphovsrätten först tog form. Rätten att trycka böcker erhöles genom särskilda *tryckprivilegier*, som innebar en viss ensamrätt för innehavaren att trycka exemplar under en begränsad tid.⁷⁶ Tryckprivilegierna utfärdades av staten och gavs antingen till de som stod nära kungen eller till den som betalade bäst.⁷⁷ Om författaren blev den som erhöles tryckprivilegiet, så var det fortfarande inte i egenskap av författare, utan i egenskap av boktryckare eller förläggare.⁷⁸ Det selektiva urvalssystemet som grundades på nepotism och en ekonomisk hierarki resulterade i att innovationen sedermera stagnerade.⁷⁹ Efter hand ändrades förutsättningarna för att utfärda tryckprivilegierna till att det inte längre kunde göras utan författarens godkännande och under början av 1600-talet utvecklades detta vidare till att författarens medgivande helt ersatte privilegiumeddelesen. Först nu uppstod för första gången en riktig

⁷² SOU 1956:25, s. 33.

⁷³ Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, s. 33.

⁷⁴ Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, s. 33.

⁷⁵ Volgsten, Ulrik, *Musiken, medierna och lagarna*, s. 61.

⁷⁶ SOU 1956:25, s. 34-35.

⁷⁷ Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, s. 33.

⁷⁸ SOU 1956:25, s. 34-35.

⁷⁹ Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, s. 33.

författarrättighet, men trots denna framgång kom den upphovsrättsliga utvecklingen att förbli oförändrad under resterande del av 1600-talet.⁸⁰

Vid århundradets slut presenterade filosofen John Locke en teori som gick ut på att inordna litterära och konstnärliga verk i äganderätten. Synsättet kom inte bara att prägla utvecklingen under upplysningstiden, utan har även fått genomslag i vår tids syn på den abstrakta äganderätten.⁸¹ I början av 1700-talet (1709) upprättades Statute of Anne i England, betraktat som den första moderna upphovsrättslagstiftningen, som avsåg tryck- och kopieringsrättigheter.⁸² Det tidiga regelverket skulle kunna beskrivas som upphovsrättens Magna Charta. Författare erhöll en ensamrätt att framställa sina verk under 14 år, med möjlighet till en lika lång förlängning, efter att verken hade anmälts och förts in i ett offentligt register.⁸³

I Sverige kom författarrätten först till uttryck genom ett boktryckar- och förläggarskydd i 1752 års förordning och reglemente för boktryckerierna i riket. Författarrätten kom senare att implementeras i 1810 års tryckfrihetsförordning, där författare fick en till tiden obegränsad ensamrätt till sina verk.⁸⁴ Vid instiftandet fanns ett stor kulturellt inflytande bland makthavarna bakom införandet, dels hos den tillsatta kommitté vars förslag låg till grund för stadgandet, dels även hos konstitutionsutskottet där en majoritet av de 15 medlemmarna satt med i antingen Svenska akademien eller Vetenskapsakademien. Inflytandet skulle kunna vara en förklaring till den upphovsmannamässigt generösa skyddstiden. Den extensiva skyddstiden kom dock att ändras under 1841 till att sträcka sig till tjugo år efter författarens död, med möjlighet till förläning vid fortsatt bruk. Det existerade

⁸⁰ SOU 1956:25, s. 35.

⁸¹ Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, s. 34.

⁸² SOU 1956:25, s. 35.

⁸³ Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, avgivna den 28 juli 1914 av därtill inom kungl. Justitiedepartementet förordnade sakkunniga, Stockholm, K.L. Beckmans Boktryckeri, 1914 ("Kommittéföreläggning från 1914"), s. 29.

⁸⁴ SOU 1956:25, s. 35-36.

dock ännu inte någon ensamrätt för att uppföra dramatiska eller musikaliska arbeten.⁸⁵

I Frankrike hade man i erkännandet av författarrätten, som utvecklades under revolutionen, varit tidig med att även erkänna dramatiska och musikaliska verk med en fristående äganderätt genom 1791 och senare 1793 års lag om rätt till uppförande av dramatiska och musikaliska verk.⁸⁶ I svensk rätt erkändes en ensamrätt först genom Kungl. förordningen den 20 juni 1855 angående förbud mot offentligt uppförande, men kom till skillnad från den tidigare regleringen i tryckfrihetsförordningen endast att gälla under författarens livstid.⁸⁷ Men eftersom tryckfrihetsförordningen omfattade allt som avfattades i skrift kom även musikaliska verk som nedtecknats med noter att ge kompositörer ett skydd mot otillåtna eftertryck.⁸⁸

Konstverk fick först ett upphovsrättsligt skydd i svensk rätt genom lagen om den 3 maj 1867 angående efterbildning av konstverk, och gav ett skydd mot efterbildningar under konstnärens livstid och 10 år därefter.⁸⁹ Den rättsliga utvecklingen började bli mer progressiv och ett decennium senare instiftades lagen den 10 augusti 1877 om äganderätt till skrift, som både inbegrep en äganderätt och ensamrätt för upphovsmannen att mångfaldiga skrift. Skyddstiden utökades till att gälla under upphovsmannens liv fram till 50 år efter dennes död. Lagen omfattade nu även dramatiska och musikaliska verk, som tidigare inte nämnts i lagtext, och baserades i dessa avseenden på förordningen om förbud mot offentligt framförande från 1855, men där nu ensamrätten utökats till fem år efter upphovsmannens död.⁹⁰ Slutligen kom det även en ny lag mot efterbildning av konstverk innan 1800-talets slut, med lagen den 28 maj 1897 om rätt att efterbilda konstverk, som innehöll det första upphovsrättsliga skyddet för fotografier. Skyddet för fotografier varade i fem

⁸⁵ SOU 1956:25, s. 37.

⁸⁶ SOU 1956:25, s. 35-36.

⁸⁷ SOU 1956:25, s. 36.

⁸⁸ SOU 1956:25, s. 36.

⁸⁹ SOU 1956:25, s. 37.

⁹⁰ SOU 1956:25, s. 37.

år från och med att bilden blivit utgiven, vilket var väsentligt lägre jämfört med andra konstnärliga uttryck.⁹¹ Det var även vid slutet av 1800-talet som den internationella upphovsrätten började ta form. Upphovsrätten hade tidigare varit nationellt betingad och innan 1877 års lag hade svenskt medborgarskap i princip utgjort en förutsättning för skydd. Med den nya lagen tillkom ett avtalssamarbete med Norge, som innebar att utgivna skrifter skulle skyddas i bägge stater. Liknande avtal slöts under de kommande åren med både Danmark (1879), Frankrike och Italien (1884). Ett internationellt samarbete bortanför det bilaterala upphovsrättsystemet tillkom först med den schweiziska Bernkonventionen för skydd av konstnärliga och litterära verk, som är den egentliga starten till en upphovsrättslig harmonisering. Konventionen som uppkom 1886 var det upphovsrättsliga svaret på Pariskonventionens skydd för industriella rättigheter från 1883, som avsåg patent, varumärken och mönster.⁹² Sverige anslöt sig till Bernkonventionen 1904.

När man pratar om det första upphovsrättsliga regelverket i Sverige är det lagarna från 1919 (SFS 1919: 381 – 383) som brukar avses.⁹³ Regelverket som å ena sidan består av tre enskilda lagar, arbetades fram och presenterades tillsammans i *Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder*, avgivna den 28 juli 1914 och senare införda den 30 maj 1919. Vid tiden användes inte den nuvarande termen upphovsrätt för att beskriva rättsområdet, utan det äldre begreppet *auktorsrätt*, från auktor (författare, tonsättare, bildande konstnär), med vilket avses ”i lag angivna hänseenden uteslutande förfoga över de alster, som genom nämnda verksamhet frambragats”⁹⁴.

⁹¹ SOU 1956:25, s. 37.

⁹² SOU 1956:25, s. 38.

⁹³ Volgsten, Ulrik, *Musiken, medierna och lagarna*, s. 159.

⁹⁴ Kommittéförslag från 1914, s. 27.

I kommittéförslaget från 1914 angavs skyddstiden till 50 år efter upphovsmannens död, detta frångicks vid instiftandet av det nya regelverket och skyddstiden kom istället att sänkas till 30 år efter upphovsmannens död. Fotografier fick å andra sidan ett förlängt skydd, som ökade till 15 år från offentliggörandet.⁹⁵

Skyddet för musikaliska verk hade tidigare rättfärdigats utifrån synsättet att en komposition uttryckt i noter utgör en skrift, och kunde på den grunden erhålla ett upphovsrättsligt skydd. I det nya regelverket fick musikaliska verk istället en egen identitet och utgjorde med den grunden ett eget fristående skyddsobjekt. Det innebar att en komposition betecknades som ett upphovsrättsligt skyddat musikaliskt verk oberoende av i vilken form som den framträtt.⁹⁶ Men även om det skriftliga formkraven för musikaliska verk slopades, fanns det fortfarande inskränkningar i vilken ”typ” av musik som omfattades av upphovsrätten. Ett exempel som kan nämnas är att skyddet bland annat inte omfattade offentliga framföranden av ”musik till sällskapsdans”, som förblev oskyddat fram till 1927.⁹⁷

3.2 Upphovsrätten idag

Redan 1975 föreslogs det att skyddet för det andliga skapandet ska grundlagsskyddas, vilket senare ledde till 2 kap. 16 § regeringsformen (RF) inrättades. Grundlagsskyddet fastställer att det ska finnas en upphovsrättslagstiftning som erkänner och tillvaratar på musikers, författare och konstnärers rättigheter.⁹⁸ Dagens upphovsrättslagstiftning utgörs av lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) och tillkom efter ett långvarigt nordiskt samarbete. Det ursprungliga underlaget, till den sedermera svenska lagen, består av auktorsrättskommitténs

⁹⁵ SOU 1956:25, s. 37.

⁹⁶ SOU 1956:25, s. 42.

⁹⁷ Stannow, Henrik, s. 33.

⁹⁸ Olsson, Henry, s. 41.

betänkande SOU 1956:25 *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*.⁹⁹

Även om de centrala delarna av lagen är nästan 60 år gamla, så har det skett många ändringar sedan instiftandet. Reformarbetet motiveras utifrån ett ständigt anpassningsbehov inför teknikutvecklingen och de framväxande och harmoniserande EU-direktiven på området. Teknikutvecklingen har bl.a. bidragit till att helt nya typer av upphovsrätter uppstått, såsom upphovsrätt för dataprogram, databaser och multimedier, medan EU-direktiven har möjliggjort en enhetlig upphovsrätt på den inre marknaden.¹⁰⁰

Med URL samlades litterära, musikaliska och konstnärliga verk inom en och samma lagstiftning. Tidigare hade de olika skydden visserligen arbetats fram ihop och införts samtidigt, men under enskilda lagar. Det var alltså först med URL som en och samma lag reglerade upphovsrätten.

3.3 Ett harmoniserat regelverk

3.3.1 Inledning

Som ovan nämnt är den svenska upphovsrätten föremål för en starkt präglad europeisk harmonisering, men även andra internationella instrument utanför EU har varit med och präglat den svenska upphovsrätten. Startskottet för den internationella upphovsrättsregleringen var via Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, som tillkom redan 1886. En grundläggande princip som fastlades i konventionen var att signatärmakterna, dvs. staterna som signerade konventionen, förpliktade sig att ge samma upphovsrättsliga skydd åt sina egna medborgare, som för upphovsmän från de andra

⁹⁹ Levin, Marianne: Lärobok i immaterialrätt : upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckningsrätt – i Sverige, EU och internationellt, uppl. 10:1, Norstedts Juridik AB: Stockholm 2011, s. 68.

¹⁰⁰ Levin, Marianne, s. 69.

signatärmakterna.¹⁰¹ Tidigare hade det upphovsrättsliga skyddet varit nationellt betingat och ofta svårt att hävda utanför det egna landet.¹⁰²

3.3.2 Den internationella regleringen

Den ständigt pågående teknikutvecklingen har möjliggjort både en åtkomst och överföring av kultur och media inom och utanför landgränserna, som i sin tur har ökat behovet för ett internationellt samordnat regelverk. Sedan Bernkonvention har det uppkommit ett flertal internationella överenskommelser och konventioner och idag är de flesta stater i världen anslutna till åtminstone någon av dessa. Romkonventionen (*Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag*) från 1961, har varit en betydelsefull reglering för hanteringen och framställningen av ljudinspelningar.¹⁰³ Fonogramkonventionen (*Konventionen rörande skydd för framställande av fonogram mot olovlig kopiering av deras fonogram*) från 1971 tar även den sikte på regleringen och hantering av ljudinspelningar, men har till skillnad från Romkonventionen tillträtts av både USA och Kina och har därför också utgjort en betydelsefull reglering i den internationella samordningen.¹⁰⁴

TRIPS-avtalet tillkom 1994 och betraktas som det kanske mest betydelsefulla instrumentet på immaterialrättens område. Avtalet är bindande för alla stater som är medlemmar i världshandelsorganisationen World Trade Organization (WTO) och är internationellt vägledande för den allmänna synen på immateriella rättigheter.¹⁰⁵ Karaktäristiskt för TRIPS, liksom den tidigare nämnda Bernkonventionen, är principen om *nationell behandling* (TRIPS artikel 3), som innebär att nationella upphovsrättslagar ska tillämpas på personer som är medborgare i ett WTO-land eller vanligen har sin vistelseort där, och som

¹⁰¹ Strömholm, Stig: Den andra metoden. Några anteckningar till immaterialrättens särställning i den internationella privaträtten, SvJT 1993 [351-357], s. 352

¹⁰² SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk, s. 38.

¹⁰³ Olsson, Henry, s. 353.

¹⁰⁴ Levin, Marianne, s. 46.

¹⁰⁵ Levin, Marianne, s. 49.

gäller oavsett om de tillträtt Bernkonventionen eller inte.¹⁰⁶ Alla anslutna stater ska även tillämpa principen om *mest-gynnad-nations-behandling* i förhållande till andra WTO-länder (TRIPS artikel 4), vilket innebär att alla nationella förmåner eller regleringar som införs även ska tillämpas i kontakt med andra anslutna stater.¹⁰⁷

De internationella konventionerna och avtalen kan med ett samlat ord beskrivas som konfliktförebyggande. Innebärande att de har en proaktiv effekt genom att hindra potentiella konflikter från att uppstå, med hänvisning till annars skilda regleringar av upphovsrätten.

3.3.3 Den EU-rättsliga regleringen

EU-rätten tar till skillnad från de internationella konventionerna mer sikte på det materiella innehållet i lagstiftningen, utifrån perspektivet att uppfylla olika motiv och syften med lagstiftningen, samt att utifrån egna politiska motiv främja det europeiska samarbetet.

Sedan tidigt 1990-tal har ett tiotal EU-direktiv antagits på upphovsrättens område, till förmån för att främja den fria rörligheten av tjänster och varor. Dessa direktiv har till stor del präglat den materiella utformningen av upphovsrätten i Sverige. 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 informationsområdet*) från 2001 innebar omfattande harmoniseringsåtgärder för att anpassa upphovsrättslagstiftningen till den tekniska utvecklingen i framväxande IT-samhället.¹⁰⁸

Utan en enhetlig harmonisering befarades teknikens verkningar starkt kunna ändra förutsättningarna för den fria rörligheten och därigenom skapa en snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden.¹⁰⁹ I preambeln till

¹⁰⁶ Olsson, Henry, s. 380.

¹⁰⁷ Olsson, Henry, s. 378.

¹⁰⁸ Olsson, Henry, s. 368.

¹⁰⁹ Infosoc-direktivet, preambeln, p.1 och p.6.

Infosoc-direktivet klargörs även att harmoniseringen dels ska bidra till ökad tillväxt, dels ökad sysselsättning bland medlemsinvånarna.¹¹⁰ Det blir i fall som detta tydligt att de harmoniserande direktiven intar rollen av politiska verktyg för att nå ett visst resultat, som vid en första anblick kan kännas avlägset upphovsrätten ursprungliga funktion.

3.4 Ett formlöst skyddat verk

Att upphovsrätten uppstår formlöst innebär att det inte krävs några formaliteter för att själva skyddet ska bli giltigt.¹¹¹ Detta skiljer upphovsrätten från andra immateriella rättigheter, som varumärken och patent, vars rättsliga skydd både är beroende av ekonomiska och tidsmässiga investeringar för att registrera skyddet. Men även om själva skyddet uppstår formlöst är uppkomsten och varaktigheten avhängig ett skyddsobjekt, som i viss mån måste uppfylla vissa ”formkrav” (1 § URL).

Med ”skyddsobjektet” avses det som i lagen omnämns som ”litterärt eller konstnärligt verk”. I 1 § 1 st. URL återfinns en icke-uttömmande lista som mer illustrativt exemplifierar vad som kan utgöra ett litterärt eller konstnärligt verk. Den grundläggande utgångspunkten är att verket ska uppnå till ett originalitetskrav.¹¹² Kravet avser inte en viss estetisk kvalitet, eftersom rent beskrivande verk (ritningar, litteratur och kartor) kan utgöra verk i lagens mening.¹¹³ Det som originalitetskravet tar sikte på är verkets ursprunglighet och individualitet.¹¹⁴ Redan i lagmotiven från 1914 skriver man att verket ska *”hava höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet, den måste, åtminstone i någon mån, vara uttryck för auktors individualitet; en rent mekanisk produktion är icke tillfyllest”*¹¹⁵.

¹¹⁰ Infosoc-direktivet, preambeln, p.4.

¹¹¹ Levin, Marianne, s. 72.

¹¹² Levin, Marianne, s. 80.

¹¹³ Levin, Marianne, s. 74.

¹¹⁴ Levin, Marianne, s. 81.

¹¹⁵ Kommittéförslag från 1914, s. 57

Eftersom upphovsrätten inte ställer några estetiska kvalitetskrav går det inte i upphovsrättslig mening att skilja på ”dålig” och ”bra” konst.¹¹⁶ Upphovsrätten kan i detta avseende därför beskrivas som anspråkslös eller prestigelös.

3.5 Upphovsmän och rättsinnehavare

Den ursprungliga skaparen av ett verk betecknas som upphovsman. I relation till skyddsobjektet (verket) är det upphovsmannen som utgör *skyddsobjektet*, och vars rätt till verk ska tillvaratas och skyddas genom upphovsrätten. Av 1 § URL framgår det att upphovsmannen, utan undantag, är en bestämd fysisk person. Är det flera personer som tillsammans skapat verket blir de tillsammans upphovsmän för verket.¹¹⁷ Det finns dock inga vidare begränsningar eller tillägg som måste beaktas för att, i fullriktigt mening, betecknas som upphovsman. Både barn och sinnessvaga utgör på motsvarande sätt en potentiell upphovsman.¹¹⁸

Ägaren till ett upphovsrättsligt verk betecknas som rättsinnehavare och rätten till verket kommer till uttryck genom en ensamrätt, uppdelad i en ideell och en ekonomisk rätt (se nedan). Upphovsmannen och rättsinnehavaren behöver dock inte avse en och samma person, eftersom upphovsrätten, med undantag för den ideella rätten, är överlåtbar och möjlig att fritt reglera genom avtal. Upphovsrättens förfoganderättsliga karaktär kommer till uttryck i 27 § URL.¹¹⁹

3.6 Ensamrätten

Upphovsrätten är genom sin rättstekniska konstruktion en ensamrätt. Rättigheten är negativt utformad, vilket innebär att sikte på att ålägga skyldigheter och begränsningar, även om själva syftet handlar om exploatering

¹¹⁶ Levin, Marianne, s. 83.

¹¹⁷ Levin, Marianne, s. 117.

¹¹⁸ Levin, Marianne, s. 115.

¹¹⁹ Levin, Marianne, s. 119.

och tillgängliggörande.¹²⁰ Utgångspunkten är att ensamrätten tillfaller den som har skapat verket – upphovsmannen.¹²¹ I Sverige delas ensamrätten upp i en ekonomisk och ideell rätt. Att på detta sätt dela upp ensamrätten i två skilda rättighetstyper är inte internationellt enhetligt och skiljer mellan länder.¹²² EU-lagstiftningen har därför lämnat nationellt utrymme för medlemsstaterna att reglera om ideella rättigheter.¹²³ De två rättigheterna är i praktiken uttömmande för nyttjanderätten till verken.¹²⁴

Den upphovsrättsliga ensamrätten skiljer sig i detta avseende från varumärken, som upphör att bära en ensamrätt när märket längre inte används. I motsats till varumärken slutar inte en upphovsrätt att verka trots att den aktivt inte ”används”.

Den ekonomiska rätten, som återfinns i 2 § URL, består dels av rätten att framställa verket dels göra verket tillgängligt till allmänheten. Exemplarframställningen eller mångfaldiganderätten innebär enligt 2 § 2 st. att upphovsmannen ensamt har rätt att förfoga över verket genom att framställa nya permanenta eller tillfälliga exemplar.¹²⁵ När verket tillgängliggörs till allmänheten beskrivs närmare i 2 § 3 st. Tillgängliggörandet kommer enligt bestämmelsen till uttryck i fyra olika typscenarion: när verket överförs till allmänheten, när verket framförs offentligt, när exemplar av verket visas offentligt eller när exemplar av verket bjuds ut till försäljning.¹²⁶

Den ekonomiska rättens förfoganderättsliga karaktär gör att den är möjlig att överlåta, medan de ideella rättigheterna är knutna till upphovsmannen, den faktiska och ursprungliga skaparen.¹²⁷ Den ekonomiska rättens överlåtbarhet

¹²⁰ Eklöf, Dan, s. 80.

¹²¹ Levin, Marianne, s. 115.

¹²² Levin, Marianne, s. 160.

¹²³ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter, artikel 9.

¹²⁴ Levin, Marianne, s. 136.

¹²⁵ Olsson, Henry, s. 89.

¹²⁶ Olsson, Henry, s. 88.

¹²⁷ Söderberg, Johan, s. 23.

är en betydelsefull faktor för upphovsrättens karaktär som en multi-internationell handelsvara. Den bidrar till att aktörer, som fränkopplade från den kreativa skapandeprocessen, kan investera i upphovsrätt. Antingen köpa in sig som delägare, skaffa sig en tidsbegränsad nyttjanderätt eller köpa de fullständiga rättigheterna till verket.

Den ideella rätten kommer till uttryck i 3 § URL och består av två delar: dels en *namngivelsesrätt*, som innebär att upphovsmannen har en rätt att bli namngiven i anslutning till användning av verket, dels en *respekträtt*, som innebär att upphovsmannen har en rätt att motsätta sig kränkande ändringar av verket. Sammanfattningsvis kan den ideella rätten beskrivas som att den markerar det personliga förhållandet mellan konstnär och verk.¹²⁸

Att rätten betecknas som ideell innebär dock att den saknar ekonomisk betydelse. Namngivelsesrätten kan exempelvis ha betydelse för konstnärens renommé, vilket i sin tur kan vara viktigt för byggandet av upphovsmannens varumärke.¹²⁹

3.7 Intrång

Ett upphovsrättsligt intrång innebär att det har skett ett otillbörligt utnyttjande av en annan upphovsman eller rättsinnehavares ensamrätt. Detta kan även omskrivas till att upphovsrätten har kränkts. Intrång i upphovsrätten kan innebära både straffrättsliga (53 § URL) och skadeståndsrättsliga (54 § URL) sanktioner.¹³⁰

Ett otillbörligt utnyttjande kan antingen ta sig till uttryck genom ett olovligt användande, en olovlig exemplarframställning eller olovligt tillgängliggörande. Om ett upphovsrättsligt verk härmas och återfinns som en betydande del i ett nytt verk, men som genom härmandet innebär att det nya stycket inte intar en självständig identitet, beskrivs intrånget som otillåtet

¹²⁸ Levin, Marianne, s. 160.

¹²⁹ Levin, Marianne, s. 161.

¹³⁰ Levin, Marianne, s. 544-545.

efterliknande.¹³¹ Bevisningen avser att då påvisa en otvivelaktig koppling mellan det plagierade och härmande verket.¹³²

¹³¹ Edlund, Bengt, s. 15. Olsson, Henry, s. 55.

¹³² Edlund, Bengt, s. 15. Se NJA 2002 s. 178.

4 Skyddstiden

I Sverige varar den upphovsrättsliga skyddstiden under hela upphovsmannens liv och fram till utgången av det 70:e året efter dennes död (43 § URL). Det innebär att skyddstiden alltid löper fram till 31 december, oberoende av när under året upphovsmannen avled. När skyddstiden är över blir verket i allmänhetens egendom ("public domain") och avgifter och ersättning för användning av verket kan inte längre tas ut. Skyddstidens varaktighet och bestånd har dock varit långt från en konstant, utan har genom åren både varierat och pendlat i tid – från att var obefintlig, till knapp och oändlig. Det har egentligen varit en ständigt närvarande diskussion sedan upphovsrätten ordentligt började lagstadgas på 1700-talet.¹³³

En för kort skyddstid riskerar att leda till att upphovsmän inte hinner få en skälig ersättning för sitt arbete och därigenom undergräva incitamentet till att främja skapande.¹³⁴ En för lång skyddstid kan å andra sidan också utgöra ett hinder mot den fortsatta utvecklingen av kultur samt även hindra den allmänna tillgången av redan befintlig kultur. Generellt sett kan man säga att skyddstiden ska vara så pass lång att det politisk-ekonomiska syftet med upphovsrätten uppnås.¹³⁵ Det innebär att utformningen måste utgå från en intresseavvägning, för att finna en välavvägd balans i att tillgodose de olika motiven och syftena som avses i lagen.¹³⁶

I både EU och USA anser man att det politisk-ekonomiska syftet med upphovsrätten tillfredsställs när skyddstiden gäller under hela upphovsmannens liv och i två generationer framåt.¹³⁷ När förslaget att förlänga skyddstiden från 50 till 70 år inom EU presenterades i direktiv 93/98/EEG¹³⁸ 1993, angavs den ökade medellivslängden inom Europa som

¹³³ Patry, William, s. 192.

¹³⁴ Patry, William, s. 193.

¹³⁵ Olsson, Henry, s. 229.

¹³⁶ Se vidare under 5.4.

¹³⁷ Olsson, Henry, s. 229.

¹³⁸ RÅDETS DIREKTIV 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter.

skäl för förläningen, och att 70 år nu bättre motsvarade två generationer.¹³⁹ Lagstiftaren menade att stärkt skydd för upphovsmän ligger i hela samhällets intresse och att det ansågs ge bättre förutsättningar för konstnärligt skapande.¹⁴⁰ Ändringen genomfördes sedan i Sverige 1996 genom lag (SFS 1995:1273). Direktivet kom senare att ersättas med direktiv 2006/116/EG¹⁴¹.

I USA förlängdes skyddstiden till 70 år efter upphovsmannens död 1998 genom Copyright Term Extension Act (CTEA) eller Sonny Bono Act, som den också kallas. En anledning till ändringen av skyddstiden sägs vara en stark lobbyverksamhet från Disney Corporation, som vid tiden var på väg att förlora rättigheterna till Musse Pigg, med hänsyn till den annalkande skyddstidens utgång. Som internationell huvudregel gäller annars en skyddstid om 50 år efter upphovsmannens död, vilket framgår av både Bernkonventionen och TRIPS-avtalet.¹⁴²

I modern svensk rätt är dock den upphovsrättsliga skyddstiden förhållandevis okommenterad. I utredningen *En ny upphovsrättslag* från 2011 berörs inte frågan vidare, trots den relativt omfattande utredningen av upphovsrätten.¹⁴³ I en departementsserie (Ds) från 2012, avseende en förläning av skyddstiden för utövande konstnärer, klargörs dock att skyddstidens längd i stor utsträckning handlar om en avvägning mellan rättsinnehavarens intressen och samhälleliga intressen.¹⁴⁴

4.1 Skyddstidens innebörd

Skyddstiden avgör hur länge ensamrätten till ett verk ska tillfalla upphovsmannen och rättsinnehavaren. På så vis utgör skyddstiden en symbolisk måttstock för hur ”starkt” det upphovsrättsliga skyddet är. Det kan

¹³⁹ Olsson, Henry, s. 229.

¹⁴⁰ Prop. 1994/95:151: Droit de suite och längre upphovsrättsligt skydd, s. 23.

¹⁴¹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (kodifierad version).

¹⁴² Olsson, Henry, s. 229-230.

¹⁴³ SOU 2011:32, se exempelvis inledningen.

¹⁴⁴ Ds 2012:44, s. 16.

liknas med längden på fängelsestraff som är symboliska för hur ”hårda” straffen för brottsliga gärningar är.

Den nuvarande utformningen, som nämnt sträcker sig till 70 år efter upphovsmannens död, innebär att den faktiska skyddstiden, inte helt otänkbart, kan vara i ungefär 120 år. Om vi tänker oss att upphovsmannen föds 1990, skapar sitt första kommersiella verk 2020 och lever fram till 2070, upphör ensamrätten till verket först 2140. Verket har då varit skyddat i 50 år under upphovsmannens livstid och i 70 år efter dennes bortgång. Den faktiska skyddstiden uppgår alltså i detta typexempel till 120 år.

Den nuvarande utformningen får skyddstiden att inta rollen av ett symbolvärde under en majoritet av den faktiska tiden utifrån upphovsmannens perspektiv. Samtidigt som skyddstiden tar rollen av ett ekonomiskt instrument för andra aktörer. Utformningen kan därför i stort sägas återspegla den kommersiella politisk-ekonomiska rollen för upphovsrätten.

Vissa menar fortfarande att skyddstiden behöver göras längre, medan andra menar att den behöver kortas ner. Argumenten går att knyta an till den tidigare nämnda intresseavvägningen mellan rättighetsinnehavarnas intressen och samhällsliga intressen, utifrån att en länge respektive kortare skyddstid kan gynna olika intressegrupper. Väldigt förenklat kan den praktiska funktionen och innebörden av intresseavvägningen beskrivas som: intresset av att uppmuntra till investeringar kontra intresset av att främja nyskapande och den allmänna tillgången till kultur.

4.2 Intressegrupper

Utformningen av den upphovsrättsliga skyddstiden gynnar och påverkar kommersiella aktörer, upphovsmän och konsumenter olika. Den utgör ett verktyg i intresseavvägningen mot en ändamålsenlig tillämpning av rättsområdet. Detta betyder emellertid inte att alla kommersiella aktörer, upphovsmän och konsumenter, inom sina inbördes kategorier, nödvändigtvis

gynnas lika av en och samma utformning, utan de kan fortfarande gynnas och tillfredsställas olika. Intresset av en viss utformning kan även ha olika utfall för en och samma individ.

Nedan följer en översiktlig genomgång av den upphovsrättsliga skyddstidens funktion för olika intressegrupper som tillvaratas i lagen.

4.2.1 Rättsinnehavarna

Vid något tillfälle är det troligt att rättsinnehavaren utgörs av den ursprungliga upphovsmannen, som förvaltare och omvårdare av rättigheterna till sin egen andliga skapelse. Inte helt ovanligt, avseende musikaliska verk, är dock att rättigheterna någon gång överlåts till kommersiella aktörer för omvårdnad, antingen delvis eller fullständigt.¹⁴⁵ Rättsinnehavaren kan även utgöras av en efterlevande eller anhörig som kommit att ärva rättigheterna efter upphovsmannens bortgång.

Det troligaste intresset för den enskilda rättsinnehavaren, i egenskap av ägare, är att en extensiv skyddstid är lönsam, eftersom det innebär en verket i längre utsträckning bär en ekonomisk fruktbarhet.¹⁴⁶ Om rättsinnehavaren också är en kreatör som är beroende av tillgång till befintlig kultur – antingen som enskild upphovsmannen eller ett produktionsbolag, kan intresset däremot skifta avseende längden på skyddstiden.

4.2.1.1 Upphovsmän

Att upphovsrätten sträcker sig till 70 år efter upphovsmannens död innebär implicit att upphovsmannen aldrig fullt ut kommer att kunna nyttja den ensamrätt som erkänns genom lag. Lagen är med andra ord utformad för att han inte ska kunna nyttja den fullt ut. Att skyddstiden sträcker över flera generationer efter upphovsmannens död skulle emellertid kunna ses som att värdet av de ekonomiska rättigheterna till verket ökar, eftersom ensamrätten lever kvar trots upphovsmannens bortgång. Den enda möjligheten för

¹⁴⁵ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 345.

¹⁴⁶ Levin, Marianne, s. 219.

upphovsmannen att utnyttja det fulla värdet av sin upphovsrätt är därför att överlåta rätten.¹⁴⁷ Detta väcker frågan om upphovsrätten är konstruerad till att överlåtas? Det frekventa återkommande motivet av att främja investeringar kan nästan ge sken av en sådan konstruktion, inte minst i kombination med den långtgående skyddstiden. Detta innebär dock i sin tur inte att en skyddstid som upphör vid upphovsmannens död är gynnsam utifrån upphovsmannens perspektiv.

Om det upphovsrättsliga skyddet endast gäller under upphovsmannens livstid och därefter upphör i samband med dennes död, riskerar skyddstiden att göra upphovsmannens ålder till en betydelsefull faktor för den potentiella avkastningen. En skyddstid som upphör vid upphovsmannens död riskerar att göra verk, som skapas av gamla och sjuka människor, ointressanta, utifrån att skyddstiden, och på så vis även den ekonomiska ensamrätten, är kortare. Därigenom riskerar dessa verk att få ett lägre ekonomiskt värde för den potentiella investeraren, jämfört med verk som skapas av unga och friska människor som mer troligen kan erbjuda en långvarig ensamrätt.

Att sjuka och gamla upphovsmän potentiellt kan diskrimineras utifrån ett hälsotillstånd kan inte anses förenligt med upphovsrätten. Det får även följden av en ideologisk värdering utifrån att ”den mänskliga åldern” egenhändigt bär med sig ett reglerbar ekonomiskt värde för egendom som den befattas med, vilket kan uppfattas som moraliskt tvivelaktigt.

Utifrån upphovsmannens perspektiv har skyddstiden den värdefulla funktionen av att kunna utgöra ett incitament till nyskapande – genom att säkerställa ekonomisk ersättning för arbetet.¹⁴⁸ En skyddstid som gynnar och lockar investerare är därför gynnsamma för upphovsmannen i rollen som rättsinnehavare.

Utformningen av den upphovsrättsliga skyddstiden utifrån vad som är gynnsamt för upphovsmannen, är beroende av när i den konstnärliga

¹⁴⁷ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 345

¹⁴⁸ Infosoc-direktivet, preambeln, p. 4, 9, 10 och 11.

processen upphovsmannen befinner sig – *ex ante* eller *ex post*. På ett förstadium, *ex ante*, när upphovsmannen ännu inte slutfört den konstnärliga processen, är en kort skyddstid mer gynnsamt. En kort skyddstid innebär att konstnärliga kreatörer eller blivande upphovsmän i större utsträckning kan ”låna” från tidigare skapade verk – tillgången till den ägarfria kulturen är större, och på så sätt kan de utnyttja det gemensamma och tillgängliga kulturarvet för att skapa sina egna alster. Potentiella kostnader för att skapa upphovsrättsliga verk kan på så sätt reduceras. Utifrån när verket är färdigställt är det å andra sidan ekonomiskt gynnsamt för upphovsmannen med ett långtgående och omfattande skydd för att fullt ut ta del av ersättningen från konsumenter och kommersiella aktörer såväl som presumtiva och tänkbara upphovsmän, som kan önska utnyttja befintliga verk i sitt eget skapande.¹⁴⁹ Detta innebär att utifrån var det upphovsmannamässiga perspektivet befinner sig tillvaratas och gynnas intressegruppen potentiellt olika.

4.2.1.2 Efterlevande och anhöriga

Till skillnad från andra potentiella rättsinnehavare kan den upphovsrättsliga ensamrätten laddas med ett intimt arv för efterlevande till upphovsmannen. Kan ett verk som en utövande konstnär lämnar efter sig liknas med den döda kroppen? Brott mot griftefriden motiveras utifrån moraliska och samhällsnyttiga värderingar – en skyldighet gentemot anhöriga och en moralisk uppfattning av samhället.¹⁵⁰ Att på motsvarande sätt ge anhöriga ett moraliskt motiverat skydd mot upphovsrättsliga kränkningar liknar funktionen av en ideell syn på upphovsrätten. Upphovsrättens nuvarande funktion av att skapa en samhällsnytta som främjar konkurrens bidrar till ekonomisk effektivitet gör dock att analogin känns mindre trolig än vad den kanske gjort under 1700-talet.¹⁵¹

När skyddstiden började sträcka sig efter upphovsmannens död motiverades regleringen utifrån att den skulle utgöra en social säkerhet för efterlevande make och barn. Ett generationsskifte, där var och en nu förväntas bli

¹⁴⁹ Landes, M. William & Posner, A. Richard, s. 209-210.

¹⁵⁰ SOU 1992:16: *Kroppen efter döden*, s. 60-61.

¹⁵¹ Eklöf, Dan, s. 22-23.

förvärvsinkomsttagare, har gjort att synsättet inte präglar skyddstidens utformning i nämnbart samma utsträckning. Även om rättsordningen idag, i vissa avseenden, fortfarande erkänner ett värde i arvsrätten, har dagens extensiva skyddstid större betydelse för kommersiella aktörer, än de ursprungligen avsedda efterlevande.¹⁵² Det är därför aningen märkligt att direktiv 2006/116/EG motiverar skyddstiden utifrån att den ska gälla för de två första efterlevande generationerna.¹⁵³

4.2.1.3 Kulturindustrin

Kulturindustrin används här för att beskriva de aktörer som verkar på den kommersiella upphovsrättsmarknaden. För att nämna några exempel kan skivbolag, bokförläggare, produktionsbolag, och stora företagskoncerner med rättighetsportföljer utgöra en del av kulturindustrin.

Fysiska personer är bundna till att dö vid något tillfälle och kan vid denna tidpunkt inte själva längre nyttja förmånen av en ekonomisk ensamrätt. Juridiska personer kan däremot potentiellt leva för evigt. Juridiska personer är likt fysiska personer fortfarande villkorade och beroende av det fysiska livet, men till skillnad från den levande individen kan det fysiska livet för juridiska personer hela tiden bytas ut mot nya fysiska liv, för att fortsätta existera. Utifrån den juridiska personens potentiella livslängd över generationsgränser, får den sägas ha ett starkare intresse utav en längre skyddstid, eftersom den faktiskt kan komma att utnyttja den fullt ut, till skillnad från uphovsmännen.¹⁵⁴

4.2.2 Samhälleliga intressen

Samhälleliga intressen kan avgränsas till de geografiska och sociala områden som lagstifta har möjlighet att råda över. Detta innebär att de samhälleliga intressena kan beröra samma aktörer som inbegrips i rättsinnehavarnas intressen, men utifrån skillnaden att resultatet kan sägas ha ett större perspektiv på att gynna fler aktörer i samhället. Samhällsintresset kan även översättas till att stå för utveckling – social sysselsättning, tillväxt och

¹⁵² Levin, Marianne, s. 219.

¹⁵³ Direktiv 2006/116/EG, preambeln (6).

¹⁵⁴ Eklöf, Dan, s. 23.

konkurrens.¹⁵⁵ Inom ramen för dessa ”grupper” ingår konsumenter, arbetstagare, kommersiella aktörer, upphovsmän och konstnärliga utövare.

Det faktum att samhällliga intressen avser flera olika intressen gör att de står inför en intern intressekompromiss – där en balans mellan de olika grupperna som ingår i samhället som samtidigt som det bidrar till tillväxt, konkurrens och social sysselsättning.¹⁵⁶ En skyddstid som har ett negativt resultat på samtliga intressena, eller som bidrar till en ojämn fördelning mellan dem kan därför sägas var felaktigt eller oförenligt konstruerad.

Lagstiftaren har uttryckt att det finns ett stort egenvärde, som kan anses falla under samhällliga intressen, i att tillgängliggöra kultur som är särskilt uppskattad i samhället. Intresset utgör en av anledningarna till att skyddstiden i sig är tidsbegränsad.¹⁵⁷ När skyddstiden förlängdes från 50 till 70 år, angav man i motiven att det skulle ge bättre förutsättningar för konstnärligt skapande, samt att resultatet av ett stärkt skydd för upphovsmän ligger i hela samhällets intresse.¹⁵⁸ Utifrån dessa lagmotiv verkar tillvaratagandet av rättsinnehavarnas intressen i stor utsträckning vara förenliga med de samhällliga intressena. Lagstiftaren har samtidigt uttryckt att det finns ett stort egenvärde i att tillgängliggöra kultur som är särskilt uppskattad i samhället, samt att intresset för en tillgänglig kultur utgör själva grunden för den upphovsrättsliga skyddstidens begränsning.¹⁵⁹ Om detta tyder på en attitydförändring avseende vilka samhällliga intressen som är mer eller mindre skyddsvärda eller intressanta enligt lagstiftaren är svårt att dra några entydiga slutsatser av, men är likväl en argumentation som bör noteras.

¹⁵⁵ Eklöf, Dan, s. 19.

¹⁵⁶ Olsson, Henry, s. 27.

¹⁵⁷ Ds 2012:44, s. 16.

¹⁵⁸ Prop. 1994/95:151, s. 23.

¹⁵⁹ Ds 2012:44, s. 16.

4.3 Verkningar av en knapp skyddstid

Det hägrande motivet av att generera samhällsnytta präglar som nämnt upphovsrätten. En kort skyddstid innebär, som ovan nämnt, en kortsiktig investering för kommersiella aktörer, vilket tänkbart minskar incitamentet för att investera i upphovsrätten. Om upphovsrätten inte lockar investeringar riskerar den att undergräva det ekonomiska och personliga incitamentet för upphovsmän i skapandet av konstnärliga alster. Vilket i sin tur skulle hämma den produktutveckling och samhällsutveckling som lagstiftningen ämnar att tillvarata och tillfredsställa.¹⁶⁰

Utifrån ett ekonomiskt perspektiv diskuteras främst två gynnsamma effekter av en reducerad skyddstid, dels för att minska de ekonomiska intäkterna av ett upphovsrättsmonopol, dels för att minska kostnaderna för att undersöka och spåra rättsinnehavarna.¹⁶¹

4.4 Verkningar av en extensiv skyddstid

I Infosoc-direktivet beskrivs en ”hög skyddsnivå” som en viktig aspekt för att säkerställa de åsyftade motiven med upphovsrätten.¹⁶² En lång skyddstid utgör enligt Infosoc-direktivets mening en aspekt som höjer och stärker skyddsnivån. Utifrån Infosoc-direktivet kan alltså en långtgående upphovsrätt utgöra en viktig del i att uppmuntra till investeringar i kreativ och innovativ verksamhet, som därigenom ska leda till ökad tillväxt och konkurrens.¹⁶³

Samtidigt menar den svenska lagstiftaren att det finns ett stort egenvärde i att tillgängliggöra kultur som är särskilt uppskattad i samhället, vilket utgör en av anledningarna till skyddstidens begränsad i tid.¹⁶⁴ Nedan följer en presentation över några följder av en upphovsrättsreglering som bygger på en extensiv skyddstid.

¹⁶⁰ Eklöf, Dan, s. 22-23.

¹⁶¹ Landes, M. William & Posner, A. Richard, s. 215.

¹⁶² Infosoc-direktivet, preambeln, p. 4.

¹⁶³ Infosoc-direktivet, preambeln, p. 4, 9, 10 och 11.

¹⁶⁴ Ds 2012:44: Förlängd skyddstid för musik, s. 16.

4.4.1 Herrelösa verk

Ett svårhanterligt problem som verkar uppstå med den extensiva skyddstidens varaktighet, är att många upphovsrättsliga verk står utan känd rättsinnehavare.¹⁶⁵ Problemet blir i parallellitet till syftet med upphovsrättslagstiftningen kontraproduktivt inför det angivna samhällsintresset att ”främja nyskapande och uppmuntra investeringar”, som bygger på premissen att kultur ska vara tillgängligt.¹⁶⁶ Att hålla kultur otillgängligt hindrar dels konsumenter från att ta del av den dels ekonomiska intresser från att investera i den. Det motverkar även nya verk från att skapas utifrån redan befintliga verk, vilket även blir hämmande utifrån samhällsperspektiv såväl som ett presumtivt upphovsmanna-perspektiv.¹⁶⁷

Anledningen till att den upphovsrättsliga skyddstiden utgör en del av problemet är att skyddstidens varaktighet och längd gör det svårare och därigenom dyrare att leta reda på vem som äger rättigheterna, vilket innebär risken för att ett herrelöst verk uppstår blir större med en lång skyddstid.¹⁶⁸ William Patry menar att den extensiva skyddstiden på detta sätt är skadlig för kulturen och motiven bakom upphovsrätten.¹⁶⁹

Under 2011 hade BBC¹⁷⁰ över 1 miljon timmar med inspelat material, som var oanvändbart på grund av att rättighetsinnehavarna till materialet är okända. Den uppskattade kostnaden, som endast avsåg personal, för att fastställa upphovsmännen uppskattades till 72 miljoner pund.¹⁷¹ Exemplet illustrerar hur okända upphovsmän och rättsinnehavare kan hindra investeringar i praktiken.

¹⁶⁵ Patry, William, s. 189.

¹⁶⁶ Patry, William, s. 190.

¹⁶⁷ Patry, William, s. 190.

¹⁶⁸ Landes, M. William & Posner, A. Richard, s. 215.

¹⁶⁹ Patry, William, s. 190.

¹⁷⁰ Ett produktionsbolag i Storbritannien.

¹⁷¹ Patry, William, s. 190.

I svensk rätt används termen ”herrelösa verk” för att beskriva avsaknaden av en känd upphovsman eller rättsinnehavare och regleras i 16 a – 17 §§ URL. Regleringen kommer från ett EU-direktiv¹⁷² och tillåter kulturarvsinstitutioner (arkiv, bibliotek och museer) att digitalisera och tillgängliggöra exemplar av herrelösa verk för privatpersoner. PRV¹⁷³ fungerar även som en internationell samordnare för att registrera herrelösa verk. Upphovsrättens formlöshet skapar dock svårigheter med att registrera verk som skapas, eftersom det inte sker någon central notifikation när ett nytt upphovsrättsligt verk skapas.

Även om åtgärderna gör skillnad kvarstår faktumet att mängder av material fortfarande inte finns tillgängligt, och skyddstiden utgör en bidragande faktor till att verk i större utsträckning blir och förblir herrelösa och otillgängliga. Kostnaderna för att undersöka vem som är rättsinnehavare är ofta höga. I Nederländerna genomfördes ett större digitaliseringsprojekt där rättigheterna till 500 000 bilder och 5 000 filmer skulle följas upp. Projektet uppskattades kosta 625 000 EUR och skulle sträcka sig över ett tidsspänn på fyra år och avsåg uteslutande uppföljningen av rättigheterna, eventuella licensavgifter låg inte inom ramen för budgeten.¹⁷⁴ Ett liknande exempel från Storbritannien illustrerar de potentiella svårigheterna med att hitta rättsinnehavarna. Projektet omfattade en digitalisering av 2900 affischer, men i slutet av projektet hade endast rättigheterna till 270 affischer funnits. Kostnaden för att genomföra 9 % av vad som avsågs uppgick till 70 000 EUR.¹⁷⁵

I detta avseende verkar alltså den upphovsrättsliga intresseavvägningen premiera värdet av befintliga upphovsmäns och investerares intressen framför presumtiva upphovsmän och investerande. Att skyddstiden i praktiken

¹⁷² EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2012/28/EU av den 25 oktober 2012.

¹⁷³ Patent- och registreringsverket.

¹⁷⁴ Patry, William, s. 194.

¹⁷⁵ Patry, William, s. 195.

undergräver samma intressen som den avser att uppfylla, kan därför i ett visst avseende ses som ett misslyckande.

4.4.2 En kulturell tillgänglighet

I en rapport från 2002 visar Jason Schultz att den kulturella tillgängligheten är stark beroende av ett visat intresse från investerare. Schultz undersökte hur många av de böcker som publicerades under åren 1927–1946 som fortfarande fanns tillgängliga i tryck 2002. Undersökningen visade att det totala antalet böcker som publicerades under den nämnda tidsperioden uppgick till 187 280. Det visade sig emellertid att endast 4267 av dessa fanns i tryck 2002. Därmed var endast 2,3 % av böckerna som hade publicerats under tidsperioden tillgängliga, samtidigt som 97,7 % av dem fortfarande var upphovsrättsligt skyddade och på så sätt hindrades från att tillgängliggöras av andra personer än rättsinnehavarna.¹⁷⁶

Exemplet illustrerar hur investeringar utgör en betydelsefull aspekt för den kulturella tillgängligheten för skyddade verk. Det kommersiella intresset reglerar på så vis i viss utsträckning det kulturella utbudet. En upphovsrättslagstiftning som uppmuntrar och främjar till investeringar kan därför, utifrån det ovan nämnda exemplet, sägas verka för en kulturell tillgänglighet.

4.5 Sammanfattande analys

Att upphovsrätten gör anspråk på att ta tillvara på samhällliga intressen som främjar kreativitet, ekonomisk tillväxt, konkurrens, social sysselsättning och nyskapande får upphovsrätten att likna ett politiskt parti. Upphovsrätten vill bidra till en storslagen och bättre värld, med skyddstiden som ett medel för att reglera utfallet. Vidden av de samhällliga intressena gör att det idag, i stort sett, går att rättfärdiga vilka förändringar som helst, utifrån att någon aktör i samhället gynnas av förändringen. Även om det finns en flexibilitet i

¹⁷⁶ Schultz, Jason: The Myth of the 1976 Copyright 'Chaos Theory' (2002) <https://slidedocument.com/eff-jasonfinal> (hämtad: 2018-01-15).

att de samhälleliga intressena som kan ta olika former och anpassa sig till samtiden, skapar vagheten en oförutsägbarhet som känns väl enkel att tillrättalägga. Oförutsägbarheten och det mångtydiga i ”samhälleliga intressen” gör att det blir oerhört svårt att utvärdera om skyddstiden är tillfredsställande inför det i lagen angivna syftet.

Den upphovsrättsliga skyddstiden ska dock bestå av en intresseavvägning mellan å ena sidan rättsinnehavarens intressen och å andra sidan samhälleliga intressen. Men att det ska bestå av en intresseavvägning, som kan uppfylla ett politisk-ekonomiska intresse, ger inte en tydligare bild av hur utformningen bör se ut. På samma sätt som musik kan få olika betydelser och olika mening avseende hur vi tolkar den, kan upphovsrätten fylla olika syften utifrån vem som granska funktionen och meningen med regelverket. Att använda sig av ekonomiska mätinstrument för att göra intresseavvägningar måste enligt lagstiftarens utgångspunkt vara ett lättare verktyg för att göra de nödvändiga intresseavvägningarna. Att värdet, betydelsen och omfånget av vad som berörs av lagstiftningen ökar, ökar samtidigt incitamentet för att kontrollera det. Om det är så att en ekonomisk prägel av regelverket gör det enklare att förstå och reglera förhållandena, kan det vara den tydligaste lösningen för att säkerställa att en inbördes värdering och prioritering mellan intressegruppernas inte förändras i relation till varandra.

Förlängningen av den upphovsrättsliga skyddstiden, från 50 år till 70 år efter upphovsmannens död, motiverades dels utifrån att den stigande livslängden nu resulterat i att två generationer efter upphovsmannens liv mer sanningsenligt representerades av det nya förlaget på 70 år. Två generationer ansågs även utgöra en välavvägd kompromiss för att tillfredsställa de politisk-ekonomiska intresset. Lagstiftaren menade även att ett stärkt skydd för upphovsmän ligger i hela samhällets intresse samt att förutsättningarna för konstnärligt skapande skulle förbättras, samtidigt som lagstiftaren uttrycket en vilja för att tillgängliggöra kultur som är av särskild betydelse för samhället.

Om skyddstiden behöver sträcka sig till 70 år efter upphovsmannens död för att säkerställa valutan för en väl värd investering och på så sätt inte riskera att diskriminera gamla och sjuka är förmodligen inte troligt. De 70 åren ansågs på 1990-talet motsvara tiden för två generationer. Att en kommersiell aktör är tvungen att kunna förlita sig på en ständig avkastning i åtminstone två generationer, efter upphovsmannens död, för att kunna investera i upphovsrättsliga verk känns utifrån ett långsiktigt perspektiv svårt att argumentera för, när flera generationer av fysiska personer hinner bytas ut på den juridiska personen. Men att minska skyddstiden och på så sätt dra in rättigheterna för många aktörer riskerar att få dramatiska konsekvenser för enskilda rättsinnehavare som dyrt har investerat i rättigheterna, vilket gör att konsekvenserna av att minska skyddstiden inte heller nödvändigtvis är en förenlig lösning eftersom tillgängligheten verkar vara reglerad av ett ekonomiskt incitament för investerare.

De vaga och kompromissinriktade motiven har gjort den upphovsrättsliga skyddstiden till instrument som behagar ett kortsiktigt behov, utan att tillmäta den långtgående innebörden samma värde och som gör att skyddstiden är svårt att ändra i motsvarande riktning eftersom den på motsvarande sätt får omedelbara effekter. Om detta beror på den tekniska utvecklingen, en högljudd marknad eller ett upphovsrättens ekonomiska karaktär är svårt att säga.

5 Ett regelverk i rörelse

Upphovsrätten, och immateriella rättigheter över lag, vilar på filosofiska och moraliska traditioner. Idag präglas upphovsrätten av politiska, ekonomiska, teknologiska och kulturella och historiska perspektiv. John Locke menade under slutet av 1600-talet att produkterna av människans intellektuella arbete bör likställas med produkterna av det fysiska arbetet och att äganderätten till båda bör existera på lika villkor. Flera menar att detta synsätt har kommit att prägla synen på immaterialrätt och upphovsrätten idag – som produkter av intellektuellt arbete inom ramen den mänskliga äganderätten.¹⁷⁷

Följande kapitel visar hur upphovsrätten är ett regelverk som ständigt förändras. Kapitlet illustrerar både utmatningar och tillgångar för dagens upphovsrätt samt utvecklar rollen och betydelsen av dagens teknikutveckling för den fortsatta utvecklingen av rättsområdet.

5.1 En abstrakt äganderätt

Innebörden eller betydelsen av begreppet ”att äga” förutsätter dels varaktigheten av ett objekt dels ett rättsligt anspråk på objektet. Det rättsliga anspråket ”att äga” utgör därmed ett transitivt verb – en handling som styr eller påverkar ett eller flera objekt. Det är förhållandet mellan *objektet* eller *föremålet*¹⁷⁸ och det *rättsliga anspråket* som beskriver det som vi vanligtvis kallar egendom (”property”¹⁷⁹).¹⁸⁰ Egendom blir därigenom beskrivande för vad som uppstår genom ägandet.

¹⁷⁷ Hansson, Sven Ove: Introduktion till Gerald Cohen [s. 101-129], *Idéer om ägande: [varför är reglerna utformade som de är? : hur kommer det sig att man inte bara kan äga materiella föremål utan också t ex patent och upphovsrätter?]* Tiden, Stockholm, 1994, s. 102.

¹⁷⁸ Med ”föremål” avses här alltifrån materiella till immateriella ting.

¹⁷⁹ I Lockes äganderättsteori används ordet ”property” för att beskriva produkten av rättsliga anspråket mellan objekt och föremål [Simmons, A. John: *The Lockean theory of rights*, Princeton Univ. Press, Princeton, N.J., 1992, s. 222]. Se även Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, s. 34.

¹⁸⁰ Honoré, Tony: *Ägande* [s. 63-97], *Idéer om ägande: [varför är reglerna utformade som de är? : hur kommer det sig att man inte bara kan äga materiella föremål utan också t ex patent och upphovsrätter?]* Tiden, Stockholm, 1994, s. 81.

För materiella föremål är det naturligt att tala i termer av ”att äga” – en fysisk eller juridisk person kan äga en fastighet, en bil eller en båt. Men terminologin kan i vissa fall även användas för att beskriva förhållandet till immateriella föremål. En person kan äga en copyright, en patenträtt eller ett varumärke. I dessa fall kan analogin till ägandet av materiella föremål användas. I andra fall, avseende immateriella ”föremål”, talar man snarare om att en rättsinnehavare kan ”ha en rätt” för att beskriva förhållandet, snarare än ”att äga”. För denna beskrivning, som mer liknar ett servitut eller ett immaterialrättsligt rättsobjekt, ligger analogin till ägande av ett materiellt föremål inte lika nära till hands.¹⁸¹ Rättsvetaren Tony Honoré beskriver upphovsrätten i termerna av ett slags *rättsanspråk*. En möjlighet att hindra andra från att publicera eller mångfaldiga ett verk, som man själv skrivit.¹⁸² Vilket skulle kunna beskrivas som rätt att hindra ett ianspråktagande av presumtiv äganderätt.

Begreppet ”äganderätt” bygger i sin tur på grunden av att det finns ett rättssystem som genom regler klagör hur ägande kan erhållas och förloras samt hur olika anspråk på föremål förhåller sig sinsemellan.¹⁸³ En individ som starkt influerat synen på äganderätt är filosofen och libertarianen John Locke, som med sin äganderättsteori från slutet av 1600-talet lade en grund som än idag präglar den västerländska rättighetsuppfattningen. Locke menade att det är den mänskliga arbetsprestationen som rättfärdigar och skapar en äganderätt, inte en politisk makt, som vid tiden var överordnad.¹⁸⁴

Eftersom utformningen av äganderätten är beroende av vilka regler som tillämpas, kommer den till uttryck på olika sätt i olika rättsliga kulturer, vilket gör att det är svårt att finna en enhetlig definition. Det är däremot allmänt erkänt att äganderätten idag består av flera separata rättigheter.¹⁸⁵

¹⁸¹ Honoré, Tony, s. 81.

¹⁸² Honoré, Tony, s. 83.

¹⁸³ Honoré, Tony, s. 86.

¹⁸⁴ Hansson, Sven Ove, s. 102.

¹⁸⁵ Goodin, Rober: Äganderätten och plikten att bevara [132-161], *Idéer om ägande: [varför är reglerna utformade som de är? : hur kommer det sig att man inte bara kan äga materiella föremål utan också t ex patent och upphovsrätter?]* Tiden, Stockholm, 1994, s. 135.

Enligt Rober Goodin har det gjorts många misslyckade försök i att ta fram en allmängiltig begreppsdefinition för ”äganderätt”. Han menar att det prydligaste försöket är uppdelat efter tre huvudkomponenter: (1) *rätten att använda ett föremål*, (2) *rätten till exklusiv användning av det* och (3) *rätten att överlåta det*.¹⁸⁶ Goodin tillägger även att äganderätten inte får vara beroende eller villkorad av tid, för att kunna vara fullständig.¹⁸⁷

Enligt Goodins synsätt står en ”ofullständig” äganderätt för vad vi annars betecknar som nyttjanderätt, servitut och dispositionsrätt. Ett förhållande där det finns rättsliga relationer mellan ägaren och en annan intressent som villkorar förfoganderätten över föremålet. Avseende upphovsrätt skulle intressenten kunna säga utgöras av lagstiftaren, som är den som bestämt äganderätten till att fungera på ett visst sätt.

I propositionen till 1877 års lag diskuterar man om skillnaden mellan materiella äganderätten och det i upphovsrätten framträdande immateriella äganderätten.¹⁸⁸ Det är främst tre skillnader eller avvikelser i den immateriella rätten som omnämns: (1) För den immateriella äganderätten existerar ingen besittningsrätt och så inte heller någon vindikationsrätt, dvs. att återfå det ideella objektet vid en eventuell stöld. (2) Det går inte heller att utmäta ett ideellt objekt vid en konkurs, som annars är möjligt för materiella ting. (3) Slutligen finns det inte en enskild nyttjanderätt för det ideella objektet. Nyttjanderätten kan istället sägas ta formen av en reproduktionsrätt, som därigenom kommer till uttryck i ensamrätten.¹⁸⁹

I kommittéförslaget från 1914, till 1919 års upphovsrättslagar, gör lagstiftaren också anspråk på att försöka klargöra skillnaden mellan den materiella och den immateriella äganderätten. Skillnaden på upphovsrätt och den materiella äganderätten beskrivs på följande vis:

¹⁸⁶ Goodin, Rober, s. 135.

¹⁸⁷ Goodin, Rober, s. 135.

¹⁸⁸ Prop. 1877:17, Förslag till lag angående äganderätt till skrift och förordning rörande utsträckt tillämpning af lagen angående efterbildning af konstverk den 3 Maj 1867.

¹⁸⁹ Volgsten, Ulrik, Musiken, medierna och lagarna, s. 151.

”Sålunda äro äganderättens föremål är materiella ting, under det auktorsrätten avser de immateriella alstern av en andlig verksamhet...”¹⁹⁰

Med detta menas att vid sidan av upphovsrätten föreligger i regel en äganderätt som är kopplat till ett materiellt föremål, som det upphovsrättsliga alstret förkroppsligat – ”*vari den andliga verksamhetens produkt tagit kroppslig gestalt*”¹⁹¹.

Otto von Gierke var en tysk professor och jurist verksam vid universitet i Berlin under senare hälften av 1800-talet som också gjorde en tydlig skillnad på den materiella äganderätten och den immateriella äganderätten. Gierke såg upphovsrätten som en personrätt, vars huvudsakliga syfte var att skydda upphovsmannen från kränkningar mot dennes person. Han menade att ett otillåtet offentliggörande av något som upphovsmannen önskat hemlighålla, eller en oönskad exemplarframställning av olika format, utgjorde en sådan kränkning av personen.¹⁹² I jämförelse med en personrätt är dagens upphovsrätt, eller rättare sagt ekonomiska aspekt av upphovsrätten, möjliga att sälja och överlåta till andra aktörer och blivande rättsinnehavare. Detta gör att det idag blir svårt att se en personrätt i något annat än den ideella rättighetsaspekten av upphovsrätten.

För att se till dagens syn på äganderätt och upphovsrätt bör ljus skänkas mot TRIPS-avtalet, som är internationellt vägledande för synen på immateriella rättigheter. I TRIPS har man skrivit att immateriella rättigheter ska erkännas som en del av ”private rights” av alla anslutna stater.¹⁹³ Den harmoniserande synen på immateriella rättigheter, som en nödvändigt erkänd del av ”private rights”, har sedan dess ansetts stärka det immateriella karaktärsdraget, avseende att utgöra en del av den privata äganderätten.¹⁹⁴ Även om de ovan presenterade skillnaderna, avseende materiellt och immateriellt ägande, i

¹⁹⁰ Kommittéförslag från 1914, s. 51.

¹⁹¹ Kommittéförslag från 1914, s. 51.

¹⁹² Kommittéförslag från 1914, s. 27.

¹⁹³ TRIPS-avtalet, Annex 1C, preamble (e).

¹⁹⁴ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 347.

princip är oförändrade, verkar dagens kommersiella prägel av rättsområdet åtminstone inte tyda på att dessa skillnader kommer att öka.

5.2 Immitation och tillåten användning – it's fair use, eh?

5.2.1 Inledning

För att hindra en stelbent tillämpning av upphovsrätten tilltas alternativa lösningsmodeller – modeller med olika styrkor och svagheter. Nedan presenteras några alternativa lösningar – från olika rättskulturer och historiska kontexter – till att få formella regelverk till att agera förenligt.

5.2.2 "Fair use"

Likt alla regler och lagar aspirerar upphovslagstiftningen på att vara ändamålsenlig i sin tillämpning. För att tillgodose en sådan praktik har man i amerikansk upphovsrätt infört en bestämmelse som kallas "fair use", som tydligast kommer till uttryck i 107 § i U.S. Copyright Act, vars ordalydelse kan översättas till "skälig användning". Fair use möjliggör en begränsad användning av upphovsrättsligt skyddat material, utan att användandet uttryckligen behöver godkännas av rättsinnehavaren.¹⁹⁵ Bestämmelsen skulle kunna liknas med funktionen av en generalklausul och aktualiseras när en stel eller mekanisk tillämpning av upphovsrättslagstiftningen motverkar de ändamål som lagstiftningen åsyftar att tillvarata och uppfylla.¹⁹⁶ "Fair use" kommer därför inte till uttryck genom tydligt formulerade regler, utan genom rättsliga principer, som till sitt syfte ämnar främja kreativitet, framför tillvaratagandet av exklusiva ensamrätter. I praktiken utgår därför fair use från en diskretionär tillämpad doktrin, innebärande att rättstillämparen i varje enskilt fall utvärderar användningen av materialet i relation de åsyftade principerna. Detta medför å ena sidan en tillämpning i enlighet med det

¹⁹⁵ Landes, M. William & Posner, A. Richard: *An Economic Analysis of Copyright Law* (1989) [205-216], [Dau-Schmidt, Kenneth G. & Ulen, Thomas S. (red.), *Law and economics anthology*], Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 1998, s. 213.

¹⁹⁶ Eklöf, Dan, s. 98.

avsedda syftet i lagen, men också ett visst mått av osäkerhet eftersom förutsägbarheten i tillämpningen blir svårare att tyda.¹⁹⁷ Tillämpningsmodellen har motiverats utifrån svårigheterna av att mäta och värdera kreativitet inför en förutbestämd kontext.¹⁹⁸

Bestämmelsens principbaserade utformning och flexibla funktion har även medfört vissa svårigheter i att hitta en enhetligt formulerad definition av fair use. Fyra punkter har dock identifierats som mer eller mindre statiska och återkommande under utvärderingar. Den första beaktansvärda punkten avser naturen och syftet av själva användningen. Punkt nummer två tar fasta på vad som är kännetecknande för det utnyttjade verket – det utnyttjade verkets identitet. Den tredje punkten tar sikte på hur mycket av det upphovsrättsligt skyddade verket som har använts. Slutligen avser den fjärde punkten en utvärdering av de marknadsmässiga och ekonomiska konsekvenserna för rättsinnehavaren till det utnyttjade verket.¹⁹⁹

För att en tydlig återanvändning av delar från redan existerande verk ska rättfärdigas utifrån fair use förutsätter doktrinen att det, i någon utsträckning, går att finna en självständig karaktär hos det nya verket – i amerikansk rätt beskrivet som *transformativeness*.²⁰⁰ Tidigare har kravet på transformativeness inbegripit någon form av kreativ prägel i formgivningen av det nya verket, men detta har idag utvecklats till att även avse en rent teknologisk prägel.²⁰¹ Vilket illustrerar den teknikvänliga och föränderliga karaktären hos doktrinen.

¹⁹⁷ Eklöf, Dan, s. 348.

¹⁹⁸ Patry, William, s. 215.

¹⁹⁹ Patry, William, s. 216.

²⁰⁰ Borghi, Maurizio & Karapapa, Stavroula, Copyright and mass digitization: a cross-jurisdictional perspective, Oxford University Press: Oxford, 2013, s. 23. Utvärderingen utifrån *transformativeness* kommer ursprungligen från fallet *Campbell v Acuff-Rose Music Inc*, 510 US 569 (1994).

²⁰¹ Borghi, Maurizio & Karapapa, Stavroula, s. 24.

5.2.3 Den europeiska lösningen

Det finns ingen direkt översättbar europeisk motsvarighet till fair use-doktrinen, som på samma sätt vilar på kulturfrämjande principer och som möjliggör en flexibel ”fall till fall”-baserad tillämpning i enlighet med det upphovsrättsliga syftet. Den europeiska (och svenska) lösningen kommer istället till uttryck genom uttömmande listor med undantag, för att stävja undan en oönskad rättstillämpning, baserat på vad lagstiftaren på förhand lyckats identifiera som oförenliga scenarion.²⁰² Ett exempel är det s.k. parodiskyddet som ryms inom ramen för 4 § 2 st. URL, som i sin tur är baserat på Infosoc-direktivet artikel 5.3 k. Bestämmelsen tillåter en användning av ett redan existerande verk, under förutsättning att användningen sedan resulterar i att ett nytt självständigt verk skapas. Identiteten hos det nya verket får därför inte vara beroende av upphovsrätten till det föregående verket.²⁰³ Anledningen till att just parodier godkänns, trots att det är baserade på en skyddad förlaga, grundar sig i att en parodi anses ha en annan ”inre form”. Både syftet och upplevelsen av parodin är annorlunda jämfört med originalverket.²⁰⁴ Att ett verk anses inta en ny form enbart med hänvisning till en förändring av en teknisk eller digitala upplaga är, till skillnad från fair use, däremot inte troligt.²⁰⁵

Ett annat exempel som också speglar funktionen av fair use är undantaget för framställning av samlingsverk för användning vid undervisning i 18 § URL, som återfinns i Infosoc-direktivet artikel 5.3 a. Undantaget möjliggör en begränsad användning av upphovsrättsligt skyddade verk i utbildningssyfte.

Den europeiska (och svenska) lösningen, att använda uttömmande listor för att stävja undan en oönskad tillämpning, riskerar till skillnad från den amerikanska lösningen, att hamna i ett scenario där lagstiftningen inte hunnit

²⁰² Patry, William, s. 214.

²⁰³ Levin, Marianne, s. 167.

²⁰⁴ Levin, Marianne, s. 175. Se även NJA 2005 s. 905 där en parodi ansågs utgöra ett självständigt verk.

²⁰⁵ Borghi, Maurizio & Karapapa, Stavroula, s. 34.

beakta nya tänkbara scenarion, som möjliggjorts genom den tekniska utvecklingen.²⁰⁶ Eftersom fair use följer och utvärderas efter principer blir resultatet att tekniken följer lagstiftningen, istället för det omvända, vilket vanligtvis är en av upphovsrättens största utmaningar.²⁰⁷

5.2.4 En alternativ teori från förr

Johannes Mattheson²⁰⁸ var en tysk tonsättare och musikteoretiker under 1700-talet, som presenterade en teori avseende imitation och ”musikaliska lån”, men inom ramen för en (enligt honom) tillåten användning. Teorin skulle kunna beskrivas som en liberal variant på 4 § 2 st. URL eller ett avgränsat uttryck för fair use-doktrinen, men det ska tilläggas att den även har beskrivits som en ”plagiatlära”.²⁰⁹ Men oberoende av liknelse eller benämning utgår teorin från det primära intresset att vara kultur- och konkurrensfrämjande, framför tillvaratagandet av en ekonomisk eller ideell ensamrätt. I dessa avseende påminner teorin om det kreativa tillskottet och elementet av transformativens, som tillämpningen av fair use-doktrinen förutsätter, vid nya verk som starkt präglas av en tidigare skyddad förlaga.

Matthesons menade att låna delar från en komposition inte var en överträdelse, så länge man betalade tillbaka med ”ränta”. Räntemetaforen avser inte ränta i form av likvida medel, så som licensavgifter vanligen fungerar idag, utan ränta i form av ett *kulturellt kapital*. Det var uppfinnandet av musikaliska teman som utgjorde grunden för ”kapitalet”, medan ”räntan” utgjordes av det kompositoriska arbetet. Därigenom betalade det kompositoriska arbetet tillbaka för lånat kapital och gjorde tonsättaren fri från skuld. Mattheson gjorde därför en tydlig skillnad på tryckpressarnas nottryck och imiterande musiker. Om tryckpressarna framställde ett verk utan att ange den ursprungliga upphovsmannen gjorde de sig skyldiga till plagiat, medan tonsättarna gick fria om de betalade tillbaka med ränta.²¹⁰ Momentet av ett

²⁰⁶ Borghi, Maurizio & Karapapa, Stavroula, s. 34.

²⁰⁷ Patry, William, s. 216

²⁰⁸ (1681-1764)

²⁰⁹ Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 66.

²¹⁰ Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 74.

kreativt tillägg kan därför sägas utgöra den betydelsefulla beståndsdel i tillämpningen av Mattheson rënteteori.

Det ska dock tilläggas att Mattheson inte var fullt så liberal som denna introduktion till teorin ger sken av, utan han föreslog trots allt en skyddsfrist på 20 och 30 år innan verket skulle få lov att ändras, till förmån för att hedra upphovsmannen.²¹¹

Matthesons alternativa rënteteorin kan, i en modern kontext, sägas utmana dagens syn på upphovsrättslig stöld, med att se vad vi benämner som piratkopiering och plagiat som ett moraliskt försvarbart lån.²¹²

5.3 Motiv och intressen

En upphovsrättslagstiftning rättfärdigas vanligen utifrån två primära intressen: (1) att skapa ett incitament för upphovsmän att producera kultur som de annars inte hade gjort, genom att i möjlig mån tillförsäkra dem ekonomiskt vederlag för prestationen och (2) att göra de kulturella produkterna tillgängligt för samhället att ta del av.²¹³

I både kommittédirektivet och propositionen till URL skriver man att den upphovsmannarättsliga lagstiftningens främsta uppgift är att ”lämna rättsskydd åt det andliga skapandet inom litteraturens och konstens områden”²¹⁴. Uppfattningarna om upphovsrättens avsikt råder givetvis fortfarande idag, men i en något mer nyanserad form. Henry Olsson menar att den svenska upphovsrätten å ena sidan bygger på en rationell samhällssyn och å andra sidan om en önskan att tillförsäkra ett effektivt skydd för upphovsmäns ekonomiska och ideella intressen.²¹⁵

²¹¹ Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 74.

²¹² Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 66.

²¹³ Patry, William, s. 8.

²¹⁴ SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk, s. 64.

Prop. 1960:17: Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och musikaliska verk s. 41

²¹⁵ Olsson, Henry, s. 27.

I slutbetänkandet *En ny upphovsrättslag* (SOU 2011:32) från Upphovsrättsutredningen²¹⁶ kommenterades och formuleras syftet med upphovsrätten till ”att ge ett effektivt skydd för upphovsmännen för att främja nyskapande och uppmuntra investeringar”²¹⁷. Utifrån denna formulering kan tre intressegrupper identifieras: (1) skyddet för upphovsmännen, (2) främjandet av nyskapande och (3) uppmuntrandet av investeringar.

Skyddet för upphovsmännen är inte formulerat utifrån ett egenintresse, utan som ett medel för att främja nyskapande och uppmuntra till investeringar. Samma motivering och argumentation återfinns i preambeln till Infosoc-direktivet, där man beskriver egenvärdet av det upphovsrättsliga skyddet som ett verktyg för att främja nyskapande och uppmuntra investeringar.²¹⁸ Detta behöver däremot inte innebära att lagstiftaren helt frångått den tidigare nämnda motiveringen till URL, som mer tog sikte på egenvärdet i den andliga skapelsen. Lagstiftaren visar dock att de nu både uppmärksammat och värderar den ekonomiska funktionen och rollen som upphovsrätten har, eller om så vill, den upphovsrättsliga potentialen.

Värdet av det europeiska kulturskapandet omnämns i artikel 167 FEUF, där det klargörs att gemenskapen ska beakta de kulturella värdena inom ramen för handeln, vilket noterar att den ekonomiska betydelsen inte är ovillkorad.²¹⁹

Värdet och betydelsen av att *uppmuntra investeringar* kommenteras i preambeln till Infosoc-direktivet²²⁰ från 2001. I direktivet klargör man först att en harmonisering av det upphovsrättsliga ramverket kommer att uppmuntra till investeringar i kreativa och innovativa verksamheter. Sådana investeringar kommer i sin tur leda till öka tillväxt och konkurrenskraft på den europeiska marknaden samt både säkerställa sysselsättningen och främja

²¹⁶ (Ju 2008:07).

²¹⁷ SOU 2011:32: En ny upphovsrättslag, s. 111.

²¹⁸ Infosoc-direktivet, preambeln, p. 4, 9, 10 och 11.

²¹⁹ Se vidare under 4.6.

²²⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

skapandet av nya arbetstillfällen.²²¹ En upphovsrättslagstiftning som uppmuntrar investeringar verkar alltså utgöra motivet – ekonomisk tillväxt och sysselsättning, inte främst avseende för upphovsmän, utan främjandet av en global och nationell ekonomisk tillväxt. Det ska dock tilläggas att det oprecisa i motivet *uppmuntra investeringar* innebär att det skulle gå att rättfärdiga utifrån vad som är politiskt försvarbart och önskvärt i tiden. Motivets skulle därför kunna sägas vara flexibelt i sin intention och funktion – motsvarande en gummiparagraf²²².

Enligt Olsson är det viktigt att det råder en balans mellan de olika intressegrupperna och att det därför måste göras intresseavvägningar. Dessa avvägningar kan bl.a. ske genom inskränkningar i rättigheterna för att balansera och tillgodose de olika gruppernas intressen.²²³

5.4 Innovation och upphovsrätt

Som tidigare nämnt har den tekniska utvecklingen ett nära samband med den upphovsrättsliga.²²⁴ Om inte sambandet upprätthålls och beaktas riskerar lagstiftningen att bli inaktuell och oändamålsenlig inför sina egna angivna syften och motiv. Vikten av den tekniska anpassningen har därför varit en återkommande fråga i arbetet för en enhetlig och harmoniserad upphovsrättslagstiftning.²²⁵ Idag har den av regeringen tillförordnade utredningen Digitaliseringskommissionen, som arbetar med it-politiska frågor, i uppdrag att jobba för att upphovsrättsområdet leder till ett välavvägt och ändamålsenligt utfall, såväl nationellt som på EU-nivå.²²⁶

Ett aktuellt exempel som kan användas för att illustrera när och hur lagstiftaren vidtagit vissa åtgärder för att anpassa upphovsrätten till den

²²¹ Infosoc-direktivet, preambeln, p. 4.

²²² En gummiparagraf betecknar en rättsregel som är så otydlig eller tvetydig i sin betydelse att den kan vrida eller böjas som gummi för att uppfylla ett visst (politiskt) mål.

²²³ Olsson, Henry: Copyright, uppl. 9:1, Norstedts juridik: Stockholm 2015, s. 27.

²²⁴ Se ovan under 2.4.

²²⁵ Infosoc-direktivet, preambeln, p. 7

²²⁶ SOU 2016:85 s. 525-526.

ständiga teknikutvecklingen, som senare riskerar att föråldra samma lagstiftning, är kassettersättningen eller privatkopieringsersättning.²²⁷

Det var genom de digitala lagringsmöjligheternas framväxt under 90-talet som ersättningen och tillägget till URL instiftades.²²⁸ Bestämmelsen syftade till att kompensera upphovsmän för det inkomstbortfall som den privata exemplarframställningen av video och ljudupptagningar ansågs resultera i.²²⁹ Den fria framställningsrätten möjliggjordes dels genom ett rättsligt undantag i URL dels genom att handeln börjat sälja produkter som tillgängliggjorde en sådan exemplarframställning.²³⁰ Den tillåtna privatkopieringen av skyddade verk, och det faktum att handeln både profiterade och bidrog till densamma, tack vare och på bekostnad av upphovsmännen, utgjorde enligt lagstiftaren tillräckliga skäl för att införa ersättningen.²³¹

Ersättningen kommer till uttryck genom att näringsidkare som tillverkar eller importerar anordningar ägnade för att ta upp ljud och rörliga bilder eller för privat exemplarframställning, åläggs att betala en särskild avgift för produkterna. Avgiften fastställs genom överenskommelser mellan upphovsmännen, som företräds av organisationen Copyswede, och leverantörerna/exportörerna. Anordningar som ursprungligen avsågs är kassetband, ljudband och CD, men har med teknikens ständiga frammarsch utökats till att omfatta DVD, MP3-spelare och externa hårddiskar och nu senast även vissa mobiltelefoner och surfplattor.²³² Från att ursprungligen ha omfattat produkter avsedda för exemplarframställning och lagring, omfattar ersättningen idag produkter som inom ramen för dess användning kan användas för ovan nämnda ändamål, trots att det nödvändigtvis inte ligger

²²⁷ Privatkopieringsersättning regleras i 26 k-26 m §§ URL.

²²⁸ Prop. 1997/98:156, Kassettersättning, s. 20.

²²⁹ Prop. 1997/98:156, s. 25.

²³⁰ Undantaget som avses är 12 § URL, som är ett undantag till upphovsmännens ekonomiska ensamrätt. Av artikel 5.2 Infosoc-direktivet framgår upphovsmän ska ersättas med en rimlig kompensation för utnyttjanden som inte är bagatellartade.

²³¹ Prop. 1997/98:156, s. 20.

²³² Levin, Marianne, s. 200. Se även T 5537-14 som fastslog att datorer och surfplattor omfattas ersättningsrätten, samt NJA 2016 s. 490 som klargjorde att även vissa mobiltelefoner ska omfattas.

inom produkternas primära användningsområde, eller ens är en funktion som används av konsumenten. En parallell skulle kunna göras till Radiotjänstens utökade tolkning av en dator med internetuppkoppling som en ”TV-mottagare”, för att framtvunga en ersättningskyldighet för TV-avgift, under 2013, som senare tillbakavisades efter ett domslut i Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) under 2014.²³³

Under 2013 minskade antalet nedladdningar från Itunes, Amazon etc. för första gången, medan antalet ”nedladdningarna” från streamingtjänster, såsom Spotify, Vevo och Pandora, ökade.²³⁴ Förändringen verkar likt den tekniska utvecklingen bara gå i en riktning. Enligt statistiska underlag framtagna av Ifpi Sverige för första halvåret av 2017, över musikköpet från samtliga musikbolag i Sverige, kommer 87,6 % av de totala intäkterna direkt från streamingtjänster.²³⁵ I Sverige har även branschrepresentanter börjat säga ifrån gällande den fortsatta privatkopieringsersättningen som åläggs anordningar med kopierings och lagringsmöjligheter.²³⁶

Den ändrade lagstiftningen, som i grunden handlar om en anpassning till ett nytt konsumtionsmönster, riskerar nu att föråldras. Detta med hänvisning till att samma anpassning gör lagstiftningen inaktuell. Exemplet illustrerar alltså hur syftet med en vidtagen åtgärd, med tid kan bli motsägelsefull eller kontraproduktivt inför resultatet som åtgärden resulterar i.

Den progressiva dansen mellan teknikutvecklingen och upphovsrättslagstiftningen skulle kunna liknas med ett brädspel; där tekniken bestämmer speltyp, konsumenterna spelar spelet och lagstiftaren ansvarar för att det inte

²³³ HFD 2014 ref. 33.

²³⁴ Jesse, Jim, s. 140.

²³⁵ <https://www.ifpi.se/app/uploads/2017/10/Ifpi-statistik-halvaret-17.pdf> (hämtad: 2018-01-15).

²³⁶ <https://www.svd.se/vad-gor-man-nar-lagstiftning-blir-forlegad>, Klas Elm vd, Elektronikbranschen, Pär Nygårds näringspolitisk expert, IT & Telekomföretagen, 2017-06-19 (hämtad: 2018-01-15).

uppstår några missförhållanden eller orättvisor mellan de olika pjäserna som ingår i spelet.

På motsvarande vis har även upphovsrätten en indirekt betydelse för teknik- och produktutvecklingen. En fungerande upphovsrätt bidrar till en stark produktmässig utveckling för områden som har en nära koppling till upphovsrättslig kärnverksamhet.²³⁷ Uppkomsten och varaktigheten av CD- och DVD-teknik, datorprogram och nätinfrastruktur m.m. hade kanske därför inte sett ut som det gjort, om det inte funnits ett upphovsrättsligt regelverk som stimulerat produktionen.²³⁸ Upphovsrätten utgör alltså på motsvarande sätt en del av den ekonomisk-teknologiska utvecklingen.²³⁹

5.5 En upphovsrättslig marknad

Att det i stort sett går att frånsäga sig upphovsrätten bidrar till att den upphovsrättsliga marknaden inte förblir statisk. Upphovsmän överlåter eller delar sin ekonomiska ensamrätt genom avtal och transaktioner, och på så sätt intar en ny aktör rollen som rättsinnehavare. Rättigheterna kan t.o.m. bytas ut flera gånger under den upphovsrättsliga skyddstiden och den förmögenhetsrättsliga avtalsfriheten resulterar många gånger i att rättigheterna slutligen hamnar hos kommersiella aktörer, framförallt när det kommer till musikaliska verk.²⁴⁰

Den upphovsrättsliga marknaden är kanske en av de aktörer som påverkats mest av den tekniska utvecklingen, eftersom den tekniska utvecklingen är med och skapar det grundläggande förutsättningarna både för hur marknader kan komma att uppstå men även fungera. Vissa menar att den digitala frammarschen fått upphovsrättsindustrin att centraliseras och ägas av stora mediekonglomerat. Den monopolliknande marknaden innebär att få aktörer sitter på stort inflytande över tillgången och konsumtionen av framförallt

²³⁷ Eklöf, Dan, s. 26

²³⁸ Eklöf, Dan, s. 27

²³⁹ Volgsten, Ulrik: Musiken, medierna och lagarna, s. 20.

²⁴⁰ Volgsten, Ulrik: Emotions, identity and copyright control, s. 346.

musik och film.²⁴¹ Avseende musikbranschen gick det tydligt att se en centralisering redan under början av 2000-talet och under 2013 hade den upphovsrättsliga marknaden reducerats ner till där tre bolag, Universal Music Group, Warner Music Group och Sony Music Entertainment, som tillsammans utgjorde ägare till 90 % av världsmarknaden.²⁴²

Som tidigare illustrerat har vissa aktörer börjat utöka sin traditionella rollbeskrivning.²⁴³ De har längre inte enbart avtal med upphovsmän avseende en tillgång och ensamrätt till verken, utan även på motsvarande sätt en direktkontakt med konsumenterna för att på så sätt kunna exklusivt reglera kommunikationen och tillgången, utan inblandandet av andra marknadsaktörer. Lawrence Lessig menar att de stora aktörernas inflytande även börjar sträcka sig till att kunna påverka den innovativa utvecklingen för programvara, genom att sätta upphovsrättsliga käppar i hjulet för tänkbara lösningar, som kan bära med sig nyttofunktioner som enskilt inte utgör grund för ett angripbart upphovsrättsintrång. Lessig nämner marknadens invändningar mot fildelningstekniken från *Napster*²⁴⁴ som exempel.²⁴⁵

5.6 Sammanfattande analys

De upphovsrättsliga motiven; att ge ett effektivt skydd för upphovsmän för att främja nyskapande och uppmuntra till investeringar, kan summeras ner till ett gemensamt samhällsintresse. Skyddet för upphovsmän, främjandet av nyskapande och uppmuntrandet av investeringar påverkar aktörer, grupper kulturella företeelser som alla är en del av samhället. Lagstiftningen ämnar att utifrån sin förmåga gynna och tillvara ta dessa gruppers intressen, och genom detta driva samhället framåt i form av ökad tillväxt och konkurrens – ekonomisk såväl som social och kulturell.

²⁴¹ Eklöf, Dan, s. 25.

²⁴² Nielsen Music Industry Report, 2013

<http://www.nielsen.com/content/dam/corporate/us/en/reports-downloads/2013%20Reports/Nielsen-Music-2013-Mid-Year-US-Release.pdf> (hämtad: 2018-01-15).

²⁴³ Se ovan under 2.3.

²⁴⁴ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. External link, 239 F.3d 1004 (2001).

²⁴⁵ Eklöf, Dan, s. 25.

Som visat har upphovsrätten tidigare varit en lagstiftning som främst tar sikte på upphovsmannens intellektuella och andliga skapelse, och tillvaratagandet av densamma, för att säkerställa en skälig ersättning för upphovsmannens arbete. Den tekniska och multinationella prägel av kultur under den senare hälften av 1900-talet har däremot utvecklat en ny funktion för lagstiftningen, att på ett kollektivt sätt utgöra formen av ett ekonomiskt verktyg, för att gynna flera aktörer i samhället än upphovsmännen. Fortfarande associeras dock upphovsrätten med att primärt vara en lagstiftning för att reglera uppkomsten, bruket och ägandet av immateriella rättigheter, och är givetvis fortfarande det, men indirekt har den som nämnt ytterligare betydelser, även om det lätt går en förbi vid en översiktlig granskning av regelverket.

Det faktum att marknaden för kulturella produkter idag kommuniceras och konsumeras genom tekniska lösningar har fått upphovsrätten att inta karaktären av ekonomiskt instrument, som påverkar tillväxt, konkurrens och social sysselsättning. Det är den tekniska utvecklingen som har skapat karaktärsdraget hos upphovsrätten. Att lagstiftaren uttrycker att upphovsrätten både kan och ska användas för att främja tillväxt och konkurrens, är inte en aktivt och manipulerad ekonomisk konstruktion av upphovsrätten, utan ett erkännande av rättsområdets verkningar.²⁴⁶ Lagstiftningen är tvungen att verka i efterhand, eftersom vad tekniken kan möjliggöra eller hur den kommer att användas inte alltid på förhand är känt. Detta utgör snarare en passiv åtgärd, än en aktiv. Upphovsrättens nya ekonomiska roll är därför inte politiskt tillskriven, utan tekniskt utvecklad.

²⁴⁶ Infosoc-direktivet, preambeln, p. 4.

6 Slutord

Det är vi som lyssnar på musik som både tillsammans och individuellt skapar värdet och meningen som den laddas med. Det ideella värdet som kulturkonsumenter skapar hos musik genererar paradoxalt nog också ett ekonomiskt värde, som den kommersiella marknaden och rättsinnehavaren i sin tur tar del av.

Om vi hela tiden har ett scenario där upphovsrätten ser ut på ett visst sätt, men där andra faktorer runtomkring förändras, innebär att den rättsliga regleringen tillslut också är tvungen att förändras, om inte synen och uppfattningen om vad upphovsrätten tjänar för syfte förändras i grunden. Inget talar för att den tekniska utvecklingen varken kommer stanna av eller på något sätt sakta in och därmed inte en antydning om en stagnerande rörelse i den progressiva dansen mellan upphovsrätten och teknikutvecklingen. En annan bidragande faktor till upphovsrättens ständiga rörelse, är det faktum att regelverket konstitueras av ett flertal intressen, vars ställning kan förändras av den nämnda teknikutvecklingen, politiska beslut, nya konsumtionsmönster eller andra typer av trender som kan öppna lukrativa möjligheter för såväl konsumenter som kommersiella aktörer och som då kan rubba den inbördes balans över den rådande intressekompromissen. Det allmännas välvilliga inställning och omsorg för värdet av kultur som en kreativ och konstnärlig företeelse består inte heller av någon konstant och oföränderlig värdering, utan utgör en ständigt återkommande intresseavvägning, som i sin tur sätter upphovsrättsliga värderingar på prov.

De olika avsnitten visar dock en genomgående trend, att i den mån tekniska lösningar gör det enklare att kopiera och lagra upphovsrättsliga verk ökar incitamentet för att utvidga det upphovsrättsliga skyddet. Både avseende utnyttjandet av befintliga verk, längden på skyddstiden och alternativa ersättningslösningar, för att stävja undan missförhållande som tekniken ”råkat” orsaka. I vissa fall är det dock inte lagstiftaren som kommer med

lösningarna, utan teknikutvecklingen själv i samråd med marknaden och konsumenterna. En genomgående tendens för teknikutvecklingen verkar i sin tur vara att tillgängligheten till upphovsrättsliga verk, både gällande lagrings- och kopieringsmöjligheter, ökar i takt med att utvecklingen går framåt. Den ökade tillgängligheten i hanteringen och spridningen av digitala exemplar verkar i sin tur få marknaden att vilja skapa en motpol av exklusivitet över tillgängligheten, för att upprätthålla ett intresse och särskilja sina tjänster från andra. Det tidigare nämnda exemplet över konkurrerande streamingtjänster illustrerar hur viss musik endast tillgängliggörs på en viss plattform, vilket möjliggörs av de digitala upplagorna. Det är dock viktigt att komma ihåg att det är dem som lyssnar på musik som både tillsammans och individuellt skapar värdet och meningen som den laddas med.

I vissa avseenden verkar rättsväsendet inte hänga med i utvecklingen av konstformerna. Avseende musik som konstform har den tekniska utvecklingen skapat nya verktyg som hjälper till och bygger den musikaliska identiteten och den skyddsvärda originaliteten som å ena sidan accepteras av musikindustrin, medan rättsväsendet å andra sidan inte verkar tillåta teknikutvecklingen att utvidga bilden i motsvarande utsträckning. Skillnaden illustrerar hur teknikutvecklingen även är en integrerad del i det konstnärliga skapandet. En fråga som kan lyftas är om det ekonomiska incitament i lagstiftaren utvecklar synen på identiteten av musik samtidigt som det kan vara hämmande för syftet? Vad får det för verkningar på tillväxt, konkurrens och social sysselsättning att musiken skapar sin identitet genom andra parametrar än tonsammansättning? Hade det kunnat främja skapandet av ny kultur och därigenom tillgodose och tillfredsställa de åsyftade intressena?

Den nuvarande längden av den upphovsrättsliga skyddstiden kräver att lagstiftningen premierar och främjar ekonomiska investeringar, eftersom den allmänna tillgängligheten verkar regleras av ett ekonomiskt intresse. Framförallt under skyddstidens verkan. Den ständigt ökande skyddstiden verkar även öka karaktärsdraget hos upphovsrätten av att i liknande utsträckning avseende materiella ting utgöra egendom. Den flyktiga

varaktigheten av att vara begränsad, går mot att förbli och behållas – både av enskilda och långlivade ägare, i form av juridiska personer, vars livslängd i teorin är oändlig och den långtgående skyddstiden som inte helt otänkbart kan ha en total skyddstid på 120 år. Om de tidigare angivna motiven om att skyddstiden ska motsvara två generationer kan man även tänka sig att den kan komma att förlängas framöver, men hänsyn till den ständigt ökade livslängden.

Upphovsrätten står idag för karaktärsmissiga svårigheter, med flexibla motiv som gör det svårt att utvärdera resultatet av utformningen. Den liberala flexibilitet avseende de motiv som lagen ämnar att tillvarata gör att den fortsatta rättsutvecklingen är svårläst. Om dagens upphovsrätt verkar vara beroende av några materiella instrument, verkar det vara av sådana som likt fair use-doktrinen är föränderliga inför den tekniska utvecklingen och som kan möjliggöra en ändamålsenlig tillämpning av lagen. Att detta skapar ett visst mått av oförutsägbarhet inför hur lagen kan komma att tillämpas, bygger på samma mått av oförutsägbarhet inför hur tekniken kommer att utvecklas och hur detta i sin tur förändrar förutsättningarna för upphovsmän, konsumenter, kommersiella aktörer och samhällsintressen.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk.

SOU 1971:73 Fonogrammet i musiklivet: Betänkande avgivet av konsertbyråutredningen.

SOU 1992:16 Kroppen efter döden.

SOU 2011:32 En ny upphovsrättslag.

Ds 2012:44 Förlängd skyddstid för musik.

SOU 2016:85 Digitaliseringens effekter på individ och samhälle – fyra temarapporter.

Propositioner

Prop. 1877:17 Förslag till lag angående eganderätt till skrift och förordning rörande utsträckt tillämpning af lagen angående efterbildning af konstverk den 3 Maj 1867.

Prop. 1960:17 Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och musikaliska

Prop. 1994/95:151 Droit de suite och längre upphovsrättsligt skydd.

Prop. 1997/98:156 Kassettersättning.

Utskottsbetänkanden

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

Litteratur

Borghi, Maurizio & Karapapa, Stavroula, *Copyright and mass digitization: a cross-jurisdictional perspective*, Oxford University Press: Oxford, 2013.

Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010.

Edlund, Bengt, *Riff inför rätta*, Juristförlaget i Lund: Lund 2007.

Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens – särskilt om tvångslicensiering*, PrintCenter: Stockholm 2004.

Frith, Simon, *Performing rites: on the value of popular music*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996.

Goodin, Rober, Äganderätten och plikten att bevara [132-161] i *Idéer om ägande: [varför är reglerna utformade som de är? : hur kommer det sig att man inte bara kan äga materiella föremål utan också t ex patent och upphovsrätter?]* Tiden, Stockholm, 1994.

Hansson, Sven Ove, Introduktion till Gerald Cohen [s. 101-129] i *Idéer om ägande: [varför är reglerna utformade som de är? : hur kommer det sig att man inte bara kan äga materiella föremål utan också t ex patent och upphovsrätter?]* Tiden, Stockholm, 1994.

Honoré, Tony, Ägande [s. 63-97] i *Idéer om ägande: [varför är reglerna utformade som de är? : hur kommer det sig att man inte bara kan äga materiella föremål utan också t ex patent och upphovsrätter?]* Tiden, Stockholm, 1994.

Jesse, Jim, *The music copyright manual: The definitive guide to music copyright law in the digital age*, Rock n roll law: Washington 2016.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, [Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, upplaga 1:2] Studentlitteratur, Lund, 2013

Landes, M. William & Posner, A. Richard, An Economic Analysis of Copyright Law (1989) [205-216] i Dau-Schmidt, Kenneth G. & Ulen, Thomas S. (red.), *Law and economics anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 1998.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckningsrätt – i Sverige, EU och internationellt*, uppl. 10:1, Norstedts Juridik AB: Stockholm 2011.

Nordell, Per Jonas, Paulsson, Lars, *Tekniska museet: Likt unikt: innovation, kreativitet och plagiat*, Stockholm : Tekniska museet, 2008.

Olsson, Henry, *Copyright*, uppl. 9:1, Norstedts förlag: Stockholm 2015.

Olsson, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 [105-145].

Patry, William, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press: New York 2011.

Rappaport, Edward, *Copyright Term Extension: Estimating the Economic Values*, Library of Congress, Congressional Research Service: Washington D.C. 1998.

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 [648-656].

Simmons, A. John, *The Lockean theory of rights*, Princeton Univ. Press, Princeton, N.J., 1992.

Stannow, Henrik, *Musikjuridik: handbok om upphovsrätt och musik*, CKM Förlag: Stockholm 2014.

Stannow, Henrik & Hillerström, Håkan, *Musikjuridik: rättigheter och avtal på musikområdet: handbok för musikbranschens aktörer*, 4., rev. och omarb. uppl., CKM, Stockholm, 2010.

Strömholm, Stig, *Den andra metoden. Några anteckningar till immaterialrättens särställning i den internationella privaträtten*, SvJT 1993 [351-357]

Söderberg, Johan, *Allt mitt är ditt: fildelning, upphovsrätt och försörjning*, Bokförlaget Atlas: Stockholm 2008.

Volgsten, Ulrik, Emotions, identity and copyright control: The constitutive role of affect attunement and its implications for the ontology of music [s. 341-355] i *The emotional power of music. Multidisciplinary perspectives on musical arousal, expression, and social control*. Eds. T. Cochrane, B. Fantini & K. R. Scherer (red.). Oxford: Oxford University Press 2013

Volgsten, Ulrik, *Musiken, medierna och lagarna: musikverkets idéhistoria och etablerandet av en idealistisk upphovsrätt*. Möklinta: Gidlund 2012.

Otryckta källor

Ahlbäck, Sven (2017). *Analys 40 biggest hits 2016 UK Billboard*. Opublicerad presentation vid forskningskonferens. Stockholm: ScoreCloud.

Elektroniska källor

DN Kultur, *Storytel köper Norstedts*, 2016, <https://www.dn.se/kulturojje/storytel-koper-norstedts/> (hämtad: 2018-01-15).

Intäktstatistik IFPI, 2017, <https://www.ifpi.se/app/uploads/2017/10/Ifpi-statistik-halvaret-17.pdf> (hämtad: 2018-01-15).

Elm, Klas och Nygårds, Pär ”*Vad gör man när lagstiftning blir förlegad?*”, DN Debatt, 2017, <https://www.svd.se/vad-gor-man-nar-lagstiftning-blir-forlegad>, (hämtad: 2018-01-15).

Nielsen Music Industry Report, 2013, <http://www.nielsen.com/content/dam/corporate/us/en/reports-downloads/2013%20Reports/Nielsen-Music-2013-Mid-Year-US-Release.pdf> (hämtad: 2018-01-15).

Schultz, Jason, *The Myth of the 1976 Copyright Chaos Theory*, 2002, <https://slidedocument.com/eff-jasonfinal> (hämtad: 2018-01-15).

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 2002 s. 178.

NJA 2005 s. 905.

NJA 2016 s. 490.

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2014 ref. 33.

Övriga domstolar

Solna tingsrätt, mål T 5537-14, dom 2015-10-20.

USA

Campbell v Acuff-Rose Music Inc, 510 US 569 (1994).

A&M Records , Inc. v. Napster, Inc. External link , 239 F.3d 1004 (2001).