



<http://www.diva-portal.org>

This is the published version of a chapter published in *Liber Amicorum Jan Rosén*.

Citation for the original published chapter:

Wolk, S. (2016)

En ny publik – en upphovsrättslig lösning eller chimär?.

In: Gunnar Karnell, Annette Kur, Per Jonas Nordell, Daniel Westman, Johan Axhamn, Stephan Carlsson (ed.), *Liber Amicorum Jan Rosén* (pp. 833-893). Visby: Jure

N.B. When citing this work, cite the original published chapter.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-275996>



Offprint of article from

LIBER AMICORUM
JAN ROSÉN

En ny publik – en upphovsrättslig lösning eller chimär?

*Sanna Wolk**

Inledning

Upphovsrätten har under senare tid växt i betydelse och blivit en allt viktigare företagstillgång. Med den ökade uppmärksamheten på det upphovsrättsliga skyddet samt upphovsrättens värde som organisationstillgångar är det ett rättsområde som har vuxit i såväl betydelse som komplexitet. Som bekant har det skett en sällsynt dynamisk utveckling inom upphovsrätten under det senaste årtiondet, särskilt genom den utvecklingen som skett inom Europeiska unionen (EU) och EU-domstolens avgöranden.

Att skriva en artikel om upphovsrätt i professor *Jan Roséns* festskrift är en utmaning. Inte minst med tanke på den tongivande person som *Jan Rosén* är inom både den nationella och internationella upphovsrätten. Det är därför med djärvhet, kanske dumdrigt, som jag kommer att analysera det relativt nya upphovsrättsliga begreppet en ny publik (allmänhet) vid tillgängliggörande av verk. Jag kommer försöka fånga in utvecklingstrender och spå framtiden. Men som det är med alla spådomar, så finns det en risk att dessa slår fel. Det är dock en akademikers uppgift att just analysera och föreslå möjliga framtida lösningar på skilda rättsliga frågor, vilket *Jan Rosén* också har gjort skickligt under årens lopp.

* Docent i civilrätt vid Akademin för immaterial- marknads- och konkurrensrätt (IMK) vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

Att upphovsrätten har tilldragit sig allt mer politiskt, ekonomiskt och akademiskt intresse såväl nationellt som internationellt beror på flera faktorer. De upphovsrättsliga industrierna har bl.a. växt explosionsartat under 2000-talet inom främst spel- och nöjesindustrin, vilket medfört att företagens, statens och EU:s uppmärksamhet på de värden som upphovsrätten står för har ökat kraftigt. Vidare tillkommer genom den tekniska utvecklingen som ägt rum och allttjämnt pågår ständigt nya former för utnyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk.

Det moderna upphovsrättsliga systemet har aldrig varit så starkt och effektivt som i dag, samtidigt som det är hårt kritiserat. Det är ju naturligt att rättshavarna söker tillgodogöra sig rättigheternas ekonomiska värde, men samtidigt menar allt fler att det inte längre finns en balans i systemet och att lagstiftningen på området i allt för stor utsträckning har gynnat rättshavarna. Detta har också uppmärksammats av EU-domstolen som vid tolkning av det upphovsrättsliga begreppet överföring till allmänheten infört en ny faktor, nämligen begreppet en ny publik. Ett begrepp som varken finns i upphovsrättsliga internationella konventioner eller i EU-rättsliga direktiv, men som EU-domstolen börjat tillämpa under 2000-talet.¹

En rättslig bakgrund

När det gäller upphovsmannens förfoganderätt över verket är det alltid ytterst en fråga om att andra än rättshavaren får ta del av verket, t.ex. när ett verk får laddas upp eller strömmas via internet. Upphovsmannens rätt att bestämma (förfoga) över verket har i svensk rätt kommit till uttryck i 2 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL), som innebär att verkets upphovsman är förbehållen de ekonomiska intressena i sitt verk. Den principiella ensamrätt som tillkommer upphovsmannen kan av denna dock inte upprätthållas oinskränkt, och 2 kap. URL inne-

¹ Se främst EU-domstolens mål C-306/05 (Rafael Hoteles), de förenade målen C-403/08 and C-429/08 (Football Association Premier League), de förenade målen C-431/09 and C-432/09 (Airfield/Canal Digital), mål C-136/09 (Organismos Sillogikis), mål C-607/11 (TVCatchup), mål C-466/12 (Svensson) och C-348/13 (BestWater).

håller en rad regler som gör det möjligt att för olika ändamål utnyttja verk utan rättshavarens samtycke. Det är t.ex. tillåtet att för privat bruk framställa ett eller några exemplar av ett verk. Genom inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt, bl.a. om kopiering för privat bruk utan upphovsmannens samtycke, har lagstiftaren sökt åstadkomma en rimlig balans mellan upphovsmannens individuella intressen och de intressen som allmänheten har av att utnyttja ett verk. Emellertid avser de flesta inskränkningarna offentliggjorda eller utgivna verk. Följden av att ett verk inte har offentliggjorts är att upphovsmannen kan sägas ha en i princip oinskränkt rätt till verket.²

I 2 § URL föreskrivs som nämnts upphovsmannens ekonomiska förfoganderätt.³ Det har i paragrafen uttömmade reglerats den ensamrätt som upphovsmannen har till verket.⁴ Den ekonomiska rätten innebär att upphovsmannen har ensamrätt att förfoga över verket i två huvudhänseenden, nämligen genom att framställa exemplar av verket (exemplarframställningsrätt) och att göra verket tillgängligt till allmänheten (tillgängliggöranderätt). Under fyra punkter i 2 § tredje stycket URL har det getts en definition av tillgängliggöranderätten, som är överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten. I 2 § fjärde stycket URL finns också en särskild bestämmelse, den s.k. kompletteringsregeln, som innebär att med överföring till allmän-

² Vissa inskränkningar förutsätter dock inte att verket offentliggjorts, se 16 § URL (framställning av exemplar inom vissa arkiv och bibliotek), 25 § URL (återgivande av verk som syns eller hörs under dagshändelse, 26 § URL (återgivande av vad som anförs inför bl.a. myndigheter) och 26 b § URL (tillhandahållande av allmänna handlingar samt utnyttjande av verk i rättsvårdens eller den allmänna säkerhetens intresse). Se härom Nordell, *Med upphovsmannens samtycke*, i *Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knuth Rodhe*, 1999 s. 269 ff.

³ Det ska i sammanhanget även nämnas att upphovsrätten inte bara har en praktisk-ekonomisk sida, utan skyddar upphovsmannens ideella intressen. Upphovsmannens ideella rätt omfattar rätten att bli angiven som verkets upphovsman och en rätt att motsätta sig att verket utsätts för förvanskade ingrepp som kan anses kränkande för upphovsmannens konstnärliga anseende eller egenart, eller utnyttjas i för upphovsmannen kränkande sammanhang (se 3 § URL). Se närmare härom prop. 1960:17 s. 70 ff. och SOU 1956:25 s. 113 ff. Högsta domstolen har i flera domskäl behandlat den ideella rätten, se t.ex. NJA 2008 s. 309, NJA 2005 s. 905, NJA 1996 s. 354, NJA 1974 s. 94 och NJA 1971 s. 226.

⁴ Se dock 26 § URL (s.k. följd rätt) och 26 k–m §§ URL (s.k. kassettersättning).

heten och offentligt framförande likställs sådan överföring och framförande av verk som anses ske i förvärvssyfte inför en större slutna krets. Det är alltså fråga om ett tillgängliggörande av verk inför en personkrets som inte kan betraktas som ”allmänheten”, men av speciella skäl anses vara det ur upphovsrättslig synvinkel. Som riktningpunkt anges att ”alla framföranden som icke äger rum inför helt slutna kretsar” blir att anse som offentliga.⁵ Detta innebär i realiteten att allmänheten de facto inte behöver ha tillträde till t.ex. en slutna webbplats eller plattform, och även i viss mån slutna grupper kan likställas med ett tillgängliggörande av verk som allmänheten har tillgång till.⁶ I upphovsrätten kan således en utåt sett ”slutna” grupp falla inom begreppet allmänheten och ett anförande inför åhörarkretsen betecknas upphovsrättsligt som offentliggjort.⁷

Om överföring till allmänheten

Beträffande överföring till allmänheten är det ett EU-rättsligt begrepp och termen allmänheten får nationellt tolkas i överensstämmelse med gemenskapsrätten (se artikel 3 och stycke 23 i ingressen till direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, Infosocdirektivet).⁸ Med överföring till allmänheten menas alla distansöverföringar av verk, oavsett om överföringen sker trådbundet eller trådlöst. Det avgörande är att verket görs tillgängligt från en annan plats än där allmänheten (lyssnaren, tittaren, etc.) befinner sig.⁹ Bestämmelsen omfattar också ”överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk på en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”.

Av EU-domstolens praxis framgår det att begreppet överföring till allmänheten innehåller två kumulativa förutsättningar. Det ska för det första vara fråga om en ”överföring” av ett verk och för det

⁵ Se första lagutskottets utlåtande 1960:41 s. 38. Jfr bl.a. EU-domstolens mål C-306/05 (Rafael Hoteles), mål C-135/10 (SCF) och mål C-306/05 (SGAE).

⁶ Jfr SOU 1956:25 s. 102 och 232.

⁷ Se även SOU 1990:30 s. 309.

⁸ Se även EU-domstolens mål C-306/05 (Rafael Hoteles). Jfr prop. 2004/05:110 s. 73.

⁹ Se även prop. 2004/05:110 s. 70 f. och 379.

andra ska överföring av verket ske till ”allmänheten”.¹⁰ Överföring till allmänheten ska dock tolkas vidsträckt och alla former av tillhandahållande av verk, t.ex. via internet, vid uppladdning eller när det strömmas, är att bedöma som en överföring till allmänheten.¹¹ Det ska i sammanhanget framhållas att om kriterierna i sig är uppfyllda så räcker det att andra personer har tillgång till verket oberoende av om de har använt sig av möjligheten att utnyttja verken.¹²

Begreppet en ny publik

Inom upphovsrätten har det traditionellt ansetts att varje förfogande av upphovsrättsliga verk krävt upphovsmannens samtycke, om användningen inte faller inom någon av de lagliga inskränkningarna i 2 kap. URL (jfr artikel 5 Infosocdirektivet). Detta har gällt oavsett om det varit ”samma” eller en ”ny” publik (allmänhet) som tagit del av verket.

Just begreppet en ny publik som en förutsättning för upphovsrättsligt relevanta förfoganden finns varken i Världsförbundet för den intellektuella äganderätten (WIPO) Copyright Treaty (1996), WIPO Performances and Phonogram Treaty (1996) eller Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).¹³ På det europeiska planet finns rekvisitet ny publik inte heller i Infosocdirektivet.

Trots att begreppet en ny publik varken finns uttryckt i internationella föredrag eller Infosocdirektivet, har EU-domstolen börjat tillämpa det under 2000-talet. EU-domstolen har i flera mål behandlat begreppet i samband med överföring av verk till allmänheten, närmare bestämt i mål C-306/05 (Rafael Hoteles), de förenade målen C-403/08 and C-429/08 (Football Association Premier

¹⁰ Se t.ex. punkten 14 i mål C-466/12 (Svensson m.fl.).

¹¹ Se punkten 17 i mål C-466/12 (Svensson m.fl.). Se även de förenade målen C-403/08 and C-429/08 (Football Association Premier League).

¹² Se punkten 19 i mål C-466/12 (Svensson m.fl.). Se även Svea hovrätts dom den 19 december 2012, mål B 4376-12.

¹³ Se även Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) Report and Opinion on the criterion “New Public”, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public (2014).

League), de förenade målen C-431/09 and C-432/09 (Airfield/ Canal Digitaal), mål C-136/09 (Organismos Sillogikis), mål C-607/11 (TVCatchup), mål C-466/12 (Svensson m.fl.) och C-348/13 (BestWater).

EU-domstolens mål om begreppet en ny publik

Det var under år 2006 i Rafael Hoteles (C-306/05) som EU-domstolen för första gången tog upp frågan om en ny publik (allmänhet) i förhållande till återsändning av TV-program på ett hotell. I målet framhöll domstolen att när ett hotell tillhandahåller sändningar till sina rumsgäster av en signal via TV-apparater är det fråga om överföring till allmänheten och rumsgästerna ska betraktas som en ny allmänhet. Det eftersom sändningen görs till en publik som var en annan än den som avsågs med den ursprungliga överföringen, dvs. en publik som skiljer sig från den till vilken det första tillgängliggörandet har riktat sig till (punkterna 40 och 42). EU-domstolen bekräftade detta några år senare i målet Organismos Sillogikis (C-136/09) i punkten 38. Det ska i sammanhanget framhållas att beträffande återsändningar av TV- och radioprogram vid hotell, restauranger, affärer och dyl. är EU-domstolens hantering av begreppet allmänheten i princip förenligt med det som redan kommit till uttryck i svensk praxis.¹⁴

EU-domstolen har under 2013 i TVCatchup (C-607/11) utvecklat vidare begreppet en ny publik. Målet rörde överföring av verk som genomförts med olika teknik. Den ursprungliga utsändningen var en markbunden TV-sändning som sedan av ett annat företag tillgängliggjordes via internet. Domstolen framhåller i punkten 26 att när ett ”verk görs tillgängliga genom vidaresändning via internet av en markbunden tv-sändning, sker detta med användning av en annan teknik än den som använts för den ursprungliga överföringen. Detta ska därför anses utgöra ”överföring” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 [Infosoc-direktivet]. Följ-

¹⁴ Se t.ex. NJA 1967 s. 150, NJA 1980 s. 123, NJA 1986 s. 702 och NJA 1988 s. 715. I dessa mål utredes tillhandahållandet av verk i förhållande till offentligt framträdande, som numera ska bedömas som överföring till allmänheten. Jfr dock EU-domstolens mål C-135/10 (SCF).

aktligen kan en sådan vidareändring inte undgå kravet på tillåtelse från upphovsmännen till de vidareända verken när dessa överförs till allmänheten.” Detta innebär således att i och med att överföringstekniken inte var densamma var det inte nödvändigt att bedöma kravet på en ny publik (punkten 39). I målet var det frågan om samma individer (publik), eftersom TVCatchups tjänst riktade sig endast till personer som hade styrkt innehav av en TV-licens och hade därmed rätt att ta emot de (lovliga) marknadsbundna sändningarna genom sina TV-apparater.

I målet Svensson m.fl. (C-466/12), som avgjordes under år 2014, har EU-domstolen framhållit att om ett tillgängliggörande av verk för allmänheten inte sker med ny teknik i förhållande till det första tillgängliggörandet, måste rättshavaren visa att tillgängliggörandet skett till en ny publik eftersom det är fråga om samma teknik.¹⁵ Domstolen uttalar i punkt 27 att när ”samtliga användare av en webbplats till vilka verken i fråga överförts genom en klickbar länk kunde få direkt tillgång till dessa verk på den webbplats där dessa ursprungligen överförts, utan någon åtgärd från den som driver den förstnämnda webbplatsen, ska användarna av den webbplatsen anses vara potentiella mottagare av den ursprungliga överföringen och således en del av den publik som verkens upphovsmän beaktade när de lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen.” Är det samma teknik ska det således vara en publik som upphovsmännen inte beaktat när denna lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen till allmänheten (punkten 24). Domstolen fann i målet att länkning till journalister artiklar inte innebar att verken överförts till en ny publik, eftersom tillgången till verken på tidningens webbplats inte var föremål för någon begränsning avseende tillgången till verken (punkterna 18, 25–27). Mot denna bakgrund framhöll domstolen att det första tillgängliggörandet av verken innebar att samtliga internetanvändare kunde få fri tillgång till verken. Enligt domstolen har i sådant fall upphovsmännen beaktat denna stora krets av

¹⁵ Se härom Rosén, Unionsdomstolen på kollisionkurs med internationell upphovsrätt i NIR 4/2014 s. 660 ff. Se även ALAI:s ställningstagande om länkning i Report and Opinion on the making available and communication to the public (2013), publicerad i NIR 5/2013 s. 512 ff. jämte Report and Opinion on the criterion “New Public”, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public (2014).

internetanvändare när de samtyckte till den ursprungliga överföringen. Vidare framhöll domstolen att detta inte påverkas av att länkningen skett på ett sådant sätt att internetanvändaren fått intrycket av att verken visats på den webbplats där länken fanns (punkten 29). Beträffande åtkomstbegränsat material framhöll domstolen att om länkning sker till sådant material och någon kringgår begränsningen är det fråga om en ny publik, eftersom upphovsmannen i detta fall inte samtyckt till tillgängliggörandet av verket (punkten 31). I linje med domstolens resonemang kan det innebära att om länkning sker till olagligt upplagt material på internet, kan det vara fråga om en ny publik i och med att sådant tillgängliggörande inte gjorts med upphovsmannens samtycke.¹⁶ Beträffande länkning till lagligt upplagt material, ny teknik och en ny publik har EU-domstolen bekräftat sin uppfattning i en senare dom, nämligen i *BestWater* (C-348/13). Målet rörde så kallad ramlänkning.

Det är emellertid få riktlinjer som EU-domstolen angivit i dessa mål och det är svårt att dra några allmänna slutsatser. Förhoppningsvis kommer domstolen förtydliga sin ståndpunkt i kommande mål, t.ex. i C-160/15 (*Sanoma*). Men i praktiken innebär de mål som behandlat begreppet en ny publik att det i varje enskilt fall får bedömas om det är fråga om en ny teknik. I sådant fall krävs rättshavarens samtycke vid användandet. För det fall det är samma teknik får det bedömas om verket är skyddat av en åtkomstbegränsning. Är tillgången till verket endast tillgänglig för en begränsad publik krävs också samtycke för vidareanvändning av materialet. Det är dock många gånger inte lätt att göra denna bedömning och gränsdragningen kan ofta i realiteten vara svår, inte minst beträffande kriterierna ”ny teknik” och ”åtkomstbegränsning”. Det är fortfarande oklart om det ska vara fråga om en teknisk åtkomstbegränsning eller om andra begränsningar är acceptabla.¹⁷ Med den magra praxisen från EU-domstolen kan det sammanfattningsvis ännu inte besvaras generellt var gränserna går, utan måste bedömas i varje enskilt fall.

¹⁶ Se pågående mål vid EU-domstolen C-160/15 (*Sanoma*) angående olagligt upplagt material på internet.

¹⁷ Jfr punkten 31 i EU-domstolens mål C-466/12 (*Svensson m.fl.*).



Avslutande kommentarer

Genom den tekniska utveckling som ägt rum och alltjämt pågår tillkommer ständigt nya former för utnyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk. Genom att införa ny publik-rekvisitet i upphovsrätten har EU-domstolen skapat en utomstående parameter för att hantera den vidsträckta konstruktion som upphovsrätten är. Som *Rosén* framhåller innebär detta att EU-domstolen har infört ”en slags konsumtionsprincip av nytt slag... d.v.s. att vad som utan tvekan är en överföring till allmänheten, enligt EUD:s egen definition, upphör att vara så i det enskilda fallet om överföringen inte når en ny publik”.¹⁸ Detta är enligt min uppfattning en korrekt bedömning. Men ett viktigt skäl till EU-domstolens införande jämte tillämpning av ny publik-rekvisitet är att domstolen nu har ett verktyg som ger domstolen en möjlighet att balansera upphovsrätten mot bakgrund

¹⁸ Rosén, Unionsdomstolen på kollisionskurs med internationell upphovsrätt i NIR 4/2014 s. 660 ff. (663).

av den snabba tekniska utvecklingen i kombination med det vidsträckta skyddet som gäller för upphovsrättsliga verk.¹⁹ Det är dock högst olyckligt att EU-domstolen utvecklat ett balanseringsverktyg som med stor sannolikhet strider mot internationella föredrag.

Vi saknar vidare mer utvecklade teorier om hur ny publik-rekvisitet ska förstås och tillämpas eftersom gränserna för begreppet är oklara. Så länge begreppets gränser inte är fastslagna är risken stor att nationella domstolars tolkning av ny publik-rekvisitet kommer att spreta, där domstolar kan komma att tolka begreppet och dess relevans olika. Detta är självklart en olycklig situation som varken gynnar rättshavarna, konsumenterna och samhället i stort.

I dagsläget är det svårt att sia om hur EU-domstolen kommer tillämpa ny publik-rekvisitet i framtida avgöranden. Att EU-domstolen infört nya begrepp som endast kan tolkas mot deras avgöranden, det finns ju inga förberedande rättsakter, lägger en stor börda på domstolen att ytterligare klargöra begreppen. Det gäller inte minst mot olika tekniska lösningar. Inte alla rättsfall kommer ha en sådan klar uppdelning vid överföring av verk som genomförts med olika teknik som situationen var i TVCatchup (C-607/11). Just tekniska lösningar inom "samma" miljö, som exempelvis internet, kan komma att ställa tillämpning av begreppet en ny publik på sin spets.

En annan viktig avgränsning som inte heller är klarlagd av EU-domstolen är ny publik-rekvisitet i förhållande till åtkomstbegränsningar. Som EU-domstolen framhöll i Svensson m.fl. (C-466/12) ska en länk som "gör det möjligt för användarna av den webbplats på vilken länken återfinns att kringgå begränsningar – som ställts upp av den webbplats på vilken det skyddade verket finns i syfte att endast abonnenter ska ges tillgång till verket – och således utgör en åtgärd utan vilken användarna inte skulle kunna ta del av verken i fråga, ska däremot samtliga dessa användare anses utgöra en ny publik som verkens upphovsmän inte tagit i beaktande när de lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga överföringen, vilket innebär att upphovsmännens medgivande krävs för en sådan överföring till allmänheten."²⁰ Uttalandet är dock svårtolkat med tanke på att det inte tydligt framgår om en åtkomstbegränsning ska vara av teknisk

¹⁹ Se även Rosén, Unionsdomstolen på kollisionskurs med internationell upphovsrätt i NIR 4/2014 s. 660 ff. (665–666).

²⁰ Punkten 31 i mål C-466/12 (Svensson m.fl.).

natur eller om det är möjligt att t.ex. skriftligt meddela på en webbplats att verket inte får spridas vidare eller länkas till.²¹ Min uppfattning är emellertid att det ska vara fråga om en teknisk åtkomstbegräsning. Men rättsläget är högst oklart och det går i denna fråga inte att förutsäga hur EU-domstolen kommer att bedöma vilka slags åtkomstbegräsningar som kan anses skydda innehållet från att t.ex. länka till det.

Det är således ännu svårt att sia om ny publik-rekvisitet är en lösning eller en chimär, i vart fall tills vi fått mer fast praxis från EU-domstolen. Det är med stor spänning som vi ser fram emot nya avgöranden från EU-domstolen, som kan komma att klargöra ny publik-rekvisitet i olika sammanhang. Som framhållits, särskilt i förhållande till olika tekniker samt åtkomstbegräsningar.

²¹ Jfr 6 a kap. URL om skydd för tekniska åtgärder.

