RÄTTSVETENSKAPLIGA BIBLIOTEKET

RÄTTEN TILL DET VISUELLA

Per Jonas Nordell

STOCKHOLMS UNIVERSITET

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f430e

RÄTTEN TILL DET VISUELLA

Copyright in visual arts

Akademisk avhandling som för avläggande
av juris doktorsexamen vid Stockholms
universitet framlägges till offentlig granskning
fredagen den 21 november 1997 kl. 10.00
hörsal 4, hus B, Södra huset, Frescati, Stockholms universitet.

av
Per Jonas Nordell
jur. kand.

Stockholms universitet
Juridiska institutionen
106 91 Stockholm

Stockholm 1997
516 s.
ISBN 91-7223-005-3

Abstract

The present dissertation examines Nordic copyright protection of works of fine art and photographic images, especially in the light of recent technology. Besides describing the various forms of manifestation and possibilities of control that digitalization has entailed, the dissertation describes the prerequisites of protection for traditional forms of pictures. The author's prospects of exploiting the economic value of his pictures is described on a broad front.

The factual prerequisites for creation of an image are examined as are the content and limits of the right of control and the author's prospects of exercising his rights by contractual means. Various developmental tendencies within Nordic copyright protection for works of fine art and photographic works are examined as part of a concluding analysis, It is observed that the author, who had previously been identified with the individual artist, is today often a large media producer with a strong market position, but that it is still often difficult for the author to influence terms in contracts governing secondary rights when such rights are possessed by collecting societies. It is also observed that the level of creativity has progressively fallen; this could in part be due to the fact that the market, not least given the relative dearth of guiding Nordic case law, has itself been able by contractual means to influence the prerequisites of protection. Legislation has increasingly become technology-bound. This has entailed that a) the law's division of works? into categories has undermined the law's purposes as technical factors progressively alter the usefulness of such categories; and b) the existing legislation is especially vulnerable to technological change. General legislation appears therefore to be easier to apply to a rapidly changing field than does legislation of a detailed nature. Another observation is that pictures have to an ever greater extent come to be exploited for new purposes - not least for advertising purposes through merchandising, which entails a completely new market significance for pictures. It is observed by way of conclusion that digitalization has entailed new prerequisites for creation, use and control of uses, which have altered the need for copyright protection and the prerequisites for the same. It is however expected that new digital marketplaces, through Electronic Copyright Management Systems (ECMS), will be able to create a new and effective marketplace for pictures.

PER JONAS NORDELL

RÄTTEN TILL DET VISUELLA

PER JONAS NORDELL

RÄTTEN TILL DET VISUELLA

Akademisk avhandling för juris doktorsexamen
vid Stockholms universitet 1997.
Juridiska institutionen, Stockholms universitet, 106 91 Stockholm

Rätten till det visuella
Per Jonas Nordell
ISBN 91-7223-005-3
© Per Jonas Nordell och Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.

Tryck: GOTAB, Stockholm 1997
Distribution: Jure AB

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

FÖRORD

Utan den fostran i immaterialrättens hägn som mina vetenskapliga föräldrar, Marianne Levin och Gunnar Karnell givit mig hade *Rätten till det visuella* aldrig kommit till. Dem är jag det största tack skyldig och deras förbehållslösa intresse, engagemang och omtanke har blivit och skall förbli ett oeftergivligt föredöme för mig.

Under arbetet med avhandlingen har jag fått betydande hjälp och stöd av en rad kolleger och vänner som bidragit till att åstadkomma det som är. Peter Seipel och Leif Mutén har lämnat värdefulla synpunkter på manus i stort och i smått. Johnny Herre och Jon Kihlman har *därtill* varit goda sparringpartners under mina forskarstudier. Kenth Svenssons observanta öga förtjänar också ett tack. Av sitt eget slag är Dan Eklöfs ovärderliga och ohämmade nit att granska och ifrågasätta mina argument på rättsdogmatikens mikronivå. Susanne Bonnier har med flit och skicklighet läst korrektur. Översättningen av sammanfattning till engelska har med kompetens och ett säkert tangentbord översatts till engelska av David Fisher. Min förläggare Stephan Carlsson har givit det immateriella och binära en påtaglig och vacker referens i sinnevärlden.

Juridicum vid Stockholms universitet och Humanistisk-samhällsvetenskapliga forskningsrådet har generöst närt mig under arbetets gång. Rättsvetenskapliga institutionen vid Handelshögskolan i Stockholm har också på många sätt stöttat mig, särskilt under arbetets inledningsskede. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent- Urheber und Wettbewerbsrecht i München har vid flera tillfällen tagit emot mig som stipendiat. Institutet och Annette Kur har varit till stor hjälp för mig. Stipendier och tryckningsbidrag har också välvilligt givits av Svenska Institutet och av Awapatent ABs stiftelse för Immaterialrättslig Vetenskaplig Forskning. Stiftelsen av den 28 oktober har möjliggjort studieresor till Hamburg och Washington vilka inte minst givit oförglömliga minnen.

Frescati i september 1997
Per Jonas Nordell

INNEHÅLL

FÖRORD *V*

INNEHÅLL *VII*

FÖRKORTNINGAR *XIII*

KAPITEL 1
Inledning *1*
1.1 Bildens väg mot upphovsrätt *2*
1.1.1 Utvecklingen i Norden *7*
1.1.1.1 Utvecklingen från år 1990 till 1960 *8*
1.1.1.2 Utvecklingen efter år 1960 *10*
1.2 Undersökningsområdet *12*
1.2.1 Bilden *13*
1.2.2 Reglerna *15*
1.2.2.1 Upphovsrättens syfte *17*
1.2.2.2 Funktion, ändamålsenlighet och dynamik *19*
1.2.3 Tekniken *20*
1.2.4 Avgränsning i tid och rum *22*
1.3 Metod *24*
1.3.1 Närmare om källor och rättskällor *25*
1.3.1.1 Lagmotiv *25*
1.3.1.2 Prejudikat *26*
1.3.1.3 Doktrin *27*
1.3.1.4 Avtal *27*
1.3.1.5 Utomnordiska källor *27*
1.3.2 Bildmaterial *30*
1.4 Definition av vissa väsentliga begrepp *30*

KAPITEL 2
Bildobjektet *35*

2.1 Verkets innehåll och form *37*
2.2 Verkskategorier och verkstyper *41*
2.2.1 Kategoribyte *45*
2.2.2 Syfte och kategoritillhörighet *45*
2.3 Verkshöjd *49*
2.3.1 Skapande som skyddsförutsättning *50*
2.3.2 Bearbetning som skyddsförutsättning *54*
2.3.3 Sammanställning som skyddsförutsättning *56*
2.3.4 Flera upphovsmän *60*
2.3.5 Skyddsomfång *60*

KAPITEL 3
Bildverkets uttryck *63*
3.1 Bildkonst *65*
3.1.1 1900-talskonst *68*
3.1.1.1 Konceptkonst, dadaism, metakonst, antikonst, minimalism och superrealism *71*
3.1.1.2 S k Hötorgskonst eller kitsch *78*
3.1.2 Reklamalster – komposition och layout *79*
3.1.3 Upphovsrättsligt känneteckensskydd *83*
3.1.4 Tecknad serie – figur och personlighet *87*
3.1.4.1 Angloamerikansk rätt *90*
3.1.4.2 Serieparodi *92*
3.1.5 Upphovsmannens manér som kännetecken för honom själv *94*
3.2 Fotografi *95*
3.2.1 Fotorättens föremål *97*
3.2.2 Den delade fotorätten *99*
3.2.3 Fotografiskt verk *103*
3.2.4 Fotografisk bild *105*
3.2.5 Gränsen mellan verk och bild *106*
3.2.5.1 Konstnärligt och vetenskapligt värde *107*
3.2.6 Bearbetning av fotografi *108*
3.2.7 Kombinerat utnyttjande *111*
3.2.8 Subjektproblemet *113*
3.2.9 Avslutande synpunkter om fotorätt *115*
3.3 Datorgrafik *117*
3.3.1 Praktiska och juridiska förutsättningar för skapande och bearbetning i digital miljö *121*
3.3.1.1 Filter, morfing, slumptalsgeneratorer, fraktaler *122*
3.3.1.2 Digital image processing *125*

3.3.2 Subjektsproblemet: människa – maskin *126*
3.3.2.1 Datorn som hjälpmedel *128*
3.3.2.2 Datorn som kreativt tillskott *128*
3.3.2.3 Datorn som "upphovsman" *129*
3.3.2.4 Sammanfattning *131*
3.3.2.5 Postumt "skapande" *132*
3.4 Tredimensionella verk *133*
3.4.1 Brukskonst *134*
3.4.1.1 Brukskonst och bildkonst *143*
3.4.2 Byggnads- och landskapsarkitektur *146*
3.4.3 Luminism *149*
3.4.4 Scenografi *150*
3.5 Objekt för följdrätt *152*
3.6 Verk i rörelse *159*
3.6.1 Kinetisk konst *159*
3.6.2 Audiovisuellt verk *161*
3.6.2.1 Film *163*
3.6.2.2 Tecknad och datoranimerad film *165*
3.6.2.3 Video *166*
3.6.2.4 TV *169*
3.6.2.5 Bildskärmsdesign *170*
3.6.2.6 Bildskydd i audiovisuella verk *173*
Skydd för livebilder *174*
Återgivning av bildkonst i filmverk och videogram *177*
Animering *179*
3.7 Databas *181*
3.7.1 Samlingsverk *183*
3.7.2 Katalog *184*
3.8 Multimedia *187*
3.9 Cyberspace och VR *188*
3.10 Bilduttryckens gemensamma nämnare *190*

KAPITEL 4
Förfogandeobjektet *195*
4.1 Förfoganderätten *198*

KAPITEL 5
Upphovsmannens ensamrätt *203*
5.1 Inskränkningar i rätten *205*
5.2 Rätten till oförändrad återgivning *209*

5.3 Originalexemplarets betydelse för förfoganderätten *211*
5.3.1 Original och följdrätt *212*
5.4 Exemplarframställning *214*
5.4.1 Exemplarframställningstyper *216*
5.4.1.1 Mångfaldigande *216*
5.4.1.2 Efterbildning genom konstnärligt förfarande och avbildning *217*
5.4.1.3 Återgivning. reprografiskt förfarande och upptagning *217*
5.4.2 Inskränkningar i exemplarframställningsrätten *218*
5.4.2.1 Exemplarframställning för enskilt bruk *218*
Enskilt bruk eller näringsverksamhet *222*
5.4.2.2 Institutionell exemplarframställning *224*
Exemplarframställning i arkiv och bibliotek *231*
5.4.2.3 Kassettersättning *234*
5.5 Offentliggörande *239*
5.6 Exemplarrätten *243*
5.6.1 Visning *243*
5.6.1.1 Visningsersättning och utställningsersättning *245*
5.6.2 Spridningsrätten *250*
5.6.2.1 Uthyrning *252*
5.6.2.2 Utlåning *253*
Utlåningsersättning *255*
5.6.3 Följdrätt *256*
5.7 Inskränkningar som innefattar både exemplarframställning och tillgängliggörande *257*
5.7.1 Konstverk på allmän plats utomhus *261*
5.7.2 Bildåtergivning och audiovisuella verk *264*
5.7.3 Förfogande över bruksföremål *268*
5.7.4 Närstående rättigheter *269*
5.8 Kategoriseringsproblem *271*
5.9 Förfoganderätt och digitalteknik *273*
5.9.1 Exemplarframställning *273*
5.9.2 Digitaliseringsrätt och oförändrad återgivning *276*
5.9.3 Tillgängliggörande *278*
5.9.3.1 Visning *281*
5.10 Sammanfattning *289*

KAPITEL 6
Avtalsobjektet *291*
6.1 Primära och sekundära rättigheter *293*

6.2 Överlåtelse och upplåtelse *294*
6.3 Vidareöverlåtelse *296*
6.4 Utnyttjarens förpliktelser *296*
6.5 Oförändrad återgivning vid överlåtelse *297*
6.6 Avtalstolkningsprinciper *298*
6.7 Oskäliga avtal *300*

KAPITEL 7
Bildrättens avtal *305*
7.1 Originalbilder *306*
7.2 Uthyrnings- och utlåningsavtal *311*
7.3 Bildleveransavtal *312*
7.4 Uppdragsavtal *313*
7.4.1 Rätt till beställd bild *317*
7.4.1.1 Förhållandet till lagen om namn och bild i reklam *318*
7.4.1.2 Den äldre regeln om beställd fotografisk bild *319*
7.4.1.3 Beställd fotografisk bild enligt den nya fotorätten *321*
7.4.2 Reklamavtal *322*
7.4.3 Upplåtelse av kännetecken *324*
7.5 Merchandising *326*
7.6 Förlagsavtal *330*
7.7 Enstaka exemplar för enskilt bruk *334*
7.8 Filmavtal *335*
7.9 Kollektiv rättighetsförvaltning *338*
7.9.1 Avtalslicens som avtalsgrund *340*
7.9.2 Den organiserade avtalsbildningen *346*
7.9.2.1 Rena bildrättigheter *346*
7.9.2.2. Fotokopieringsavtal *349*
7.9.2.3 Den audiovisuella avtalsmarknaden *351*
7.10 Ideell rätt vid överlåtelse *353*
7.11 En digital bildmarknad *356*
7.12 Sammanfattning *359*

KAPITEL 8
Förfoganderättens negativa sida *363*
8.1 Förfoganderättsgränsen inter partes *366*
8.1.1 Överlåtelse inom inskränkta områden *368*
8.2 Kontrollproblem *369*
8.2.1 En digital bildmarknad *378*

KAPITEL 9
Sammanfattande analys *383*
9.1 Upphovsmannen *384*
9.2 Skapandet *389*
9.2.1 Sänkta skapandekrav *394*
9.2.2 Ett funktionellt verksbegrepp *400*
9.3 Rätten *403*
9.2.1 Ensamrätt och inskränkning *405*
9.2.2 Reglernas ändamålsenlighet och dynamik *409*
9.4 Tekniken *414*
9.5 Verket *417*
9.5.1 Kategorier *417*
9.5.2 Syftet med verket *420*
9.5.3 Bildens egenskaper *426*
9.5.3.1 Visualitet *427*
9.5.3.2 Samtidighet *428*
9.5.3.3 Känslighet *429*
9.5.3.4 Materialitet *431*
9.6 Sammanfattning *433*
9.7 Slutord *436*

SUMMARY *437*

ÅBEROPADE KÄLLOR *445*

ÅBEROPAD RÄTTSPRAXIS *475*

ÅBEROPADE LAGRUM I DEN SVENSKA URL *481*

SAKREGISTER *497*

PERSONREGISTER *515*

NÅGRA FÖREKOMMANDE FÖRKORTNINGAR

AI	artificiell intelligens
AK	Auktorrättskomittén
BK	Bernkonventionen om upphovsrätt
BLF	Bildleverantörernas Förening
BONUS	Bild Ord Not Upphovsrättslig Samorganisation
BUS	Bildkonst Upphovsrätt i Sverige
CA	Copyright Act
CISAC	Confédération International des Sociétés des Auteurs et Compositeurs
Comm/Ent	Hastings Journal of Communications and Entertainment Law
CONTU	United States Commission on New Technological Use
Depch	departementschefen
DURL	Lov nr 395 af 14 juni 1995 om ophavsret
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
EIPR	European Intellectual Property Law Review
EU	Europeiska unionen
FACTU	Föreningen Svensk Fackpress
FotoL	Lagen (1960:730) om rätt till fotografiska bilder
FST	Föreningen Svenska Tecknare
FuR	Film und Recht (numera ZUM)
FURL	upphovsrättslag 8.7.1961/404
Gaz Pal	Gazette du Palais
GRUR/Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICC	International Chamber of Commerce (Internationella Handelskammaren)

IFIM	Institutet för Immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IKL	Lagen 29 maj 1931 med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens
IPJ	Intellectual Property Journal
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KIF	Föreningen Sveriges Konsthantverkare och Industriformgivare
KL	Konkurrenslag (1993:20)
KLYS	Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd
KRO	Konstnärernas Riksorganisation
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	KöpL (1990:931)
MFL	Marknadsföringslag (1995:450)
ML	Mönsterskyddslag (1970:485)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (avd I)
NOU	Norges offentliga utredningar
NRK	Norsk Rikskringkastning
NRt	Norsk Retstidende
NU	Nordisk utredningsserie
NUK	Nordiska upphovsrättskommittén
NURL	Lov 12 mai 1961 nr 2 om opphavsrett til åndsverker m. v.
Prop	regeringens proposition
RF	Regeringsformen
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RR	rådhusrätt
RÅ	Riksåklagaren
SFF	Svenska Fotografernas Förbund
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SR	Sveriges Radio Aktiebolag
STIM	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
SVT	Sveriges Television AB
TA	Tidningarnas Arbetsgivareförening
TBURL	Förordning (1960:348) med tilläggsbestämmelser till URL

TF	Tryckfrihetsförordningen
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TMR	The Trademark Reporter
TR	Teatrarnas Riksförbund / tingsrätt
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TU	Svenska Tidningsutgivareföreningen
UFITA	Archiv für Urheber- Film- Funk- und Theaterrecht
UR	Sveriges Utbildningsradio AB
UrhG	Urheberrechtsgesetz v. 9. September 1965
URL	Lag 1960:729 om rätt till litterära och konstnärliga verk
UU	Upphovsrättsutredningen
WCT	WIPO Copyright Treaty
VECTU	Svenska Veckopressens Tidningsutgivareförening
WIPO	World Intellectual Property Organization (OMPI)
VML	Varumärkeslag (1960:644)
VR	Virtual Reality
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (tidigare FuR)

KAPITEL 1
INLEDNING

> Närvarande tid och förfluten tid
> är kanske båda närvarande i kommande
> tid och kommande tid inrymd i förfluten
> tid. (T S Eliot, Burnt Norton)

Bilder har stor betydelse som kulturellt uttryck och förmedlare av meningsinnehåll. Det beror inte minst på massmediernas starka fäste i samhället. Allt oftare talas om ett *informationssamhälle*.[1] Utvecklingen av en digital informationsteknologi (IT) och globala digitala nätverk har bidragit till det. Bildens internationella och interkulturella egenskaper ger också stor rörlighet åt bildinnehållet. Konstnärliga verk och fotografiska bilder lämpar sig för rörelse över landsgränser. Bilder förmedlas idag inte endast i originalform, utan även såväl i fotografisk och digital form som i form av radiovågor eller ljusimpulser. På en bildmarknad är det främst den i lag reglerade *upphovsrätten* som bestämmer marknadens yttre gränser. Det nu sagda lägger en materiell grund för det valda undersökningsområdet, som är *upphovsrättsligt skydd för bilder i Norden med särskild hänsyn till teknikutvecklingen under 1900-talet.*

Den digitala teknikutvecklingen medför en stor förändring, vars konsekvenser är svåra att överblicka. Förändringen gäller inte bara den materiella tillvaron utan också i hög grad den juridiska. Den tekniska utvecklingens betydelse för upphovsrätten skall inte underskattas. Den har inte bara haft betydelse för upphovsrättens framväxt, utan skapar själva för-

[1] Termen informationssamhälle används som ett nyckelord i EGs Grönbok. Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (cit Grönbok) och har också använts tidigare av EG-kommissionen, bl a i den s k Bangemannrapporten (Europe and the Global Information Society - Recommendations of the High-level Group on the Information Society to the European Council 1994); jfr angående informationssamhället och immaterialrätt i Schmidt, Teknologi og immaterialret s 8 ff.

utsättningen för upphovsrättigheter i sig. Teknikutvecklingen har också medfört nya förutsättningar för skapande, utnyttjande och för kontroll av utnyttjanden, vilka förändrat de upphovsrättsliga skyddsbehoven och skyddsförutsättningarna.

Medan det rättsliga skyddet för bilder är av relativt ungt datum, är dess objekt – bilden – en mycket gammal företeelse. Den är förmodligen lika gammal som människan, men i vart fall inte äldre. Bilden är en artefakt. Som uttrycksmedel och kommunikationsmedel är bilden långt äldre än skrivkonsten. Ur de första bilderna med syfte att avbilda verkliga företeelser och andliga uppfattningar utvecklades de tidigaste skriftspråken i vilka skrivtecknen fungerade som symboler med skilda meningsinnehåll. Sedda över tid har två- och tredimensionella bilder tagit sig mångahanda uttryck i grottmålningar och hällristningar, gudabilder, porträtt, tatueringar, bokillustrationer, frimärken, fotografier, förpackningsutstyrslar, TV-sändningar, röntgenplåtar m m. Bilder kan således komma till uttryck i otaliga former och ha skilda syften och funktioner.

Bildens kanske väsentligaste funktion är *avbildningsfunktionen.* Avbildningen kan i sin tur tjäna olika syften. Den kan t ex syfta till att *bevisa* något eller *bevara* något, t ex ett synintryck eller bildinnehåll. Som bevismedel kan bilden ge stöd för påståenden om verkligheten. Genom att framhäva, återge eller ge uttryck åt stämningar, värderingar eller påståenden kan den fungera som *kommunikationsmedel* mellan upphovsman och betraktare. Därigenom kan den få en *förmedlingsfunktion.* Den kan också ha en ren *dekorationsfunktion* och här kan åter erinras om bildens *symbolfunktion,* d v s att vara *kännetecken* för ett objekt utan att själv vara objektet eller en avbildning därav. Upphovsmannen kan med sin bild vilja förmedla en yttre verklighet. Ibland har upphovsmannen ambitioner med bilden som syftar längre än så. Bakom bilden kan då finnas en vilja att *påverka* betraktaren eller att återge ett själsinnehåll.

1.1 Bildens väg mot upphovsrätt

Sedan länge har människan lagt ned stor tankemöda på att beskriva bilden som objekt och förklara bildens relation till människan. Under antiken utarbetade *Platon* en bildteori, den s k efterbildningsläran eller *mimesisteorin,* som kom att dominera den västerländska bilduppfattningen fram

till 1700-talet.[2] *Platon* visade på människans förmåga att skapa bilder vars uppgift var att väcka föreställningar om existerande ting. Till de av människan gjorda bilderna räknades målning, skulptur, dans, teater, musik och litteratur. *Platons* bildbegrepp skilde sig från det moderna främst genom att själva efterbildningen var det centrala. Efterbildningen fyllde som sådan en förmedlingsfunktion. Så länge bildframställningens huvudsakliga uppgift var att förmedla yttre eller andlig verklighet ansågs det vara ett kvalitetskrav att spår av upphovsmannens *individualitet* inte skulle framträda i verket. Bilden skulle endast förmedla ett innehåll – inte ge uttryck åt en individ.

Något rättsligt skydd för intellektuella prestationer fanns inte under antiken[3] och inte heller under den tidiga medeltiden. Det kan bl a förklaras med en i många fall låg värdering av mänskligt skapande, som i sin tur har sin grund i den stora tillgången på mänsklig arbetskraft och låg teknisk utvecklingsnivå i jämförelse med det – relativt sett – höga sociala välståndet.[4] Föremål, såväl bruksföremål som konstföremål, måste helt enkelt skapas för hand. Det som idag allmänt betraktas som konst och skapande verksamhet hörde då inte sällan till ett i vardagslivet nödvändigt hantverksarbete.[5] Det var därför främst i de övre samhällsskikten som teorierna om en *ensamrätt* till det skapade lanserades. Dessutom fanns det inte något behov av ersättning för utnyttjande av exemplar eller för visning av ett verk. Eftersom exemplarframställning i stort sett var lika arbetskrävande som tillskapande av *originalexemplaret*,[6] hade upphovsmannen inte något ekonomiskt intresse av att kontrollera den ringa exemplarframställning som skedde. Det fanns därmed inte heller någon anledning att göra åtskillnad mellan verket *i sig* och *exemplar* av det.[7]

I Rom fanns en utbredd förlagshandel. Tillgången på slavar möjliggjorde bokframställning genom avskrift. Förläggarna var också bokhandlare. Förlagen var av allt att döma träffpunkter för författare, poeter, filosofer och andra lärda.[8] Visserligen ansågs upphovsmannen ha rätten till sina verk, men den var endast av ett *ideellt*, icke-rättsligt slag. Förfoganderätten följde exemplaret. Författaren fick betalt för manuskriptet när han sålde det till förläggaren. Därigenom fick förläggaren en exklusiv

[2] Se allmänt Sörbom, Mimesis; jfr Brunius, Estetik. En inledande diskussion s 15 ff; jfr också Sörbom, Bildvärldar s 11 f.
[3] Jfr Koutsouradis i UFITA 118/1992 s 6 ff.
[4] Jfr Eberstein, Författarrätten s 2 f.
[5] Se Lund, Billedkunsten s 12 f.
[6] Jfr ibidem.
[7] Strömholm i TfR 1975 s 299 f.
[8] Visky i UFITA 106/1987 s 17 f.

rätt att sälja manuskriptet vidare, att mångfaldiga verket och att sälja exemplar av det. När förläggaren sålde en avskrift övergick all rätt till köparen. Denne kunde då själv framställa exemplar för eget bruk eller för vidareförsäljning.[9]

Boktryckarkonsten och utvecklingen av reprografiska tekniker under slutet av medeltiden lade grunden för den egentliga upphovsrätten.[10] Det var först då som det blev svårt för upphovsmännen att kontrollera utnyttjandet av verksinnehåll. Redan under inkunablernas tid utvecklades i Venedig ett *privilegiesystem* för bokförläggare. Sådant privilegium kunde undantagsvis tilldelas även författare. För bildkonstens del är den tyske konstnären och grafikern *Dürer* intressant. År 1511 erhöll han – förmodligen ett av världens första – konstnärsprivilegier.[11] Privilegiet innebar ensamrätt att under en begränsad tid trycka och ge ut sina verk. Eftersom privilegiesystemet i första hand tillkommit för att minska den ekonomiska osäkerhet som tryckningen av ett bokverk ansågs innebära, måste det ses som ett av upphovsrättens tidigaste uttryck.[12]

Det är uppenbart att förlagsavtal har haft större betydelse på litteraturområdet än på konstområdet. Bokmediet har i årtusenden varit det enda mediet för upphovsmannen att i obearbetat skick mångfaldiga och sprida sitt verk.[13] Länge fanns över huvud taget inte någon möjlighet att förutom med de grafiska tryckteknikerna mångfaldiga konstverk annat än genom avbildning genom konstnärligt förfarande.

Vid slutet av 1600-talet lade den engelske empiristen *Locke* fram den s k *äganderättsteorin*.[14] Den präglade i hög grad tankesättet hos *upplysningens* stora företrädare och har ända in i vår tid kommit till uttryck i en av huvudriktningarna inom den upphovsrättsliga verksdebatten. Genom att inordna rätten till litterära och konstnärliga verk i äganderätten, kunde ett upphovsrättsligt skydd skapas på den romerska rättens grunder. En av världens första upphovsrättslagstiftningar är också från England. Lagen från 1709 (den s k *Statute of Anne*) om författarrätt kom 1735 att åtföljas av en lag om ensamrätt till konstverk, den s k *Lex Hogarth*.[15] Den första

[9] Op cit s 27 ff.
[10] Jfr Lund, Billedkunsten s 18.
[11] Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 48; 1914 års betänkande s 32; Lund, Billedkunsten s 19.
[12] Eberstein, Författarrätten s 5 och 18; Lund, Billedkunsten s 20; jfr Rosén i NIR 1990 s 48.
[13] Se Schneider, Das Recht des Kunstverlags s 124.
[14] Jfr Strömholm i TfR 1975 s 297 och 1980 s 585 f.
[15] Se Lund, Billedkunsten s 22.

upphovsrättslagen på den europeiska kontinenten var den danska förordningen från 1741 om förbud mot eftertryck av böcker.[16]

Vid den tiden var *Platons* mimetiska konstuppfattning (jfr ovan) fortfarande livskraftig. Den influerade bland andra *Kant*. Vackert enligt *Kant* var det som troget återgav naturen. Konsten hade inte annat ändamål än att vara just konst.[17] Förvisso måste *Kants* uppfattning ses som en av de stora milstolparna på verkets väg mot en upphovsrätt. Han hävdade att det skrivna verket skulle jämföras med ett upphovsmannens tal till folket. Till det skulle upphovsmannen ha en egen personlig rätt. Förläggaren var inte ansedd som en köpare, utan som en uppdragstagare. Hans uppdrag var att i författarens namn ordagrant återge verket och förlägga det. Författaren *talade* alltså genom förläggaren. Det skulle vara förbjudet för en utomstående som inte hade upphovsmannens uppdrag att eftergöra verket. Förläggaren ansågs dock, på grundval av sin fullmakt, ha rätt att överlåta uppdraget vidare till någon annan. Till skillnad från vad som ansågs gälla enligt romersk rätt kunde således inte själva exemplaret – manuskriptet – statuera en efterbildningsrätt. Rätten till exemplaret som uppstått i enlighet med avtalet var emellertid *konsumerad*. Den skulle stanna hos förläggaren. Denna rätt måste dock skiljas från det andliga verket, vilket, i naturrättslig anda var en *ius personalissimum*.[18]

Om *konstverk* hade *Kant* emellertid en helt annan uppfattning. Konstverk ansågs fritt få efterbildas av ägaren. Han hade också rätt att offentliggöra konstverket under eget namn. Förklaringen till denna helt annorlunda uppfattning av rätten till bildkonst finns i att medan skriften skulle anses som en *handling*, konstverk i sig själva var föremål som kunde omfattas av äganderätt.[19] Uppfattningen indikerar att mimesisteorin fortfarande var livaktig, särskilt på konstområdet. Talet och skriften kunde uppfattas som ett uttryck för upphovsmannens personlighet; konstverket var i allt väsentligen fortfarande en verklighetsavbildning.

Under romantiken ersattes antikens mimesisteori av en bilduppfattning där det konstnärliga uttrycket stod i centrum. Av betydelse är den ändrade synen på konstnärens *individualitet*. Verket kom att i högre grad uppfattas som utflöde av upphovsmannens genialitet än som ett rent återgivande. Inte långt efter *Kants Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* lanserade *Fichte* den första generella upphovsrättsteorin där rätten till

[16] Se op cit s 24; Schønning, Ophavsretten s 23.
[17] Jfr Gerstenberg i GRUR 1963 s 247 f.
[18] Kant, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks (Berlinische Monatsschrift 5 (1786) s 403 (här enligt nytryck i UFITA 106/1987 s 137 ff)).
[19] Hubmann i UFITA 106/1987 s 150.

verksexemplaret, rätten till innehållet och rätten till formen skulle uppfattas som skilda.[20] På den grunden bygger vår upphovsrätt än i dag.[21]

Dessa i den tidiga romantiken grundade, och för upphovsrätten omvälvande faktorer bidrog säkerligen till den lagstiftningsaktivitet på upphovsrättsområdet som skedde under 1800-talet. Efter privilegiesystemets avskaffande stiftade det franska Nationalkonventet under revolutionens skräckvälde 1793 en lag som gav upphovsmännen ensamrätt till spridning av sina alster (*La loi relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits de tout genre*). Skyddet varade tio år *post mortem auctoris*.[22]

Under 1800-talet stiftades i de tyska delstaterna särskilda upphovsrättslagar. Vid den tiden härskade naturrätten i Europa. En stark anhängare av denna lära var den tyske rättsvetenskapsmannen *Kohler*. Han presenterade mot slutet av 1800-talet sina teorier om upphovsrättens föremål. En huvudsaklig utgångspunkt i hans idealistiskt färgade s k *Immaterialgütertheorie* var att verket skulle existera som ett faktiskt men immateriellt föremål. Det kunde vara föremål för äganderätt och annan förfoganderätt precis som andra föremål. Det immateriella verket var emellertid skilt från det materiella föremål som det kommit till uttryck i. *Kohler* beskrev sina teorier i en mycket speciell *formlära*.

Upphovsmannen hade, enligt *Kohler*, rätt inte bara till verkets yttre formgestaltning, utan även till den bakomliggande abstrakta idén, men endast i den *form* i vilken den kom till uttryck genom upphovsmannens skapande verksamhet. Denna gestaltning av verkets idé kallade *Kohler* verkets *inre form*. Med *yttre form* avsåg *Kohler* inte den yttre formen hos ett visst alster, d v s den form som objektivt sett bidrog till att något skilde sig från något annat, utan en viss typ av materiellt uttryck. Yttre former som kunde vara bärare av verk i *Kohlers* mening var exempelvis ljud, ljus, tecken, fotografi eller film. Det möjliggjorde alltså att, även om det fanns variationer i vad avsåg verkets yttre form eller uttryck, ett och samma verk kunde föreligga i olika uttryck. Om ett verk bearbetades eller omarbetades till en annan verkskategori förelåg ett och samma verk, om den med *Kohlers* terminologi *imaginära bilden*,[23] d v s verksin-

[20] Fichte, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und ein Parabel (Berlinische Monatsschrift 21/1793 s 443 (här enligt nytryck i UFITA 106/1987 s 155)).

[21] Jfr Rosén i NIR 1990 s 58.

[22] Eberstein, Författarrätten s 15; Lund, Billedkunsten s 23. Denna lag hade emellertid föregåtts av en speciell lag år 1791 om författarens ensamrätt till uppförande av dramatiska arbeten (se Kivimäki i NIR 1952 s 220).

[23] Strikt enligt Kohler ändras alltså även den inre formen med den yttre formen, men det är den inre formen i vilken den imaginära bilden kan iakttas som grundar upphovsrättsligt skydd.

nehållets gemensamma nämnare i de skilda uttrycken, stod oförändrad i det senare uttrycket.[24]

Fotografitekniken tillkom som en utveckling av en mycket gammal uppfinning, kallad *camera obscura*. Den bygger på en enkel optisk apparat med vilken en bild av *verkligheten* kan projiceras på ett underlag och avbildas. Tekniken är känd sedan 1000-talet och har använts av konstnärer under lång tid som hjälpmedel vid avbildningar av landskap och interiörer. Genom att projicera bilden från en *camera obscura* på ett ljuskänsligt ämne kunde bilden fixeras. Teknik kom först till uttryck i den s k daguerrotypin, uppkallad efter fransmannen *Daguerre*. Han upptäckte redan på 1820-talet hur ljuset kunde påverka vissa ämnen så att en bild av verkligheten kunde återges grafiskt. Visserligen har fotografitekniken fortfarande enorm betydelse för bildåtergivningen, men förutsättningarna för bildreproduktion har ytterligare förbättrat möjligheterna att exploatera bilder.

I nära anslutning till fotografitekniken bör också filmmediet nämnas. Den första filmen i egentlig mening skapades när bröderna *Lumière* 1895 anbragte en filmkamera framför porten till sin fabrik i Lyon. Den första offentliga kommersiella filmföreställningen organiserades i Paris redan samma år. Filmen har därefter medfört en ofattbar spridning av bildinnehåll.

1.1.1 Utvecklingen i Norden

I Norden fanns ett fungerande privilegiesystem först vid mitten av 1600-talet. Den svenska upphovsrätten i egentlig mening tog inte sin början förrän i 1810 års svenska tryckfrihetsförordning, enligt vilken varje skrift skulle vara författarens eller hans laglige rättighetshavares egendom. Teorierna om äganderätten till litterära verk utvecklades därefter något och överfördes till 1812 års tryckfrihetsförordning.[25] Den första självständiga konstnärsrättslagen i Norden var den av privilegiesystemet färgade danska lagen från 1837, vilken 1864 ersattes av lagen

[24] Enligt Kohler var den *imaginära bilden* "*ein gewisses Abstractum, es ist die Quintessenz, welche vorhanden ist, in welcher Darstellungsform auch immer das Bild gegeben wird; der Rest, welcher bleibt, wenn man von einer jeden Darstellungsform abstrahiert*" (Das literarische und artistische Kunstwerk s 33).

[25] I Sverige överfördes 1877 författarrätten till den nya lagen om äganderätt till skrift. I den lagen inordnades även den förordning som tillkommit 1855 om rätt till sceniska och musikaliska verk.

om eftergörande av konstverk. 1837 års lag gav skydd endast mot mekaniskt mångfaldigande genom kopparstick, litografi och liknande grafiska tekniker. Med den danska lagen som förebild tillkom 1867 i Sverige en lag om efterbildning av konstverk, som år 1897 ersattes av en ny lag. I samband härmed kom också en särskild lag om rätt att återge fotografisk bild. I och med den uppkom för första gången frågan om fotografi kunde betraktas såsom konstverk och därigenom skyddas enligt konstnärslagen. Då besvarades frågan nekande. Fotografiet ansågs vara främmande för konstnärsverksamhet. För norsk del tillkom en lag 1857 om skydd för kopparstick och liknande avbildningar. Lagen kompletterades 1871 med en lag om skydd för skulpturverk. Båda ersattes i sin tur 1877 och 1893 av lagar om skydd för konstnärliga verk. Efter skilsmässan från Sverige fick Finland 1880 en förordning om andlig äganderätt.

1.1.1.1 Utvecklingen från år 1900 till 1960

1897 års lagar ersattes i Sverige år 1919 av lagen om rätt till litterära och musikaliska verk (författarlagen), lagen om rätt till verk av bildande konst (konstnärslagen) samt 1919 års FotoL. Till de nymodigheter som förutom fotorätten kom med 1919 års lagar hörde skyddet för verk av byggnadskonst och skyddet för film. Utredningen hade även föreslagit att alster av brukskonst skulle skyddas i denna lag. Ett sådant skydd infördes dock inte förrän 1926.[26] I Danmark genomfördes revisioner av upphovsrättslagstiftningen 1902, 1904, 1908 och 1912. 1933 kom den danska *Loven om Forfatterret og Kunstnerret.*[27] I Finland ersattes 1880 års lag 1927 av lagen om rätt *till andlig verksamhet.* Norge fick sin *Lov om åndsverker* 1930. Rätten till fotografiska bilder reglerades dock separat.

Den snabba teknikutveckling som skett under 1900-talet fick för upphovsrättens del först betydelse för utvecklingen av radio- och fonogramtekniken, men senare också för TV och videogramtekniken och för de nya möjligheterna att framställa exemplar genom offset och fotostatkopiering.

Den förbättrade reprografitekniken och tillkomsten av radio och TV medförde snart ytterligare krav på stärkt skydd för upphovsmännen och

[26] Både byggnadskonst och brukskonst hade dock före införandet av respektive skydd under en längre tid varit föremål för diskussion, men riksdagen hade inte tidigare varit benägen att medge skydd för dessa på grund av att de tillika med ett konstnärligt syfte även hade ett praktiskt funktionellt syfte.

[27] Se härom Lund, Billedkunsten s 41 ff.

1938 tillsattes i Sverige den s k Auktorrättskomittén (AK). Motsvarande utredningar tillsattes också i Danmark, Finland och Norge. Vid ett gemensamt möte i Köpenhamn 1949 enades utredningsdelegaterna om att till regeringarna framlägga ett lagutkast varvid motiv skulle utarbetas av varje delegation för sig.[28] AK lade 1956 fram sitt omfattande betänkande om *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk* (SOU 1956:25), vilket 1960 väsentligen resulterade i den nuvarande upphovsrättslagen.[29]

Med tiden har också konsten och synen på konsten förändrats. Sannolikt har fotografitekniken påverkat utvecklingen av impressionism, expressionism, kubism, dadaism och konkretism vid sekelskiftet 1900. Tidigare hade målade bilder haft ett syfte att dokumentera och att återge en faktisk verklighet. I och med fotografitekniken kunde detta behov tillgodoses bättre på teknisk väg. Under 1900-talet har sedan mycket av konsten gått ut på att pröva skapandets gränser, vilket naturligtvis påverkat inte bara konstens föremål och gränser, utan även frågan om upphovsrättens bildkonstbegrepp.

I 1900-talets samhällsförändringar väcktes en ny debatt om upphovsrättens skyddsobjekt. I och med *Ross'* anmälan 1945 av *Lunds Billedkunsten* vann en uppfattning om verksbegreppet grundad i nordisk rättsrealism inträde i nordisk upphovsrättsdoktrin.[30] Därmed övergavs i viss mån den naturrättsligt förankrade verksuppfattning som tidigare i hög grad präglat Norden. Den därpå följande debatten har i större utsträckning försökt anpassa upphovsrätten till lagstiftningens krav på verket och samhällets krav än till den rättsfilosofiskt tyngda relationen mellan upphovsman och verk. *Ross* konstaterade att det *immateriella verket* som objekt bara var en konstruktion som använts av praktiska skäl. Ett sökande efter det immateriella verket skulle förmodligen inte ge resultat. Bättre var att se verket som något abstrakt och alltså inte som en faktisk realitet.[31] Det abstrakta verksinnehållet kunde dock ta sig uttryck i skilda fysiska manifestationer som i förekommande fall kunde läggas till grund för upphovsrättsliga överväganden och förfoganden. Denna funktionella verksuppfattning har därefter i princip inte förkastats.

Inte bara rätten och tekniken utvecklades under 1900-talets första decennier. Det gjorde också bildkonsten. Omkring 1910 började *Kandinsky* åstadkomma vad man kallar nonfigurativa bilder. För bildkonsten var det, liksom den ungefär samtidigt födda dadaismen en chockerande ny-

[28] Se SOU 1956:25 s 11.

[29] Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL).

[30] Ross i TfR 1945 s 321; Se vidare Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 18 ff; Godenhielm i TfR 1972 s 238 f och Törngren i TfR 1986 s 369.

[31] Ross i TfR 1945 s 345.

het. Den moderna konsten har sedan dess i stor utsträckning utvecklats från rena objekt till koncept eller, såsom inom t ex den s k *op-konsten*, kalkyler för seende. Även här har teknikutvecklingen haft betydelse för vilka uttryck som konsten tagit sig. Nya material, såsom stål, betong och plast har gjort det möjligt att åstadkomma nya uttryck. Datorer har förenklat själva skapandeakten och massmedier har ändrat förutsättningarna för att förmedla konsten.

1.1.1.2 Utvecklingen efter år 1960

På 1960-talet väcktes i de nordiska länderna frågan om upphovsrättens samhälleliga värde och existens. Upphovsrätten fördes därmed upp på ett politisk plan i en debatt som polariserade två motstridiga uppfattningar. Upphovsrätten kunde antingen behållas som en *stark ensamrätt* eller göras om till en *kollektiv allemansrätt*. Kritiken mot ensamrätten kom huvudsakligen från dem som framställde politiska krav på statlig konstnärslön. De ansåg bl a att det i alltför hög grad var de populära kreatörerna som vann på det rådande systemet, medan andra upphovsmän som skapade högklassig litteratur och konst, förlorade på det.[32] Till dem anslöt sig vissa utnyttjare av olika slag, såsom t ex radio- och TV-företag, videogramproducenter och fonogramproducenter. De ansåg att upphovsrätter medförde problem vid avtalsslut med upphovsmännen om utnyttjande. Dessa krav kritiserades av dem som ville behålla en individuell upphovsrätt. Hit hörde konservativa och liberala politiker, företrädare för kulturella intressen och flera rättsvetenskapsmän.[33] Kraven var inte svåra att bemöta. Den upphovsrätt som utvecklats konstaterades vara ett beprövat och fungerande incitament för investeringar i kulturell verksamhet.[34] För att förstå det revisionsarbete som därefter skedde av upphovsrätten och hur det arbetet genomförts är det viktigt att ha de båda motstridiga huvuduppfattningarna i åtanke.

Debatten om upphovsrättens berättigande, tillika med den allt hastigare utvecklingen på de tekniska områdena och den övriga samhällsutvecklingen, ledde till ett nordiskt ministermöte i Oslo under våren 1975. Där framställdes en propå om översyn av upphovsrätten. Det överenskoms bl a att nationella kommittéer skulle utses i de nordiska länderna och att

[32] Jfr Dir 1977:21 s 2.
[33] Se bl a Koktvedgaard i NIR 1975 s 294 ff; Strömholm i TfR 1975 s 298 ff, Karnell i Svensk rätt i omvandling s 229 ff och Ljungman i NIR 1977 s 94 ff.
[34] Jfr Dir 1977:21.

de skulle upprätthålla kontakten med motsvarande utredningsorgan i respektive land.[35] Det nordiska samarbetet medförde för svensk del att direktiv utfärdades på våren 1976 med öppna riktlinjer till en utredning (Upphovsrättsutredningen, nedan UU) som skulle lösa de problem som uppstått på området.[36] I Danmark tillsattes i maj 1976 *Udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen*. Samma år tillsattes den finländska *Upphovsrättskommittén*. I Norge tillsattes en motsvarande utredning 1977.

Sedan de borgerliga partierna övertagit regeringsmakten i Sverige utfärdades 1977 tilläggsdirektiv som syftade till att i någon mån ändra kursen för utredningens arbete.[37] I direktiven angavs att förändringarna skulle genomföras inom ramen för principerna i den gällande upphovsrättslagstiftningen och att den enskilde upphovsmannens rätt inte fick urholkas. I tilläggsdirektiven poängterades även vikten av en enhetlig nordisk lagstiftning.[38] De nordiska utredningarna har lett fram till revision av upphovsrättslagstiftningen i flera omgångar. Det är främst lagarnas andra kapitel om inskränkningar i den ekonomiska rätten som har reviderats. Rörlighet av verksinnehåll i nya bärare, den reprografiska tekniken och nya lagringsmöjligheter har ansetts kräva andra lagtekniska lösningar än rent individuellrättsliga.

I takt med att repro- och AV-tekniken utvecklats har intresset allt mer inriktats mot ekonomiskt utnyttjande av bilder genom visning och exemplarframställning. Genom utvecklingen av fotografi-, TV- videogram- och senast digitaltekniken, har nya möjligheter att återge bilder på ett kommersiellt intressant sätt ökat markant. I utvecklingen av databaser och elektronisk text- och bildbehandling kan text, bilder – rörliga såväl som stillbilder – musik och ljud förenas i multimedia.

1990 lade UU fram sitt omfattande slutbetänkande.[39] Efter ytterligare behandling i departementet, bl a för att åstadkomma nordisk rättslikhet, och efter en omfattande riksdagsbehandling, har stora delar av UUs förslag i olika omgångar antagits av riksdagen. UU försökte i flera hänseenden stärka skyddet för alster av bildkonst. Främst bör nämnas att regleringen av rätten till fotografiska bilder 1994 inordnades i URL varvid 1960-års FotoL (1960:730) upphävdes. Förslaget om införande av s k *droit de suite* (följdrätt) trädde ikraft 1996 (se härom nedan 3.5). Avtalslicensregeln i 13 § URL innebär sedan 1994 att avtalslicens för exemplarframställning i undervisningsverksamhet skall omfatta även exemplar-

[35] Det nordiska samarbetet resulterade i ett par rapporter NU 1973:21 och NU 1975:10.
[36] Se SOU 1978:69 s 19 ff.
[37] Dir 1977:21.
[38] Op cit s 5.
[39] SOU 1990:30

framställning av verk som sänds i radio och TV (se härom vidare nedan under 5.7.2). Avtalslicensbestämmelsen om rätt att sända verk i TV (26 d § URL) omfattade ursprungligen endast litterära och musikaliska verk, men sedan 1994 omfattar den även bilder (se nedan s 342).

Sedan 1990 har Danmark legat längst fram i det upphovsrättsliga reformarbetet. Det har medfört att övriga nordiska länder ofta inriktat reformarbetet efter det danska mönstret. Reformarbetet har sedan dess i princip skett inom departementen med täta kontakter mellan departementen i övriga nordiska länder. Systemet med skilda nationella upphovsrättsutredningar har dock i stort lett till att de nordiska upphovsrättslagarna vartefter avlägsnat sig allt mer från varandra.[40]

1.2 Undersökningsområdet

Upphovsrättsområdet har i doktrinen vanligen behandlats antingen utifrån ett objektsperspektiv eller från ett materiellt rättsligt perspektiv. Antingen tas en verkskategori eller något annat slag av skyddsobjekt, såsom exempelvis bild, fotografi, film, TV, koreografi eller regi[41] som utgångspunkt för en utredning om företeelsens skyddsmöjligheter i skilda hänseenden, eller också utgår man ifrån någon aspekt av själva rätten, exempelvis förlagsavtal,[42] upphovsrättens uteslutanderätt,[43] anställningsförhållandet[44] eller den ideella rätten[45] och prövar de olika objektens skyddsbarhet och förfoganderätten över dem.[46] Denna växelverkan mellan angreppssätt är ofta fruktbar, eftersom den gör det möjligt att se samma företeelser och problem från skilda håll. På så sätt förs kunskapen om upphovsrätten i stort framåt. Som redan har framgått har jag valt den förra metoden.

För att den valda avgränsningen skall vara adekvat krävs att bilden har egenskaper som särskiljer den från andra typer av verk och att skillnaderna studeras och i förekommande fall relateras till andra verkskategorier och skyddsobjekt. Bilder har sådana säregenskaper. Lagen innehåller

[40] Schønning, Ophavsretten s 31.
[41] Lund, Oesch, Lögdberg, Karnell, Alsne, resp Hammarén.
[42] Jacobsen, Rosén, Saxén.
[43] Bergström.
[44] Svensäter.
[45] Strömholm.
[46] Man kan också ta andra typer av helhetsgrepp om upphovsrätten, se t ex Riis som angripit upphovsrätten ur rättsekonomiskt perspektiv.

också särbestämmelser för bilder. Detta ger stadga åt gränsdragningen och motiverar att bilden tas till undersökningsobjekt.[47] Bildobjektet är dock inte konstant. Ändrade bilduppfattningar, tillika med ändrade tekniska möjligheter att skapa och förmedla bilder, har givit bilden nya funktioner och uttryck över tid. Det tydliggörs kanske främst på konstområdet, som ju förändrats radikalt under de senaste hundra åren (se vidare nedan under 3.1.1). Samtidigt som förändrade tekniska möjligheter att skapa och förmedla bilder ger nya marknadsförutsättningar, ställs ändrade krav på bildens rättsskydd. Ett i sig föränderligt undersökningsobjekt måste därför sättas in i en såväl tekniskt som juridiskt föränderlig miljö.

1.2.1 Bilden

En fråga som kanske bör besvaras innan man närmar sig upphovsrättens bildverk är hur omfattande kunskaper som krävs om det faktiska konstnärliga skapandet och dess uttryck för att förstå den upphovsrättsliga regleringen av bildkonst.[48] Även om viss kunskap om skapandets förutsättningar är nödvändig, torde undersökningen ändå kunna företas relativt oberoende av mer ingående kunskaper om bilders skiftande tillkomstsätt och materiella uttryck. Bildens skyddsvärdighet från juridisk synpunkt har inte så mycket att göra med själva skapandeakten eller i skapandearbetet utnyttjade tekniker eller material, som den skapande verksamhetens resultat, d v s själva bildverket.[49] Men eftersom resultatet ofta är avhängigt av det skapande arbetet, ger nya skapandemöjligheter aktualitet också åt frågorna om verksbegrepp och verksavgränsning.

Här kan vara på sin plats att något belysa de egenskaper hos bilden som skiljer den från andra upphovsrättsligt skyddade företeelser. De kanske väsentligaste egenskaperna är bildens *visualitet, samtidighet, känslighet* och *materialitet.*

Visualiteten har både en subjektiv och en objektiv sida. Den subjektiva sidan utgår ifrån att bilden måste komma till uttryck i ett sammanhang eller på ett sätt som gör att den uppfattas av *någons* ögon. Den objektiva sidan tar sin utgångspunkt i bildens egen beskaffenhet. Bilden förutsätts ha en visuell fakticitet, vilket gör att den t ex kan reproduceras på meka-

[47] Jfr Lund, Billedkunsten s 7.
[48] Jfr Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 85.
[49] Jfr Lund, Billedkunsten s 59.

nisk väg utan att någon ser den. Att bilden är visuell innebär dock i praktiken att den skall vara synlig för att kunna tillgängliggöras för människan.

Samtidigheten skiljer bilden från andra verkskategorier såsom litterära verk, musikaliska verk och filmverk. Också här är det förfogandeformerna som får betydelse. En bild har i grunden inte någon tidsdimension. Bilden tillgodogörs delvis eller i sin helhet på en gång. Detta är ett viktigt faktum för bestämningen av bildens ekonomiska värde när den tillgängliggörs. Eftersom bilden är oberoende av tid, är det svårt att mäta offentliggörande just i tid. Den egenskapen ger bilden en högre *densitet* än många andra verkskategorier.

Bildens *känslighet* har såväl en *teknisk* som en *juridisk* sida. Från teknisk synpunkt är det tydligt hur bildinnehållet, på ett sätt som skiljer det från andra verkskategorier, är känsligt för materiell påverkan av skilda slag. Redan relativt litet materiellt slitage på ett exemplar gör att bilden är förstörd och endast små förändringar av bilden kan medföra att bildinnehållet blir ett annat. Risken för kvalitetsförsämring vid återgivning medför också att återgivningen framstår som mindre attraktiv. En effekt av känsligheten är att bildåtergivning, i högre grad än återgivningen av litterära och musikaliska alster, varit förenad med och beroende av det medium på vilket bilden lagrats.[50]

Länge har det upphovsrättsliga bildskyddet betraktats utifrån ett originalkonstperspektiv. Medan musik och litteratur existerar i ett flertal jämbördiga exemplar, har de flesta konstverk inom ramen för den rena bildkonsten i princip funnits tillgängliga endast i ett originalexemplar. Bilden har varit bunden i sitt *materiella* exemplar. Detta förhållande har medfört en rad speciella problem både före och efter den tidpunkt när konstnären avhänt sig exemplaret.[51] Konstnären har därmed intagit en särställning i jämförelse med författaren genom att det materiella konstverket har haft en helt annan betydelse för konstnären än manuskriptet har haft för författaren. Det är försäljningen av det materiella konstverket som har varit konstnärens egentliga inkomstkälla (se härom särskilt nedan 7.1).[52]

Bildens säregenskaper, särskilt dess bundenhet vid originalet, motiverade ursprungligen uppdelningen mellan författarrätt och konstnärsrätt. Allteftersom skillnaderna mellan nyttjandeformerna minskade, framstod det som alltmer motiverat att sammanföra dem, vilket för Sveriges del

[50] Jfr AKs konstaterande att regeln om att överlåtelse av originalexemplar av verk inte skulle innefatta överlåtelse av upphovsrätten skulle ha betydelse främst på konstnärsrättens område (SOU 1956:25 s 279).

[51] Lund, Billedkunsten s 7.

[52] Jfr Strömholm i TfR 1980 s 584.

skedde först i och med 1960 års URL. Upphovsrättens starka personliga och kulturella aspekter motiverade ursprungligen också uppdelningen mellan upphovsrättigheter å ena sidan och det s k industriella rättsskyddet å den andra. Även den uppdelningen tenderar nu att allt mer förlora sin materiella grund i ett *postindustriellt* samhälle där allt större del av produktionen sker inom kultur- och mediesektorn. På datorprogramområdet har det länge kunnat urskiljas tydliga upplösningstendenser mellan upphovsrätten och det industriella rättsskyddet. På sikt kommer förmodligen gränserna att tunnas ut mellan dem även på bildområdet. Därmed har två skilda intressen att åtkomma bilder på som tidigare varit bundna i sitt materiella föremål – originalexemplaret – på grund av teknikutvecklingen faktiskt kunnat utvecklas åt var sitt håll. Handeln med originalbilder hör ju ingalunda till det förgångna.[53] Den är fortfarande livskraftig i konsthandeln. Den som däremot vill tillgodogöra sig själva bildinnehållet ges allt bättre tekniska möjligheter i form av reproduktion, TV, databaser m m. Här står bilden inför ett massutnyttjande som alltså inte är beroende av det original i vilket den fått sin ursprungliga form. Det är ofrånkomligt att massmedia i form av TV, böcker och tidskrifter är de viktigaste kanalerna för svenska folkets bildkonstupplevelser idag.[54]

1.2.2 Reglerna

Undersökningen tar i första hand sikte på upphovsmannens ekonomiska förfoganderätt över sina bildverk i strikt upphovsrättslig mening. Inom det upphovsrättsliga regelverket betyder det att upphovsmannens ideella rätt inte behandlas annat än i de hänseende där den har intresse just med avseende på den ekonomiska förfoganderätten. Många med bildskapande och bildutnyttjande förknippade juridiska regler av annat slag än upphovsrättsliga lämnas därmed också utanför undersökningen. Den i detta hänseende kanske viktigaste avgränsningen är att upphovsrättens konkurrensbegränsande effekter inte undersöks. Däremot beaktas faktum att lagstiftningen regelmässigt försökt lägga en konkurrenspräglad gräns mellan ensamrätt och frihållning inom upphovsrätten.

Även om det primärt är de upphovsrättsliga skyddsmöjligheterna som ligger till grund för undersökningen, finns det vägande skäl för att diskutera även upphovsrätten näraliggande företeelser såsom utställningser-

[53] Jfr SOU 1990:39 s 85.
[54] Op cit s 84.

sättning, biblioteksersättning, bandavgifter m m. Anledningen härtill är att det ofta är den valda definitionen av det upphovsrättsliga skyddsområdet som först har lett till att vissa för upphovsmannen intressanta utnyttjanden inte kunnat ekonomiskt kompenseras, och sedan därför motiverat särlösningar av skilda slag, såsom t ex utställningsersättning och visningsersättning. Hit kan enligt min mening också hänföras skilda i förekommande fall rent upphovsrättsliga särlösningar såsom kassettersättning, kollektiv rättighetsförvaltning m m.

Undersökningen har två dogmatiska huvudavdelningar. I den första beskrivs hur den upphovsrättsligt skyddade bilden kommer till uttryck. De rent faktiska förutsättningarna för bildskapande ställs mot lagens skyddsförutsättningar. Hela det upphovsrättsliga bildområdet omfattas i princip av undersökningen. För att kunna belysa skillnaden och spänningsförhållandet mellan förutsättningarna för traditionellt bildskapande och den nya teknikens förutsättningar behandlas inte bara de uttrycksformer som tillkommit med ny teknik utan också skyddsförutsättningarna för mer traditionella bilduttryck. Att såväl traditionella som nya uttrycksformer görs till undersökningsföremål har stor betydelse för att en analys av reglernas *funktion, ändamålsenlighet* och *dynamik* skall kunna företas. Reglerna är ju, vilket redan konstateras, tillkomna i en tid då den digitala tekniken knappt var känd.

I den andra huvudavdelningen förutsätts det finnas ett bildverk som kan läggas till grund för förfoganden av skilda slag. Där beskrivs den upphovsrättsliga förfoganderättens innehåll och gränser. Vidare undersöks upphovsmannens möjligheter att nyttiggöra sina rättigheter genom avtal. För att vinna kunskap om de rättsliga förhållandena är det inte reglernas fasta kärna som är av primärt intresse, utan gränstrakterna. Hur omfattande är det skyddade området? Vilka förfoganden är faktiskt möjliga? Vad är intrång vid avtalsbrott och av tredje man? Det belyses inte endast utifrån gällande rätt, utan projiceras också mot den ständigt förändrliga verkligheten.

När de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna beskrivits och den upphovsrättsliga spelplanen väl är lagd, får den kunskap som vunnits i de båda dogmatiska huvudavsnitten ge underlag för en analys av upphovsrättens bilduttryck, funktion, ändamålsenlighet och dynamik. Det sker främst genom att regler och verklighet jämförs. Det gällande regelverket appliceras på de nya tekniska förhållandena. Eftersom lagen i väsentliga delar ligger fast, medan verkligheten förändras, studeras hur skilda intressen tillgodoses idag och vad som kan ske i den fortsatta utvecklingen. I den avslutande analysen ges också några mer generella synpunkter på lagstiftningens utformning.

1.2.2.1 Upphovsrättens syfte

Ett primärt upphovsrättsligt syfte är att tillförsäkra upphovsmännen ett skydd för ekonomiska utnyttjanden av sina verk.[55] Det är en mycket viktig och fundamental utgångspunkt som ytterst har stöd i det skydd som regeringsformen ger åt författare, konstnärer och fotografer enligt RF 2:19. Primärt syftar upphovsrätten till att ge upphovsmännen ersättning för det arbete som lagts ned på det konstnärliga skapandet. Det skapande arbetet ger erfarenheter som ackumuleras hos upphovsmannen och som successivt utvecklas till en allt högre grad av teknisk och konstnärlig skicklighet. Upphovsrätten är därför avsedd att tillförsäkra upphovsmannen ersättning inte bara för det rena arbetsresultatet, utan även för de investeringar som finns i erfarenheten och som kan vara åtråvärda för tredje man.

Depch uttalade redan i propositionen till URL att den principiella utgångspunkten i nyare upphovsrättslagstiftning var att upphovsmannen borde förbehållas rätten att ekonomiskt tillgodogöra sig alla utnyttjanden av verket som hade praktisk betydelse för honom[56] och enligt UU skulle undantagen från denna *upphovsrättssystemets grundfilosofi* vara motiverade och begränsade.[57] AK uttalade att rättsordningen borde sträva efter att så långt möjligt skänka upphovsmannen gynnsamma arbetsförhållanden, göra det möjligt för honom att fortsätta sin verksamhet, att nå ut till allmänheten och att göra den insats i den kulturella utvecklingen som hans begåvning motiverade. Frågan var delvis om en variant av satsen att *arbetaren är sin lön värd.*[58] I 1914 års motiv framhölls att syftet med de ekonomiska rättigheter som tillförsäkrades var att bereda upphovsmannen en uteslutande rätt åtminstone över utnyttjandets praktiskt mest betydelsefulla former.[59] Uttalandena finner motsvarigheter i en rad andra förarbeten och doktrinuttalanden[60] och har även vunnit stöd i praxis.[61]

[55] Jfr Lund, Billedkunsten s 10.
[56] Prop 1960:17 s 60. Uttalandet citeras och kompletteras också med ytterligare principiella överväganden i prop 1992/93:214 s 41 f.
[57] SOU 1985:51 s 103.
[58] SOU 1956:25 s 85.
[59] 1914 års betänkande s 74.
[60] Jfr t ex Lund, Billedkunsten s 10.
[61] Jfr t ex NJA 1986 s 702.

Upphovsrättens grundläggande syfte utgjorde också en fundamental utgångspunkt för ställningstagandena i den amerikanska *vitboken* från 1995 om *Intellectual Property and the National Information Infrastructure.*[62] Den amerikanska utredningen fann stöd i uttalandena om upphovsrättens syfte i Kongressens konstitutionella rätt att säkra konstnärlig uveckling genom att tillförsäkra upphovsmännen ensamrätt till deras konstnärliga skapelser,[63] och beskrev utifrån det hur denna rättighet särskilt poängterats i en rad avgöranden av den amerikanska högsta domstolen.[64] Upphovsrättens ändamål sammanfattades till att vara

intended definitely to grant valuable, enforceable rights to authors... 'to afford greater encouragement to the production of literary works of lasting benefit to the world.' The purpose is not to reward the author, but the law does so to achieve its ultimate purpose – "to induce release to the public of the products of his creative genius." The "immediate effect" of the copyright law is that authors receive a "fair return for [their] creative labor"; however, the "ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good."[65]

Liknande ändamålsförklaringar återkommer också i EGs grönbok. Där angavs att den lön som upphovsmän och andra rättighetsutövare uppbar från utnyttjandet av sina verk och tjänster bidrog till att stödja utvecklingen av den intellektuella och konstnärliga produktionen inom gemenskapen. Om det inom ramen för informationssamhället visade sig att anpassningar var nödvändiga, så borde upphovsmän, konstnärer och andra rättighetshavare fortsätta att åtnjuta ett effektivt skydd.[66]

Medelbart finns också ett samhällsintresse. Som en del av samhällets välfärdssträvanden finns ett starkt allmänintresse att främja kulturell verksamhet. Vid bestämningen av upphovsrättens innehåll skall upphovsmannens individuella intressen vägas mot de samhälleliga.[67] Upphovsrättssystemet bör, för att kunna fungera väl, åstadkomma en *jämvikt mellan upphovsmännens sociala och ekonomiska intresse av att få betalt för utfört arbete, intresset av kulturell utveckling och intresset att skydda marknadens investeringsvilja.*[68] Vikten av denna balans klargjordes också tydligt i EGs grönbok. Där angavs att det var en "tvingande nödvändighet att finna den rätta jämvikten mellan å ena sidan skyddet av Europas kulturarv och den

[62] Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (cit White Paper).
[63] Den amerikanska konstitutionen art I, § 8, cl 8; White Paper s 19).
[64] Se White Paper s 19 ff.
[65] Op cit s 22 (noter till skilda avgöranden är utelämnade här).
[66] Grönbok s 11.
[67] SOU 1956:25 s 86.
[68] Jfr Schricker i GRUR 1992 s 242 ff.

immateriella äganderätten och å den andra sidan dess utnyttjande i lönsamma former, till gagn för en harmonisk utveckling både av informationssamhället och av den europeiska kulturen."[69]

Det kan förefalla överflödigt att så tydligt markera upphovsrättens grundläggande syfte här, men det är viktigt att hålla i minnet av olika skäl. För det första kan det, när regler i själva upphovsrätten och dess verkningar beskrivs och analyseras, lätt ske att man förblindas av den komplicerade upphovsrättsliga systematiken till att vilja se något slags *egenvärde* i den upphovsrättsliga lagstiftningen. För det andra kan det ligga nära till hands att glömma bort *upphovsmännen* och istället se till andra upphovsrättsintressenter, som visserligen kan företräda upphovsmännens rättigheter, men som ofta i lika hög grad verkar för egna ekonomiska intressen. Om upphovsmannen skall förbehållas rätten att ekonomiskt tillgodogöra sig alla utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse för honom, bör utredas vilka de utnyttjandeformer är som är ekonomiskt intressanta för honom. Innan det kan ske måste de idag upphovsrättsligt erkända utnyttjandeformerna och gränserna för dem fastställas. Först därefter kan analyseras om de överensstämmer med upphovsmännens ekonomiska intressen.

1.2.2.2 Funktion, ändamålsenlighet och dynamik

Undersökningens materiella och dogmatiska kärna är reglernas faktiska funktion när bilder blir föremål för utnyttjanden av olika slag, d v s beskrivningen av gällande rättsliga förutsättningar och ramarna för förfoganden över bilder. Med reglernas *ändamålsenlighet*, avses hur *väl* reglerna fungerar till att tillgodose sina syften. Endast om reglerna på ett effektivt sätt kan ge ett skydd som svarar mot upphovsrättens syften, är de *ändamålsenliga*.[70] Reglernas ändamålsenlighet är en produkt av deras syfte och funktion, men att dra någon skarp gräns mellan syfte, funktion och ändamålsenlighet är likväl knappast möjligt. Om lagens bud ligger fast, medan verklighetens förutsättningar ändras, kan effekten bli att reglernas funktion förändras utan att själva reglerna förändras. För att upphovsmannen skall kunna bevara ett starkt skydd för sina bilder, måste upphovsrätten följa *samhällets förändring*. Det är särskilt viktigt mot bakgrund

[69] Grönbok s 11.

[70] Jfr Dir 1977:21 s 4 där det anges att lagstiftningen bör utformas så att den i den praktiska tillämpningen kan fungera på ett ändamålsenligt sätt.

av att utnyttjandet av bilder blivit allt intensivare sedan tillkomsten av URL.[71]

För att upphovsrätten skall kunna tillgodose sina grundläggande syften i en verklighet som är *föränderlig*, så måste reglerna alltså vara *dynamiska* i den meningen att de skall kunna tillämpas på nya konstnärliga och tekniska förutsättningar. Någonstans finns det ändå en gräns för vad som är möjligt inom ett rättsligt system. Vid mer övergripande förändringar av rättens föremål kan grundläggande termer och strukturer behöva förändras.[72] Eftersom det är omöjligt att på längre sikt förutse samhällsutvecklingen måste lagstiftningen ändras, när problemen har upptäckts. I många fall under tiden efter ikraftträdandet av URL har det också ansetts nödvändigt att göra ändringar i och tillägg till det skyddade området för att upprätthålla reglernas ändamålsenlighet. Dessa ändringar kan då samtidigt ha ändrat reglernas funktion och deras ursprungligt tänkta interaktion med andra regler.

1.2.3 Tekniken

Som en röd tråd genom de båda dogmatiska avsnitten går teknikens inverkan på upphovsrätten. Den nya informationstekniken rubbar på ett fundamentalt sätt upphovsrättens grundvalar. Det har primärt sin förklaring i ovan konstaterat faktum att upphovsrätten motiverats just av den tekniska utvecklingen. Om den tekniska verkligheten ändras, blir det mer eller mindre slumpmässigt om de juridiska reglerna fortsätter att fungera effektivt. Tekniken har därvid betydelse i flera hänseenden. De huvudsakliga sätt på vilka digitaltekniken inverkar på upphovsrätten och som uppmärksammas i undersökningen är dess förutsättningar för skapande och bearbetning, lagring, överföring och förfogande genom upphovsmannen, hans avtalsparter och tredje man samt kontroll över det förfogande som sker.

Digitaltekniken ökar cirkulationen av skyddat verksinnehåll. Verket träder in i kretsloppet genom att skapas digitalt eller genom att digitaliseras, t ex med hjälp av en *scanner*. Sedan kan det lagras, tillgängliggöras för allmänheten, kopieras och bearbetas digitalt.[73] Också kontroll av och ersättning för utnyttjande kan skötas digitalt. I ett scenario över utveck-

[71] Jfr SOU 1990:30 s 449.
[72] Jfr Bergström i Festskrift till Ekelöf s 116.
[73] Jfr Olsson, Copyright s 28.

lingen av en digital marknad skapar upphovsmannen sitt bildverk i en dator. Därifrån sänds det i maskinläsbar form till en förläggare eller en annan part, som sköter den vidare exploateringen av verket. Verket tillhandahålls i digital form mot ersättning för utnyttjandet. IT har blivit det allmänt använda samlingsbegreppet för olika datorbaserade tekniker, som används för att skapa, lagra, bearbeta, överföra och presentera verksinnehåll i form av bl a ljud, text och bild.[74]

Såväl upphovsmän som förläggare och andra förmedlare kan tjäna på att verksinnehållet finns i digital form. Den digitala utbytbarheten gör att möjligheterna att skapa, kombinera, kopiera och återanvända materialet begränsas endast av användarens fantasi.[75] När det gäller den upphovsrättsliga betydelsen för teknikutvecklingen är de faktiska möjligheterna att nyttiggöra verksinnehållet viktiga. Av stor betydelse har varit spridningen av slutanvändarutrustning. Det har över tid visat sig att utrustning som möjliggör åtkomst av det aktuella verksinnehållet allt snabbare tenderar att nå slutanvändaren.[76]

Globala telenät och radiovågor har under mer än ett sekel möjliggjort transmission av stora mängder information. Tillsammans med möjligheterna att lagra verksinnehåll på magnetband och i digitala minnen och att överföra skyddat material i digital form, har det förbättrat åtkomligheten av verksinnehåll. Till nackdel för rättighetshavaren är de ökade möjligheterna att åstadkomma *intrång* genom *obehörig* lagring, kopiering och spridning av det skyddade materialet med hjälp av såväl digital som analog teknik.

De senaste hundra årens tekniska utveckling har skapat viktiga eftermarknader för upphovsrättsligt skyddat material. Såväl litterära som konstnärliga verk har traditionellt exploaterats av en mellanhand genom förlagspublicering. Den eftermarknad som uppstått genom kommersiellt vidareutnyttjande har på musikområdet, på upphovsmannens eller hans rättighetshavares uppdrag, förvaltats av särskilda organisationer, som kollektivt bevakar vissa rättighetstyper och vissa slags utnyttjanden. Här har den tekniska utvecklingen förbättrat möjligheten att kontrollera utnyttjandenas omfattning. De kollektiva organisationerna på musikområdet har kunnat samla uppgifter om såväl upphovsmän som deras verk i stora internationella databaser och fördelningen av medel kan också ske med hjälp av ADB. För det nordiska rättsområdets del har det först under senare tid blivit ekonomiskt intressant att bilda kollektiva förvalt-

[74] Se prop 1995/96:125 s 7.
[75] Dreier i Digitalisering s 118.
[76] Jfr op cit s 120 f.

ningsorganisationer på området för bildkonst (se nedan 7.9.2.1).[77] Genom den digitala tekniken kan möjligheterna att kontrollera det utnyttjande som sker av verksinnehåll förbättras. Därmed kan också behovet av särskilda organisationer för administration av vissa typer av sekundära utnyttjanden minskas (se härom nedan 7.9). Upphovsmannen kan i allt högre grad tänkas själv kontrollera skilda former av utnyttjande utan att ta hjälp av mellanhänder i form av förlag eller andra företag eller förvaltningsorganisationer.

1.2.4 Avgränsning i tid och rum

Undersökningen följer på skilda sätt bilden under den tid som det funnits i någon mening modernt upphovsrättsligt skydd för bilder, d v s under de senaste hundra åren. Under denna tid har de tekniska förutsättningarna för skapande och nyttiggörande av bilder förändrats. För att förstå den upphovsrättslagstiftning som gäller i Norden idag och för att kunna göra prognoser om hur upphovsrätten kan och bör utvecklas, är det värdefullt att se hur samhället och upphovsrätten utvecklats över tid. Det kan antas att möjligheterna att uttala sig om upphovsrättens ändamålsenlighet och dynamik kan förbättras genom att studera hur tekniska förändringar tidigare bemötts av lagstiftaren. Samspelet mellan teknik, juridik och övriga kulturella faktorer är en viktig utgångspunkt för undersökningen.

Undersökningen har till syfte att beskriva rättsläget mot 1900-talets slut. För att ge insikt om gällande rätt bör den ses i belysning av upphovsrättens och samhällets utveckling under 1900-talet. Nära till hands kunde ligga att sätta gränsen bakåt i tiden till 1944, d v s att ta vid efter *Lunds* undersökning av bildkonsten. *Lund* har emellertid avstått från att i sin undersökning sätta in företeelser som i dagens perspektiv redan då borde ha haft klart bildrättsligt intresse. Därför bör *Lunds* verk snarare ses som en milstolpe på en längre väg. Även om upphovsrättslagstiftningen i modern form tillkom under 1800-talets senare del, är det främst under 1900-talet som den utvecklats till ett starkt rättsinstitut med klara konturer.

När det här skrivs, under sommaren 1997, pågår visst revisionsarbete av såväl nationell som internationell och europeisk upphovsrätt. Flera av de internationella skeenden som nu pågår har helt lämnats utanför undersökningen. Andra är mer el-

[77] Den svenska kollektivt förvaltande organisationen på bildområdet BUS tillkom 1989.

ler mindre väl förankrade i den. Av primärt intresse för läsaren kan dock vara att *WIPO Copyrigt Treaty* (WCT) är antagen och väntar på integration med svensk upphovsrätt. Några konkreta överväganden om vilka ändringar som behöver företas i nationell upphovsrätt har ännu inte presenterats. EGs *databasdirektiv* står inför införlivande genom det förslag som regeringen presenterat i proposition.[78] *Följdrätt* har nyligen införts i Sverige trots att man inom EG arbetar med ett harmoniseringsdirektiv.[79] Ett nationellt förslag om införande av *kassettersättning* liksom om en begränsning av rätten att återge *konstverk på allmän plats utomhus* har presenterats under 1996,[80] men har ännu inte lett till vidare åtgärder. Dessa nationella och internationella revisionsförslag redogörs för nedan utifrån det beskrivna dagsläget.

Svensk rätt är den naturliga utgångspunkten för utredningen. Med den utgångspunkten avser jag emellertid att även beskriva rättsläget i de nordiska länderna med undantag av Island. Anledningen till avgränsningen är att Island inte varit aktivt delaktigt i det övriga nordiska lagharmoniseringsarbetet och har en upphovsrättslagstiftning som i delar skiljer sig från det övriga Nordens. Undersökningen är inte komparativ i egentlig mening. För att en tydlig bild av utvecklingen på bildområdet, särskilt med hänsyn till ny teknik skall kunna göras, är det emellertid nödvändigt att i någon mån förklara de olikheter som ändå finns mellan de nordiska länderna i relevant juridisk materia.

Det nordiska perspektivet får dock inte överskugga de undersökta företeelsernas globala karaktär. I EGs grönbok konstaterades att den nya teknologin medfört att de nationella gränserna upphävts, vilket gjort den traditionella upphovsrättens territoriella uppdelning obsolet.[81] På grund av upphovsrättens internationella karaktär finns ett stort antal för upphovsrätten mer eller mindre universella problem som ofta inte är starkt relaterade till den nationella upphovsrättsliga lagstiftningen. Hit hör bl a frågorna om verksobjekt och verkshöjd.

Upphovsrätten har förenhetligats internationellt, främst som resultat av internationella konventioner, vari bl a ett visst minimiskydd eftersträvats. Flertalet av världens länder är idag medlemmar av Bernunionen. För att uppnå konventionsstandard måste medlemsländerna genom sin upphovsrättsliga lagstiftning vidta åtgärder som svarar mot konventionens krav. Regler om handel med immaterialrättsligt skyddade varor har också införts på det internationella handelsplanet. Inom ramen för förhandlingarna i den s k *Uruguayrundan* har utarbetats ett regelverk (TRIPs) om respekterande av immaterialrätter i internationell handel. Även om kon-

[78] Prop 1996/97:111.
[79] KOM(96) 97 slutlig - 96/085 (se härom nedan s 152).
[80] Ds 1996:61 (se härom vidare s 235 ff nedan och s 263).
[81] Grönbok s 15.

ventionerna bidragit till rättslikhet, finns ändå stora rättsolikheter som inte oväntat ofta följer av variationer i skilda rättskulturer. För att schematisera bilden kan upphovsrättsregleringen, såsom här sett till dess roll i Västeuropa, delas in i tre huvudgrupper. Den ena gruppen är den germansk/nordiska till vilken hör Tyskland, Österrike, Schweiz, Nederländerna och de nordiska länderna. Till den andra gruppen hör Frankrike, Belgien, Spanien, Italien, Portugal och Grekland. Den tredje gruppen är de länder som har ett *common law*-system.

För upphovsrättens harmonisering på det europeiska planet har EU under senare år fått stor betydelse. Europas strävanden efter fri rörlighet av varor och tjänster träffar även upphovsrättigheter. Eftersom de immateriella ensamrätterna är monopolrätter kan upphovsrättigheternas utövande få konkurrensbegränsande effekter. De har på olika sätt konstaterats ge upphov till indirekta handelshinder. Som ovan anges, görs här emellertid inga rent konkurrensrättsliga avvägningar.

1.3 Metod

Undersökningens metodiska *utgångspunkt* är *rättsdogmatisk*, d v s att söka fastställa gällande rätt med hjälp av i svensk rättstradition erkända rättskällor: *lag, prejudicerande praxis, lagmotiv, doktrin* och *handelsbruk*.[82] Det betyder att i strikt rättsvetenskaplig mening endast sådana argument som har grund i den svenska juridiska *rättskälleläran* bör åberopas.[83] Eftersom metod och källor är fast förbundna i rättsvetenskapen, väcks frågan om rättsdogmatikens gränser när de traditionella rättskällorna inte ger tillräcklig kunskap om gällande rätt.

Undersökningen griper över ett brett område, som till vissa delar är mycket väl belyst i rättskällor av skilda slag. Andra delar saknar beskrivande rättskällor eller har ett bristfälltgt källunderlag. De företeelser som undersöks avser ibland också företeelser som svårligen låter sig beskrivas uteslutande med hjälp av traditionella rättskällor. För förståelsen av innehåll, analys, källval och källbehandling är det därför på sin plats att något diskutera de källor som används och hur de behandlas.

[82] Jfr Peczenik, Vad är rätt? s 215 f.
[83] Jfr Schmidt i Festskrift till Ekelöf s 570 ff.

1.3.1 Närmare om källor och rättskällor

För att en tillfredsställande beskrivning av bildverket skall kunna företas, måste i många fall beskrivas bildens natur, betydelse, funktion och förutsättningarna för dess utnyttjande. Också tekniska aspekter bör belysas. Den snabba utvecklingen på teknikområdet inskränker emellertid i väsentlig grad möjligheterna att inom ramen för denna undersökning göra en mer uttömmande beskrivning av bildens tekniska miljö. Även om undersökningen främst fokuserar på sådana fenomen som tagits upp eller i vart fall tangerats i den juridiska litteraturen eller i andra traditionella rättskällor, används i vissa fall källor utanför den traditionella rättskälleläran. Några begränsningar till vissa slags källor görs då över huvud taget inte.

Den rättsdogmatiska metoden innehåller visserligen såväl induktiva som deduktiva moment. En beskrivning som bygger på studier av källmaterial blir därmed huvudsakligen induktiv och kan därmed inte vara helt uttömmande. Jag har därför gjort avvägningen att när ett stort antal källor ger stöd för samma uppfattning eller påvisar samma faktum och uppgifter som tyder på motsatsen inte påträffats, ytterligare källsökning inte varit nödvändig. Några uttalade försök att finna stöd för uppfattningar som motbevisar de utsagor som görs eller teser som anförs på grundval av resultaten i arbetets deskriptiva delar företas inte, vilket kan anses vara en brist från vetenskaplig synpunkt.

1.3.1.1 Lagmotiv

Till rättskällorna hänförs av tradition lagförarbeten. Under en lång tid har – ofta av parlamentariska kommittéer – utarbetats mycket utförliga och väl genomarbetade motiv till de lagförslag som sedan kommit att antas av lagstiftaren, vanligen med marginella ändringar efter remissomgång. På upphovsrättsområdet har de omfattande motiven till 1960 års upphovsrättslagstiftning fått en särställning som stöd och vägledning vid tolkning av de i lagen ofta intetsägande och allmänt hållna reglerna. Även om motiv till upphovsrättslagstiftningen utarbetats i respektive nordiskt land, så har det svenska betänkandet (SOU 1956:25) fått störst betydelse för tolkningen av den nordiska upphovsrättslagstiftningen. Det har sin förklaring främst i att det svenska betänkandet är det utförligaste, men i Sverige också i att svensk rättstillämpning i vart fall hittills har varit särskilt motivtrogen.

Den snabba tekniska utvecklingen har medfört att lagstiftningstakten ökat. Det har fört med sig att förarbetenas kvalitet försämrats. De betänkanden som utarbetats av upphovsrättsutredningarna och därefter, bör därför inte ha samma auktoritet som de äldre motiven. Sedan UU lagt sitt slutbetänkande 1990 har det fortsatta utredningsarbetet skett inom departement och vanligen presenterats i kortfattade departementspromemorior. Departementsförslagen har, till skillnad från många av de äldre betänkandena, ofta stött på kritik, inte bara från remissinstanserna utan också i riksdagen. Det är uppenbart att den enighet som tidigare kunde nås genom förhandlingar mellan olika intressegrupper i de parlamentariska utredningarna i senare lagstiftningsärenden har fått träda tillbaka till förmån för andra, mer formella, politiska beslutsgrunder.

Under senare tid har regler också flutit in i upphovsrättslagstiftningen som en följd av de nordiska ländernas tillträde till EES och åtaganden gentemot EG/EU. Att uttalanden i nationella lagförarbeten som preciserar tolkningen av sådana regler inte får ha någon direkt tyngd som bärande rättskälla för nationell rätt följer av grundläggande europarättsliga principer.

1.3.1.2 Prejudikat

Rättspraxis är på immaterialrättsområdet generellt ganska mager i Norden. Utanför det nordiska området finns emellertid på åtskilliga håll en relativt riklig rättspraxis. Skillnaden beror förmodligen på såväl olika traditioner vad gäller processbenägenhet som faktum att Nordens befolkning är relativt liten.

Upphovsrättsligt skydd kräver inte registrering. Det gör att det, teoretiskt sett, inte står klart att något är skyddat av upphovsrätt annat än efter en intrångsprocess. En *hypotes* som förklarar bristen på praxis kan då vara att eftersom existensen av en upphovsrätt inte kan fastställas annat än av domstolen, avtalsparter och andra utnyttjare gärna presumerar att det föreligger ett skydd. På så sätt binds i vart fall avtalsparterna och därigenom elimineras eller minskar risken för en intrångstalan. För att hypotesen skall kunna beläggas krävs, i avsaknad av rättspraxis, att reglernas faktiska tillämpning noga kan beskrivas och analyseras. Hypotesen skulle då kunna verifieras med hjälp av såväl rättskällor som andra källor, främst de *standardavtal* som förekommer på marknaden (se härom nedan 9.2.1).

1.3.1.3 Doktrin

Om rättspraxis är sparsam, får doktrinen större betydelse.[84] När det område som undersöks står under kraftig förändring och det framstår som värdefullare att komma åt aktuell information än sådan som har hunnit garanteras genom att befästas i tyngre källor, kan nöden kräva att källor av mindre auktoritativt slag såsom konferensrapporter eller nyhetsmeddelanden åberopas. Sådana rättskällor används för att ge ytterligare stöd åt i rättsvetenskapen grundade antaganden eller ligger till främsta grund för de diskussioner som förs *de lege ferenda*, varför de inte direkt bör störa de delar av framställningen som rör gällande rätt i inskränkt mening.

1.3.1.4 Avtal

Nyttiggörande av immaterialrättigheter sker med olika avtalstyper. Avtalstypen varierar i beroende av vilken rättighetstyp som skall upplåtas. Rättsområdets heterogenitet omöjliggör en utförligare reglering av upplåtelseformerna. Avtalsmarknaden har här som på så många andra områden av förmögenhetsrätten lämnats väsentligen öppen för avtalsparterna. Upphovsrätten skiljer sig dock från övriga immaterialrättigheter genom förekomsten av ett relativt omfattande bestånd av *standardavtal* som tillgodoser olika utnyttjandeformer. I den mån sådana avtal tillämpas frekvent, så bör de kunna ge kunskap om hur rättigheterna faktiskt nyttiggörs och därför få göras gällande trots att huvudregeln enligt svensk rätt ansetts vara att inte ens vitt spridda standardavtal på området grundar handelsbruk eller sedvänja.[85]

1.3.1.5 Utomnordiska källor

Även om framställningen är avsedd att belysa nordisk rätt, används ett omfattande utomnordiskt källmaterial. Användningen av materialet va-

[84] Se Bergström i Festskrift till Ekelöf s 119.
[85] Jfr Rosén, Förlagsrätt s 52 f.

rierar i beroende av vad det är ämnat att belysa. Här skall därför grunderna för valet av utomnordiska källor förklaras något. Som ovan påpekas, är det undersökta området i delar relativt väl behandlat i den internationella litteraturen. För det första kan konstateras att upphovsrättens föremål har avhandlats mycket ingående i den juridiska doktrinen, kanske främst i tysk, schweizisk och fransk rätt. Vad gäller teknikens betydelse för upphovsrätten är den, för det andra, belyst, inte bara i europeisk, utan i stor utsträckning även i angloamerikansk (d v s USA) praxis och doktrin.

Det finns stora skillnader mellan skilda rättsordningars sätt att reglera upphovsrätten. Så länge framställningen rör sig inom upphovsrättens kärnområde, kan dock källor från andra länder användas för att beskriva upphovsrättssystemets mer fundamentala funktioner.

En tillbakablick över utförligare framställningar på upphovsrättens område i Norden under 1900-talet visar på en relativt enhetlig användning av doktrinen som källa, där ett antal inte bara nordiska utan också andra europeiska standardverk – främst från tyskspråkiga länder – åberopas till stöd för tolkningen också av den nationella rätten. Med liten variation i uttryck ger den doktrinen ofta stöd för enahanda uppfattning om hur upphovsrätten skall förstås i enskildheter. Den ger uttryck för en *härskande mening.*

I anslutning härtill bör något sägas om användningen av *tyskt* källmaterial i undersökningen. På åtskilliga ställen används tyska källor som stöd för tolkning av nordisk rätt, d v s som vore de nordiska rättskällor. En sådan metod är vansklig. Emellertid ger ett närmare studium av skandinavisk och tysk upphovsrättslagstiftning vid handen att de väsentligen bygger på samma grundläggande uppbyggnad och synsätt. Den tyska upphovsrättslagen har dessutom en materiell utformning som i viss grad motsvarar de nordiska ländernas. Det är tydligt att tysk doktrin har haft ett betydande inflytande på den nordiska upphovsrätten. Influenserna från tysk rätt genomsyrar inte bara de äldre nordiska upphovsrättslagstiftningarna,[86] utan har också satt spår i 1956 års motiv till den svenska upphovsrättslagen. Av visst intresse kan också vara att den i nordisk rätt nyligen genomförda reformen på fotorättsområdet har väsentliga influenser från tysk upphovsrätt (se nedan 3.2.2).

Sedan mitten av 1900-talet har upphovsrätten i Norden emellertid kommit att avlägsna sig från den tyska rätten, vilket bl a kan förklaras av

[86] Jfr 1914 års betänkande s 57. Se om den tyska influensen på svensk lagstiftning allmänt Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914.

att nordisk rätt påverkats av *realistisk rättsfilosofi*.[87] Dessa skillnader har i största möjliga mån beaktats.

Det står klart att doktrinen har olika tyngd i skilda länder. Detta faktum har särskild betydelse med tanke på behandlingen av just tysk doktrin, vilken i jämförelse med de nordiska ländernas har en mycket auktoritativ ställning också för rättsvårdande myndigheter. Trots det ser jag ingen mening med att vikta doktrinuttalanden från skilda länder olika.

När det gäller källor som berör förhållandet utanför Norden och Tyskland kan det vara värdefullt för undersökningen av den faktiska verkligheten, huvudsakligen avseende den tekniska utvecklingen, att använda utländska källor för att beskriva teknikens ståndpunkt och dess verkningar. Några reservationer görs då inte med hänsyn till de eventuella, skilda förutsättningar som förekommer utomlands. Eftersom USA under lång tid har varit föregångsland på digitalteknologiområdet,[88] åberopas därför ofta amerikanska källor till stöd för en beskrivning av den utvecklingen. För beskrivning av den tekniska sidan finns inte heller skäl att begränsa källmaterialet till visst geografiskt område.

På den *juridiska sidan* har problem av likartade slag uppmärksammats runt om i världen vid ungefär samma tid. Det gäller problem vid digital bearbetning, skydd för bildskärmslayout och datorgrafik, fotokopiering och elektronisk kopiering, distribution via kabel och satellit, skydd för bilder i databaser, system för utnyttjande av sekundära rättigheter m m. På många håll utomlands, inte minst i USA, finns redan en utförlig juridisk doktrin och ett mycket stort antal domstolsavgöranden, som kommenteras och analyseras utförligt i såväl angloamerikansk som annan doktrin. Jag försöker därför beskriva några av de problemgrupper som tydligast kunnat urskiljas där för att därefter applicera de reella problemen på vår rättsordning.

Hänvisningar till utländska källor kan också förekomma i övrigt. Det sker då i rättsjämförande syfte. Sådana har inte införts på strikt systematiska grunder utan med hänsyn till om ett förhållande utanför Norden har ansetts intressant eller i övrigt värt att belysa.[89]

Särskilt när det gäller kontinentaleuropeisk rättspraxis, som ju bygger på rättstraditioner som i stora drag liknar den nordiska rättens, kan det ses som en brist att utomnordisk praxis inte utforskats mer grundligt än som skett här. Det har emellertid inte varit möjligt under den tid som stått till buds för att genomföra undersökningen att på det sättet fördjupa sig i materien. Eftersom undersökningen avses primärt beskriva nordisk

[87] Se Törngren i TfR 1986 s 369 ff.

[88] Jfr Schmidt, Teknologi og immaterialret s 10.

[89] Jfr Lunds motsvarande avgränsning i Billedkunsten s 1.

rätt bör det inte heller vara nödvändigt. När den utomnordiska doktrinen åberopas har jag i förekommande fall utgått från att den har sådant stöd i rättspraxis, som kunnat erfordras eftersom det huvudsakligen är standardverk som åberopas.

1.3.2 Bildmaterial

Eftersom undersökningen avser rätten till visuella uttryck, kan det ligga nära till hands att efterfråga illustrerande bildmaterial i anslutning till relevanta avgöranden. Av olika skäl, bl a svårigheten att göra en adekvat avgränsning av vilka avgöranden som förtjänar att illustreras och faktum att det bildmaterial som illustrerar rättsavgöranden ofta är av relativt dålig grafisk kvalitet, har jag valt att inte presentera sådant i undersökningen. Man kunde också se ett värde i att visuellt illustrera redogörelsen för skyddsvärdigheten av nutidskonst i övrigt. Den finns emellertid utförligt beskriven i mer eller mindre populärvetenskapliga arbeten, varför bättre är att hänvisa dit.[90]

1.4 Definitioner av vissa väsentliga begrepp

Med *verk* avses här ett sådant alster som åtnjuter skydd av upphovsrätt. Förutsättningarna för att ett verk skall föreligga är först och främst att det är *litterärt* eller *konstnärligt* samt att det är skapat. För att något skall vara konstnärligt i upphovsrättslig mening skall det enligt motiven till URL vara skapat av en människa med *konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan.*[91] Därmed avses att verket skall ge uttryck för upphovsmannens *individualitet.* Det skall också nå en viss grad av *originalitet.* Detta originalitetskrav har uttrycks som *verkshöjd.*

Eftersom det i praktiken inte kan avgöras om ett verk föreligger annat än efter prövning av domstol i en intrångstvist, är det ofta osäkert om ett verk föreligger eller inte. Då används vanligen ordet *alster* istället för *verk* för ett konkret objekt. Ofta blandas skyddat och oskyddat material i ett

[90] När det gäller nutidskonsten fram till 1970-talets mitt kan hänvisas till Lucie-Smith, Konsten i dag. Förutsättningarna för skapande med digitalteknik är mycket väl illustrerade i bl a Steller, Computer und Kunst och Vince, Computer Graphics, till vilka här hänvisas generellt.
[91] SOU 1956:25 s 65.

och samma medium, exempelvis en databas eller ett TV-program. Som samlingsbegrepp för såväl skyddat som oskyddat litterärt eller konstnärligt material i ett medium används ordet *medieinnehåll.*

I 1 § URL liksom i lagens detaljregler förekommer på skilda håll uttryck för olika slags verk, såsom t ex *filmverk, konstverk* och *byggnadsverk.* Sådana i lagen angivna konstnärliga eller litterära uttryck är vad som avses med *verkskategorier.*[92] Verkskategorierna har en väsentlig funktion i det att skilda kategorier ges olika stort ekonomiskt skydd genom detaljreglerna i lagens andra kapitel. Sådana konstnärliga uttryck som inte finns nämnda i lagen, såsom exempelvis *videokonst* eller *datorkonst,* anges istället som *verkstyper.*

Fotografier kan antingen få ett fullt upphovsrättsligt skydd som alster av bildkonst eller ett svagare skydd i form av en upphovsrätten *närstående rättighet* (*droit voisin*). Medan den förstnämnda bildtypen kallas för *fotografiskt verk,* så kallas den senare för *fotografisk bild.* En samlingsbeteckning för båda dessa kategorier, jämte sådana bilder som *in dubio* faller utanför det skyddade området är termen *fotografi.*

Begreppet digitalteknik används ymnigt i framställningen. *Digital teknik* skiljer sig från *analog teknik* genom att den är *binär.* Det mesta verksinnehåll kan idag uttryckas med digital kod. Den digitala tekniken skiljer sig från den traditionella analoga tekniken genom att verksinnehållet kan uttryckas *exakt.* Med analog teknik kan samma verksinnehåll uttryckas *på olika sätt eller inta olika värden.*

Datorer och datorteknik förekommer också flitigt i framställningen. Datorn består av olika enheter. Den har för det första olika typer av inenheter, d v s enheter som möjliggör att lagra information i datorn. Av kanske särskilt intresse här är den s k *scannern,* med vilken bilder kan läsas av optiskt och omvandlas till digital kod.

Digitaltekniken kan användas för att skapa verk. Vid skapande av skilda företeelser med avancerad digitalteknik brukar man tala om CAD (*Computer Aided Design*). Den digitala datortekniken gör det idag kanske framför allt enklare att bearbeta bilder. Den systematiska kodningen av bildinnehåll i digital form och lagring i elektroniskt läsbar form möjliggör samtidigt nya former av bearbetning och manipulation av verksinnehållet. En vanligen använd term för sådan hantering är *electronic image processing.* Av speciellt slag är den s k *OCR-tekniken (optical character recognition),* som gjort det möjligt för datorer att känna igen mönster i bilder. Resultatet av digitala *bearbetningsprocesser* som tar utgångspunkt i redan befintliga verk har kallats *computer-supported co-operative works* (CSCW).

[92] Se Immaterialrätt s 27.

Datorn har olika typer av *minne*. För den primära driften av datorn används ett temporärt minne till vilket programvara och annan mjukvara hämtas för det operationella datorarbetet. Detta minne kallas *primärminne*, *RAM*-minne eller *arbetsminne*. Här används den förstnämnda termen.

Till de flesta datorer finns idag också *sekundärminnen*. Vanligt är att datorer är kopplade till större minnen där stora mängder information finns lagrad för att kunna tas fram och användas vid behov. Ett sådant minne brukar kallas *hårddisk*. Ofta används också externa minnen i form av *disketter (flexskivor)* eller också kan datorn läsa från externa *ROM*-minnen (*Read Only Memory*), varmed avses ett minne vars lagrade innehåll inte kan ändras; det kan endast läsas av datorn, t ex en CD (*Compact Disc*). Datorn kan också vara kopplad till ett datornätverk, där information kan finnas tillgänglig i ett större externt minne.

Digitaltekniken har också avsevärt förändrat möjligheterna att lagra och överföra verksinnehåll. Med *BBS (Bulletin Board Services)* avses datorsystem till vilka abonnenter har tillgång via telekommunikationsnätet för att lämna eller ta emot filer och elektronisk post.

Utanför datorområdet i trängre mening blir också bärare av verksinnehåll i digitala media av annat slag allt vanligare. Musik lagras på CD eller kan spelas in på *DAT (Digital Audio Tape)*. *Audiovisuella* verk, d v s upptagningar av bildsekvenser, med eller utan medföljande ljud, tas idag upp på digitala *videogram*. När det gäller lagring på fonogram eller digitala eller magnetiska bärare används i lagen uttrycket *upptagning*.

Exemplarframställning kan också ske med annan teknik. Ett vanligt sätt är idag exemplarframställning genom fotokopiering (fotostatkopiering) eller stencilering. Eftersom kopiering inte nödvändigtvis behöver ske genom användning av ljus utan t ex med elektronstrålar, är egentligen reprografi en mer adekvat term. I den svenska lagen används därför uttrycket *reprografiskt förfarande*.

HDTV (*High Definition Television*) ger möjligheter att sända bilder i digital form via TV. Man kan idag kontrollera vem som skall få tillgång till såväl analogt som digitalt programinnehåll. Genom *Conditional Access* (CA) kan ett TV-programföretag kontrollera vem som skall få tillgång till företagets sändningar. Det kan ske t ex genom att utnyttjaren förses med en *dekoder*, d v s en särskild utrustning som krävs för att återställa en av sändarföretaget kodad sändningssignal.

Upphovsmannen har enligt 2 § URL *ensamrätt* eller *uteslutanderätt* att förfoga över verket. Förfogandet kan bestå i *exemplarframställning* eller i att verket *tillgängliggörs för allmänheten*. Verket kan göras tillgängligt för allmänheten genom att *exemplar sprids* eller genom att verket *framförs* eller *visas* offentligt. När det gäller bilder kan framförande inte komma ifråga

eftersom framförande kan ske endast av verk som har en tidsdimension. Från upphovsmannens ensamrätt görs i 2 kap URL en rad undantag. Sådana undantag kallas *inskränkningar*. Inskränkningarna kan i sin tur vara mer eller mindre *begränsade* till vissa verkskategorier eller utnyttjanden.

Ofta handhas rättighetshandeln av en organisation. Internationellt används ofta uttrycket *Copyright Management Organization* för sådana organisationer. Man talar även om *Collecting Societies*. Förkortningen *CAO* (*Collective Administration Organization*) används ibland för organisationer som kollektivt avtalar om rätten att utnyttja upphovsmännens verk. Ersättningen från utnyttjarna erläggs till organisationen och fördelas sedan till upphovsmännen enligt olika beräkningsgrunder. Benämningen *förvaltningsorganisation* är den term som nedan används. För organisationernas verksamhet används uttrycket *kollektiv förvaltning*. För att den kollektiva förvaltningen skall fungera måste det finnas uppgifter om verket. Sådana uppgifter meddelas idag med *ADB* (*automatisk databehandling*). Nu kan verk i digital form själva bära uppgifter om sig. Man märker verksinnehållet med vad som kommit att kallas *Copyright Management Information* (CMI). Om verksinnehållets identitet kan säkerställas blir det lättare, inte bara att kontrollera omfattningen av utnyttjanden och att skydda verket mot upphovsrättsintrång, utan även att utge individuell ersättning genom elektroniska förvaltningssystem, s k ECMS (*Electronic Copyright Management Systems*).

KAPITEL 2
BILDOBJEKTET

I detta kapitel beskrivs de allmänna skyddsförutsättningarna för bildalster. Beskrivningen görs främst utifrån motiven till upphovsrättslagen och den doktrin som analyserat lagens skapandekrav. Det är svårt att beskriva en så abstrakt företeelse som lagens skapandebegrepp. För det första ges ingen vägledning i lagen. För det andra är det svårt att finna adekvata ord och uttryck för att förklara och definiera vad som skall förstås med *skapande, konstnärligt* och *verk*. För det tredje har de ord och uttryck som använts sedan 1800-talet i många fall successivt fått ändrad innebörd. För det fjärde har området varit kraftigt debatterat och skilda uppfattningar om begreppens innebörd har inte sällan gjort sig gällande i en doktrin som utgivit sig för att vara mer eller mindre rättsdogmatiskt förankrad. En redovisning av det över tid varierande källmaterialet kan därför anses osammanhängande, vag och motsägelsefull. Källmaterialet måste ses utifrån de skilda tider som det kan vara tillskapat i och de bevekelsegrunder som kan ligga bakom det. Det är inte min primära mening att tillföra egna uppfattningar. Här ges endast en ram för vad som kan förstås med alster av bildkonst enligt gällande rätt, delvis i beaktande av vad som kan falla inom bildkonstområdet enligt utländsk – främst tysk och schweizisk – rätt. En fördjupad analys av verksbegreppets utveckling och dess innehåll idag görs först i den avslutande analysen (se nedan kap 9).

1 § 1 st URL sätter det upphovsrättsliga skyddets yttersta gränser. Där anges att den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket. AK slog fast att ordet *verk* var av central betydelse. Däri låg ett krav på att den produkt av andligt arbete som skulle skyddas måste ha höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet.[1] Kravet på skapande insats av mänsklig hand är såväl ett universellt krav för att en *bild* skall uppkomma som ett nödvändigt krav för att bilden skall

[1] SOU 1956:25 s 66; AK åberopar 1914 års betänkande s 57.

skyddas av upphovsrätt. Detta faktum blottlägger några av upphovsrättens svåraste problem, nämligen subjekt- och objektproblemen. Subjektproblemet rör relationen mellan upphovsman och verk. Upphovsmannen måste ha *skapat* en bild för att det skall föreligga ett bildverk i juridisk mening. Objektproblemet rör relationen mellan betraktare och objekt. I denna huvudavdelning skall främst subjektproblemet behandlas, d v s vad som krävs för att ett bildverk skall uppkomma och hur det kan vara beskaffat. Detta bildverk skall sedan i den följande huvudavdelningen (kap 4-8) prövas som ett *objekt* för förfogande.

Vad som närmare förstås med *verk* uttalas inte i lagen. Även om lagstiftaren ofta vädjat till rättstillämpningens förmåga att ge vägledning, har någon egentlig öppning till det upphovsrättsligt skyddade verket inte utmejslats i praxis. Vägen från teori till praktik har tvärtom varit både lång och mödosam. Ytterst skall skyddet i det enskilda fallet fastställas av domstolen. Praxis är sparsam. Frågan om det skyddade verkets föremål och gränser har kanske just därför under hela 1900-talet sysselsatt immaterialrättsvetenskapen. Teorierna om hur lagen skall tillämpas och tolkas har blivit många och ofta motstridiga. Inte minst i Norden har debatten om det upphovsrättsligt skyddade objektet stundom varit animerad.

För dem som gav sig in i den äldre debatten var det primära målet att finna en generell definition av verket som objekt. Den senare debatten har varit av mer pragmatiskt slag. I större utsträckning har det ansetts viktigt att anpassa upphovsrätten till det enskilda fallet och samhällets krav på effektivitet. Ordet *verk* konstaterades i princip endast vara en fiktion. Det fungerar i lagen som ett språkligt abstraherande uttryck och betecknar där det från fall till fall skyddsvärda i skilda situationer.[2] Verket kan inte uppträda som en faktisk realitet[3] och det kan inte fungera som objekt för rättsliga förfoganden i traditionell sakrättslig mening. Det abstrakta verksinnehållet kan däremot ta sig uttryck i skilda fysiska manifestationer som i förekommande fall kan läggas till grund för upphovsrättsliga överväganden och förfoganden. Enligt *Karnell* kunde något enhetligt begrepp inte påvisas bakom användningen av ordet *verk*, annat än i en given bedömningssituation, om man inte valde att "bilda ett begrepp av hela det komplicerade sammanhang med varierande faktiska underlag, vilket skulle utgöras av alla verkliga och hypotetiska fall av upphovsrättsligt erforderlig likhet vid en verksbedömning som till ut-

[2] Jfr Törngren i TfR 1986 s 385 och Karnell i NIR 1971 s 375.
[3] Ross i TfR 1945 s 345; jfr Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 18.

gångspunkt skulle ha en uppsättning egenskaper hos en given primärföreteelse, vilka varierade från det ena bedömningsfallet till det andra."[4] Debatten har utförligt beskrivits i den juridiska doktrinen.[5] Här skall därför inte närmare redogöras för dess innehåll.

En *tummelplats* för dem som velat angripa verket på ett mer filosofiskt plan har också uppstått utanför Norden kring frågan om den moderna bildkonstens skyddsförutsättningar. Där har på senare tid digitaltekniken bidragit till att komplicera gränsdragningar mellan människors skaparinsatser och mellan människa och maskin i det skapande arbetet. Också problem av mer juridisk-teknisk natur kan konstateras på och i omedelbar anslutning till området för den skapande verksamheten. Ett sådant är att dra gränsen mellan litterära och konstnärliga verk, dels i gränsdragningen mellan 1 § 1 och 2 st URL, dels också gränsen mellan text och bild. Ett för de nordiska länderna nytt problem att konfronteras med är hur gränsen skall dras mellan fotografiska verk enligt 1 § URL och fotografiska bilder enligt 49 a § URL.

2.1 Verkets innehåll och form

Det ställs inte något generellt krav på att verket måste ha viss omfattning för att åtnjuta skydd.[6] Även delar av verk är skyddade. För att skyddas måste verksinnehållet vara så omfattande att man kan urskilja att det faktiskt är ett verk. Verksinnehållet måste vara så stort att verket *framträder*.[7]

I ett avgörande om fotografisk avbildning av scendekoren för en teateruppsättning av *Goldonis Två herrars tjänare* konstaterade HD[8] med hänvisning till motiven[9] att en avbildning av ett konstverk principiellt var att anse som exemplar även om den ingick i ett större helt, t ex om en skulptur på en offentlig plats medtogs vid avbildning av platsen. I sakens natur låg dock, att om konstverket utgjorde bakgrund eller eljest ingick som en oväsentlig del i bilden, något exemplar därav inte kunde anses föreligga. Filmning eller fotografering av en interiör, i vilken ingick olika konstverk, kunde därför i regel ske utan upphovsmannens tillstånd.

[4] Karnell i TfR 1968 s 444.
[5] Se främst Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp och därtill Törngren i TfR 1986 s 369.
[6] SOU 1956:25 s 69.
[7] Jfr NJA 1990 s 499 (Gotlandskarta) där fråga var om såväl verkets helhet som dess beståndsdelar. I ett annat avgörande av HD ansågs en stillbild ur en film av en aktör inte utgöra ett *framförande* av en del av verket (NJA 1976 s 282 (Hem till byn)).
[8] NJA 1981 s 313 (Två herrars tjänare).
[9] NJA II 1961 s 53.

Till skillnad från vad som gäller i länder med anglosaxisk rättstradition, finns det i nordisk rätt numera inte något krav på att verket skall vara färdigskapat, att det skall vara fixerat på ett fast underlag eller eljest ha kommit till materiellt uttryck för att skyddas.[10] Även skisser, utkast och bildsekvenser i direktsänd TV kan omfattas av skyddet i förekommande fall.[11] De flesta bilder skapas ändå förmodligen i praktiken inte förrän i det ögonblick när de kommer till materiellt uttryck.[12]

Enligt BK skyddas verket oavsett i vilken form det kommit till uttryck (2 art BK), men verket måste ändå ha en form. Upphovsrätten är ett skydd för verkets *konkreta form*.[13] Formen skall skiljas från verkets *innehåll* och den bakomliggande *idé* eller det bildmotiv som ligger bakom formgivningen.[14] Motivet skall vara fritt. Det som skyddas är upphovsmannens individuella sätt att uttrycka motivet på. I 1914 års lagmotiv förklarades att den upphovsman som bland naturens och människolivets mångfald av *ämnen* eller *motiv* valde ut ett och lade det till grund för konstnärligt skapande, därigenom inte monopoliserat det för sitt personliga bruk. Ett sådant ämne var inte föremål för skydd.[15] Upphovsmannens intresse skulle istället tillgodoses genom hans uteslutande rätt till den egenartade form i vilken det konstnärliga ämnet funnit uttryck.[16] Enligt AK omfattade upphovsrätten inte verkets "innersta kärna, dess

[10] Härvidlag skiljer sig upphovsrätten från *sui generis*-skyddet för fotografiska bilder vilka i princip måste vara fixerade i någon mening för att skyddas (se Gendreau i RIDA 159/1994 s 148 ff). Nordisk rätt skiljer sig på denna punkt även från angloamerikansk federal lagstiftning enligt vilken verket måste vara fixerat på ett *tangible medium* för att skyddas (se härom Gendreau i RIDA 159/1994 s 116 ff). I Norden kan också ses en förändrad inställning under 1900-talet till kravet på fixering. *Knoph* hävdade t ex att det krävdes en yttre realitet som kunde skiljas från upphovsmannens personlighet och därtill hade en viss varaktig (*blivende*) karaktär så att den därifrån kunde reproduceras eller meddelas till andra (Åndsretten s 63; jfr härtill den danska domen U 1926 s 1003 (Optog og Ridderturnering)). Den förändrade inställningen till fixeringskravet har beskrivits av Lund, Ophavsretsloven s 54.

[11] Se ang utkast och skisser 1914 års betänkande s 150 och Lund, Billedkunsten s 60; ang TV se Olsson, Copyright s 42, Karnell, Programinnehållet i TV s 238 ff.

[12] Jfr Kehrli s 14 f.

[13] Koktvedgaard/Levin s 138 ff.

[14] Se om idéns frihet Lund, Billedkunstens 58; se utförligt om gränsdragningen mellan innehåll och form, Cherpillod, L'objet du droit d'auteur. Att verkets *idé* skall falla utanför skyddsområdet har också befästs i tysk doktrin (se Hubmann i UFITA 24/1957 s 1 ff; jfr Fromm/Nordemann § 2 (24-25) och Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 8 ff och Zschokke, Der Werkbegriff im Urheberrecht s 13 ff. En liknande gränsdragning återfinns också i angloamerikansk rätt i den s k *idea – expression dichotomy*.

[15] 1914 års betänkande s 58.

[16] Ibidem.

ämne, motiv eller *idé*, och icke heller de *tankar, erfarenhetsrön* eller *uppgifter om fakta*, som däri framläggas".[17] Med citering av *Knoph* kunde enligt AK verkets upphovsrättsliga skydd avgränsas *till den individuelle form och skikkelse som ophavsmannen gitt det.*[18]

Man kan dock inte helt bortse från verkets motiv. När det gäller bildkonst blir bandet mellan motivet och det konstnärliga uttrycket särskilt tydligt eftersom motivet ofta kan vara avgörande för att verkets identitet skall kunna uppfattas.[19] Många bildverk har i grunden sitt ursprung som en tanke hos upphovsmannen, d v s en mer eller mindre konkretiserad föreställning om hur alstret skall komma att se ut.[20] Den kan ha sin grund i faktisk verklighet eller i upphovsmannens medvetande eller undermedvetna.[21] *Lund* skilde mellan huvudidé som skulle falla utanför skyddsområdet och de idéer som låg till grund för den närmare utformningen av verket, vilka alltså mycket väl kan höra till skyddsobjektet.[22]

Ett förklarande exempel som givits av *Koktvedgaard/Levin* är att ingen kan hindras från att gå ut med sitt staffli på Djurgården och måla av *Prins Eugens* kvarn i lövfällningen. Man får bara inte efterbilda en redan existerande tavla, d v s iaktta tavlan och måla efter den istället för efter naturen.[23]

Att i praktiken dra någon skarp gräns mellan motiv och uttryck låter sig knappast göra.[24] I princip kan form och innehåll i en bild klart åtskiljas endast när man står inför ett figurativt eller eljest faktiskt bildmotiv. Utanför området för rent figurativa bilder tilltar svårigheterna att dra en gräns mellan motiv och form.

[17] SOU 1956:25 s 68; jfr Lund, Billedkunsten s 58.
[18] SOU 1956:25 s 69; Knoph, Åndsretten s 101.
[19] Jfr Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistens s 43; jfr Schramm, Die schöpferische Leistung s 20.
[20] Jfr Kehrli s 12.
[21] Se Schramm, Die schöpferische Leistung s 107 f och dens i UFITA 30/1960 s 139; jfr Koktvedgaard/Levin s 144.
[22] Lund, Billedkunsten s 58 f.
[23] Koktvedgaard/Levin s 138; Jfr också det exempel som anges av Lund (Billedkunsten s 58). Ett äldre svenskt avgörande på litteraturområdet ger stöd för en sådan uppfattning (NJA 1938 s 497 (Pygmalion)); jfr härtill också det tyska fallet BGH GRUR 1956 s 434 (So lange Du da bist).
[24] Jfr om ordets idé vaghet och det inom upphovsrätten oenhetliga idébegreppet Karnell, Rätten till programinnehållet i TV s 385, dens i ALAI, The Protection of Ideas s 145 f. Enligt min mening tjänar det emellertid inte något praktiskt syfte att i denna framställning problematisera ett idébegrepp som vunnit hävd i den upphovsrättsliga diskursen.

Grundläggande för allt skapande är att verken individualiseras genom upphovsmännens olika manér eller stildrag, men något skydd i sig kan inte ges för själva utföringsmetoden i form av manér, stildrag eller materialval.[25] En ofrånkomlig följd blir att om manéret har betydelse för upphovsmannens individuella sätt att utforma ett konstnärligt motiv på, måste det få betydelse i skyddsbedömningen.[26] Föga originella avbildningar av vardagsföremål lider ofta brist på individualiserande manér m m, vilket bidrar till svårigheterna att urskilja det konstnärligt individuella i sådana företeelser.

I ett avgörande om skydd för motivteckningar på en plastkasse konstaterade HD[27] att teckningarna var utförda i en *enhetlig stil* och med en klar konstnärlig *ambition* att ge en attraktiv bild av Gotland. Sedda i sitt sammanhang ansågs teckningarna var för sig ha tillräcklig individualitet för att skyddas.

Karnell konstaterade att HDs domskäl stod i strid med AKs fasta uttalande att manér eller stildrag inte skulle ha någon betydelse. Han ville emellertid alls inte bestrida att den stil i vilken något utförts kunde inverka till att förstärka eller försvaga ett verks chanser till upphovsrättsligt skydd, men det var därvid inte just enhetligheten i stil som bidrog till det. Han undrade därför om HD vetat vad det innebar upphovsrättsligt att låta den *enhetliga stilen* bidra till ett konstaterande av tillräcklig individualitet.[28] Enligt *Rosén* kunde det emellertid ligga väl i linje med vad som naturligt kunde krävas för ett ställningstagande till graden av erforderlig särprägel och originalitet att teckningarna utförts i en *enhetlig stil*.[29]

Även om någon ensamrätt till motivet inte kan ges inom den egentliga upphovsrättens ram, är det ofrånkomligt att det enda faktiskt effektiva sättet att skilja bilder från varandra måste vara genom att se till motivet. För många bilder är det också motivvalet som ger bilden karaktär. Det gäller inte bara för äldre bilder, där spår av upphovsmannen inte ansågs eftersträvansvärda, utan också för fotografier. Inte minst därför skyddas fotografiska bilder oavsett innehåll och form (se utförligare nedan 3.2).

Trots att skyddet inte omfattar det bakomliggande motivet eller ett visst manér i sig, avser det *de facto* vanligen en *kombination av motiv, form och utförande* där formen uttrycker ett bildmotiv. Eftersom det är en människa som initierat eller utfört det konstnärliga skapandet, bör också resultatet ge uttryck åt upphovsmannens individuella stildrag eller bära hans karakteristiska manér, vilket inte hindrar att upphovsmannen kan ha flera olika manér.

[25] SOU 1960:25 s 69; jfr Schramm i UFITA 30/1960 s 149.
[26] Se Schramm, Die schöpfericshe Leistung s 49.
[27] NJA 1990 s 499 (Gotlandskarta).
[28] Karnell i NIR 1990 s 594.
[29] Rosén i JT 1990-91 s 285.

2.2 Verkskategorier och verkstyper

I 1 § URL liksom på skilda håll i lagens detaljregler förekommer uttryck för olika slags verk. Sådana i lagen angivna verk kallas *verkskategorier.* Några verkskategorier som anges i 1§ 1 st URL är *sceniskt verk, filmverk, fotografiskt verk* eller något annat alster av *bildkonst, byggnadskonst* eller *brukskonst.* De här angivna kategorierna är alla underordnade huvudkategorin *konstnärliga verk.*[30] De har alla också direkt eller medelbar betydelse för undersökningen.

Det är endast det *konstnärliga* uttrycket i ett alster som kan åtnjuta skydd som *konstnärligt verk.* Medan konstnärliga verk enligt motiven var sådana som skapats med en *konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan,* var enligt AK litterära verk i vid betydelse beskrivande.[31] Hit hör främst skilda typer av textverk, men också datorprogram och sådana i 1 § 2 st URL åsyftade i grafisk form uttryckta verk av beskrivande art. Huvudregeln är alltså att bildverk är konstnärliga i lagens mening och skyddas då som *alster av bildkonst.* Fotografiska verk anses åtnjuta samma skydd som alster av bildkonst.[32] Därtill finns dock ett fotorättsligt *sui generis-skydd* enligt 49 a § URL. Det skyddar fotografier oberoende av indelningen i litterärt eller konstnärligt och oavsett krav på skapande verksamhet i övrigt.

Indelningen i verkskategorier är i grunden juridisk-tekniskt betingad och bygger vanligen på skillnader i olika verkstypers faktiska egenskaper. Lagstiftaren har av praktiska skäl valt att kategorisera skilda slag av verksinnehåll. Ett tydligt exempel på indelningens lösa grund är *filmverk* som enligt 1919 års lagar ansågs vara litterära oavsett uttryck, men sedermera presumerats tillhöra kategorin konstnärliga verk (jfr nedan 3.6.2.1).[33] Ett annat exempel utanför undersökningsområdet är musikaliska verk som också ansågs vara litterära enligt 1919 års lagar men enligt gällande rätt har kategoriserats som konstnärliga. Förklaringen till den äldre uppdelningen ligger av allt att döma i den ursprungliga synen på konstverket

[30] Se Immaterialrätt s 27 f.

[31] SOU 1956:25 s 65 f; jfr Karnell som sammanfattade kravet på litterära verk till ett krav på referensomfång för arbetsresultatet, d v s att beskriva, ange eller åskådliggöra något (se Programinnehållet i TV s 51). Enligt Olsson var litterära verk sådana som avsåg att förmedla information i en eller annan form (Copyright s 24).

[32] Jfr prop 1993/94:109 s 21.

[33] Se om filmens väg från litterärt till konstnärligt verk Hammarén s 220 ff.

som materiell bärare av ett unikat. Medan konstnärsrättens skyddsföremål var materiella konstnärliga uttryck, skyddade författarrätten uttryck för litterära framställningar.

AK valde uttryckligen att inte dra någon explicit gräns mellan det litterära och det konstnärliga. Det skapande varom fråga var kunde tvärtom gå in under ettdera av begreppen eller båda.[34] Begreppet konstnärlig skulle också tas i så vidsträckt betydelse som möjligt. Stundom kunde även ordet användas som uttrycksmedel. Verket var i så fall både litterärt och konstnärligt. Men det kunde också framträda i bild, i rörelse eller i toner.[35] Det innebär inte att verkskategorierna saknar betydelse. Eftersom den ekonomiska förfoganderätten varierar för olika typer av verk, är det från förfogandesynpunkt (vilket visas i kap 4-5) viktigt att kunna bestämma deras kategoritillhörighet.

Huvudregeln måste enligt systematiken i gällande upphovsrätt ändå vara att litterära och konstnärliga uttryck i största möjliga mån skall skiljas åt. I praktiken uppstår sällan problem med att bedöma om det är ett litterärt eller konstnärligt verk man står inför. Av upphovsrättens gränsdragning mellan litterärt och konstnärligt följer att ett verk – i beroende av funktionen hos de olika delarna – dels kan bestå av såväl litterära som konstnärliga delar,[36] dels kan komma till såväl litterära som konstnärliga uttryck. Ett exempel på det förra är *databaser*. Som exempel på det senare kan tas byggnadsverk, där vissa ritningar till byggnaden kan vara litterära,[37] medan andra ritningar, den uppförda byggnaden och avbildningar av den, kan tillhöra kategorin konstnärliga verk.[38]

Särskilda skyddsproblem kan tänkas uppstå när text och bild tillsammans åstadkommer en verksenhet och de var för sig inte når upp till lagens skyddsgräns. Ett tänkbart exempel kan vara reklamalster och även annan form av *layout* som kan bestå av en kombination av text och bild och där det skyddsförtjänta (eller presumerat skyddsförtjänta) ofta kan finnas i själva kompositionen (jfr nedan 3.1.2). Ett annat exempel är databaser som i sig kan skyddas som samlingsverk enligt 5 § URL, oavsett skyddet för innehållet.

I teorien kan emellertid ändå tänkas situationer där gränsen mellan litterärt och konstnärligt blir oskarp. En kan vara vägtrafiksymboler och internationella symbol-

[34] SOU 1956:25 s 65.
[35] Ibidem.
[36] Jfr Olsson, Copyright s 24.
[37] Se Bergström, Upphovsrätt till byggnadsverk s 15 och 66.
[38] Se Immaterialrätt s 28; Bergström, Upphovsrätt till byggnadsverk s 17 f och 67 f; jfr SOU 1956:25 s 94.

språk för utvecklingsstörda, vilka har ett primärt litterärt syfte, men som ändå kan ha konstnärliga egenskaper. Också presumtionen att filmverk skall vara konstnärliga bör kunna brytas om filmen uteslutande eller väsentligen återger text (se härom nedan 3.6.2.1 jfr 3.6.2.3). Ett annat exempel är text som grafiskt byggts upp som en bild där läsaren ser att bilden föreställer det motiv som i text har uttryckts med ord.[39]

Ett gränsdragningsproblem av mer filosofisk karaktär mellan litterärt och konstnärligt kan vara den s k *bok* i sten och betong, *Arx*, som konstnären *Lars Vilks* byggt på Kullaberg i Skåne. Trots att den s k boken har tilldelats ett ISBN-nummer[40] och trots att upphovsmannen hävdar att den kan *läsas*, torde en sådan företeelse, *författarens* ståndpunkt till trots, från upphovsrättssynpunkt ändå kategoriseras som konstnärlig.[41]

Uppräkningen i 1 § 1 st URL syftar inte till att vara fullständig. I motiven till nu gällande lagstiftning påpekades särskilt att uppräkningen i 1 § URL inte skulle ha annat än exemplifierande syfte.[42] Det framgår explicit av 1 § 1 st 7 p URL där det anges att även verk som har kommit till uttryck på något annat sätt skall skyddas. Ur ett historiskt perspektiv kan märkas att medan uppräkningen i 1919 års författarlag skulle vara uttömmande, fanns i 1 § i 1919 års konstnärslag ett slags *generalklausul*.[43] Avsikten var att den skulle ge skydd för varje art av bildande konst.[44] Att bildkonstbegreppet skulle tolkas relativt vitt framgick också av den i 1 § 1 st gjorda exemplifieringen av vad som kunde utgöra ett sådant verk. Där angavs *teckning och annan grafisk konst, målarkonst, bildhuggarkonst samt byggnadskonst*.[45] Enligt 1 § 2 st samma lag hänfördes sedermera till alster av bildande konst också alster av konsthantverk och konstindustri (se härom nedan 3.4.1).

Syftet med att överge enumerationsmetoden i 1919 års författarlag till förmån för den allmänt hållna formuleringen i 1 § URL var att därigenom täcka uttrycksmedel för konstnärligt skapande, som var okända och obrukade för konstnärliga ändamål men som framdeles kunde komma att tas i det konstnärliga skapandets tjänst.[46] Förklaringen till att den kasuistiska lagskrivningen övergavs ges inte minst i den tekniska utvecklingen. Vid upphovsrättslagstiftningens tillkomst hade TVn gjort in-

[39] Se Nordell, Verkshöjdsbegreppet s 73 f.
[40] ISBN 91-88248-47-X.
[41] Se härtill Vilks, Att Läsa Arx och dens Nimis, och Arx.
[42] SOU 1956:25 s 65 och s 69.
[43] Jfr op cit s 499.
[44] Jfr 1914 års betänkande s 150.
[45] En mer utförlig, men likväl blott exemplifierande, uppräkning fanns även i § 2 i den äldre norska lagen från 1930.
[46] Prop 1960:17 s 48; SOU 1956:25 s 65; jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 41.

träde på den kommersiella bildmarknaden, videogramtekniken var under utveckling och datortekniken låg i sin vagga. Ett antagande att nya litterära eller konstnärliga fenomen skulle komma till uttryck i den nya tekniken låg därför nära till hands. Den utveckling som också skett på området har bekräftat detta. I flera hänseenden har den förändrade verkligheten ändå nödvändiggjort ytterligare anpassningar av upphovsrättslagstiftningen.

I lagen finns kategorier som saknas i den i 1 § 1 st URL gjorda uppräkningen. Här kan nämnas de i exemplar förenade kategorierna *konstverk*,[47] *bruksföremål* och *byggnad. Konstverk*, varmed bör avses en *materiellt uttryckt iakttagbar* form, har hittills varit det allenarådande fysiska uttrycket för alster av bildkonst, men digitaltekniken ändrar förutsättningarna. Ett digitalt bildkonstalster bör enligt huvudregeln visserligen vara ett *alster av bildkonst* (jfr 1 § 1 st 5, men det behöver däremot inte var ett *konstverk*. Enligt min mening bör det innebära att inte alla former i vilka alster av bildkonst kommer till uttryck är *konstverk*. I senare tiders upphovsrättsliga doktrin har många konstnärliga uttrycksformer diskuterats som över huvud taget inte nämns i lagen. Stort arbete har lagts ned på att försöka upphovsrättsligt beskriva och avgränsa företeelser som *videogram*, *databaser*, *audiovisuella* verk m m. Gemensamt för dem är att de också är gamla former som uttrycks med nya media. Att sådana konstnärliga uttryck ställs utanför lagens terminologi betyder inte att de ställs utanför det skyddade området. Tvärtom kan skyddsförutsättningarna för sådana uttryck ofta falla under någon annan traditionell kategori. På så vis omfattas de ändå av skyddet. Dessa i lagen inte nämnda konstnärliga uttryck omtalas här istället som *verkstyper*.

I och med införlivandet av databasdirektivet ser lagens kategoriindelning ut att delvis raseras. Principiellt bör en verkskategori avse endast verksinnehåll i egentlig mening. Annat medieinnehåll kan i förekommande fall skyddas som närstående rättigheter och bör då anges som egna *närstående kategorier*. Så gäller t ex för kataloger (49 § URL), fotografiska bilder (49 a § URL) och rörliga bilder (45 § 5 st 2 URL). Inför införlivandet av databasdirektivet med upphovsrätten har regeringen istället valt att presentera en ny kategori – *sammanställning* – som inte anges i 1 § URL. Den skymtar emellertid fram i 5 § URL och i 49 § URL. I 5 § URL talas om den som genom att *sammanställa* verk eller delar av verk åstadkommit ett litterärt eller konstnärligt samlingsverk. I 49 § talas om den som framställt en katalog, en tabell eller ett annat dylikt arbete i vilket ett stort antal uppgifter har *sammanställts*. Det som skiljer kategorin *sammanställning* från den traditionella verkskategorisystematiken är att den ger intryck av att kunna avse sammanställningar som kan utgöra

[47] Observeras bör kanske att Lund använde ordet *konstverk* för det abstrakta verket, medan det materiellt uttryckta konstverket angavs som *exemplar* (Billedkunsten s 8).

verk i sig enligt 1 § URL alt 5 § URL (jfr nedan 2.3.3), såväl som sammanställningar som inte når verkshöjd men som omfattas av den närstående rätten i 49 § URL. Det framgår dock indirekt av lagmotiven att de inskränkningar som gjorts i rätten till sammanställningen, t ex i 12 § URL, är avsedda att vara inskränkningar i rätten endast till sådana sammanställningar som är verk i egentlig mening.[48] Genom att det även görs hänvisningar från 49 § URL till dessa inskränkningar, förefaller regeringen ändå ge uttryck åt ambitionen att lagens sammanställningskategori skall gälla endast *verksinnehåll* där den förekommer i 2 kap URL.

2.2.1 Kategoribyte

Ett verk kan byta kategori eller bearbetas från en konstart till en annan och från en kategori till en annan.[49] Ett litterärt verk, t ex en roman kan filmatiseras. I filmen blir filmverket en konstnärlig kategori såsom bearbetning av det litterära verket.[50] Fotorätten ökar möjligheterna till kategoribyte. Ett bildkonstverk, t ex en skulptur, som avbildats genom fotografi (under förutsättning att bildkonstverket *framträder* på fotografiet) blir att anse som ett exemplar i upphovsrättslig mening av det avbildade bildkonstverket. Samtidigt ges fotografen ett fotorättsligt skydd för den fotografiska bilden. Frågan om kategoribyte ställs ytterligare på sin spets när alster av bildkonst filmas (se nedan s 177 f). Den digitala tekniken medför att möjligheterna att företa kategoribyten ökar. En bild kan idag t ex animeras digitalt till film (jfr nedan s 179 ff). En följd av den digitala tekniken är också att det i vissa situationer har blivit svårare att avgöra till vilken kategori verket hör. Ett av de främsta problemen med digitalteknikén är att skillnaden mellan bildkonst och fotografi löses upp. Det är idag ofta inte möjligt att avgöra om något är ett fotografi eller en med annan teknik framställd bild (se härom nedan 3.2.7).

2.2.2 Syfte och kategoritillhörighet

En näraliggande fråga av mer teoretiskt slag är i vad mån *syftet med verket* kan bestämma kategoritillhörigheten. Man skulle t ex kunna tänka sig att text som används i ett konstnärligt syfte kunde övergå i ett konstnärligt

[48] Se prop 1996/97:111 s 33 ff.
[49] Jfr SOU 1956:25 s 65.
[50] Se Olsson, Copyright s 39; jfr Immaterialrätt s 31.

verksinnehåll. Huvudregeln säger dock att det är likgiltigt "i vilket syfte verket tillkommit, sålunda om syftet är konstnärligt, ideellt i annat hänseende, t ex religiöst, eller rent praktiskt."[51] Syftet i det avseendet måste skiljas från det *konstnärliga* syfte som upphovsmannen har med verket för att detta skall skyddas just som *konstnärligt* verk. Enligt AK skulle som sagt skyddas som konstnärliga verk *alla former, i vilka det förekom att verk tillskapades med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan.*[52]

De båda uttalandena kan i förstone verka motsägelsefulla. De har också blivit föremål för såväl analys som kritik i den svenska doktrinen. Enligt *Ljungman* skulle AK möjligen kunna ha *svävat en smula på målet* om i vilken mån syftet skall ha betydelse för ett verks skydd enligt URL i det senare av de anförda uttalandena. Enligt honom borde det nog anses vedertaget att det från upphovsrättslig synpunkt var likgiltigt i vilket syfte ett verk hade tillkommit.[53] Enligt *Lögdberg* var det möjligt att AK använde ordet syfte i olika bemärkelser i de skilda uttalandena. Med *syfte* i det *förra* uttalandet kunde menas verkets *huvudsyfte*.[54] Det *senare* uttalandet skulle närmast ta sikte på vad som är konstnärligt eller inte.[55] *Lögdberg* knöt an till ett annat uttalande av AK som huvudsakligen behandlade den upphovsrättsliga skyddsbedömningen av brukskonst. AK uttalade där att sådana verk, vid sidan av ett konstnärligt syfte, också hade ett nyttosyfte.[56] Denna förklaring av AKs motsägelsefulla uttalanden verkar trovärdig.

Syftet i den senare bemärkelsen har därmed en direkt betydelse för verkets skyddsförutsättningar. Om det inte ligger ett syfte att skapa ett konstnärligt verk bakom vad som åstadkommits, så skall det heller inte kunna skyddas. Det gäller oavsett objektets estetiska eller andra kvaliteter i övrigt. Ett sådant syfte får också betydelse vid jämförelse med andra verkskategorier. Om syftet med en bild inte är konstnärligt, utan pedagogiskt, så bör verket inte kunna skyddas som ett konstnärligt verk, men väl som ett litterärt verk.[57] I 1 § 2 st URL uttrycks följaktligen att till litterära verk hänförs kartor samt även andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art. Stadgandet tar sikte främst på grafiska uppställningar såsom diagram, ritningar, flödesschemata m m som åstadkommits för att beskriva, ange eller åskådliggöra något.

[51] SOU 1956:25 s 69 (jfr art 2.1 BK. Lydelsen i artikeln i BK är hämtad från den franska lagen som infördes 1902).
[52] SOU 1956:25 s 65.
[53] Ljungman i SvJT 1959 s 94.
[54] Lögdberg i NIR 1960 s 215; jfr dens i Festskrift tillägnad Karl Olivecrona 1964 s 436.
[55] Lögdberg i NIR 1960 s 215.
[56] SOU 1956:25 s 76.
[57] Jfr Lund, Billedkunsten s 57.

Konstnärens syfte med sitt skapande är vanligen att på ett konstnärligt sätt uttrycka ett visst motiv. Ofta finns en konstnärlig ambition hos upphovsmannen, men det kommer inte alltid till tydligt uttryck i det slutliga verksresultatet. En svår fråga blir då om och under vilka förutsättningar en brist i upphovsmannens förmåga att ge uttryck för sitt konstnärliga syfte kan medföra att alstret faller utanför det upphovsrättsliga skyddsområdet. Frågan aktualiseras i flera fall av konstnärligt skapande.[58]

I det ovan behandlade avgörandet om skydd för motivteckningar på en plastkasse uttalade sig HD[59] på ett sätt som gav stöd åt att upphovsmannens individuella syfte med verket kunde vara skyddsgrundande. Även om några av motivteckningarna var förhållandevis enkla, var de enligt HD ändå utförda med en klar konstnärlig *ambition* att ge en attraktiv bild av Gotland.

Såväl *Karnell* som *Rosén* har bemött HDs uttalande om den konstnärliga ambitionens funktion. Den skulle inte vara en i sig skyddsskapande förutsättning utan en specificering av vad som menades med konstnärlig i upphovsrättslig mening.[60] *Karnell* påpekade också att syftets föremål att ge en attraktiv bild av Gotland borde ha lika liten betydelse för skyddsvärdigheten som valet av lämpliga motiv.[61]

En näraliggande fråga är hur verksavgränsningen skall göras när det enda som principiellt skiljer två verksinnehåll åt är deras skilda syften. Den frågan aktualiseras t ex när syftet är *parodierande.*

Frågan om hur ändringar av ett verk i parodierande eller travesterande syfte skall betraktas med avseende på verksenhet, upphovsmannens rätt till oförändrad återgivning och respekträtt har diskuterats såväl i nordiska motiv och doktrin som i den internationella doktrinen (jfr nedan 3.1.4.2 och s 408). Den principiella inställning som traditionellt intagits i Norden har varit att ett parodierande *syfte* medförde att rätten till alstret skulle tillkomma den som framställt parodin eftersom syftet med verket genom parodin givit verket ett nytt och självständigt innehåll i förhållande till ursprungsverket.[62] AK uttalade angående skydd för *travestier* att sådana ofta kunde vara mycket närgångna originalet. Den omständigheten att travestin hade ett helt annat syfte än bearbetningen hade ansetts medföra uppkomsten av självständiga verk, eftersom travestin inte begagnade fö-

[58] Dessa problem har på TV-området behandlats av Karnell. Han har valt att skilja mellan verkets *objektiva* och *subjektiva* syfte. Medan det objektiva syftet var verkets faktiska funktion, så skulle det subjektivt syftet förstås som upphovsmannens avsikt med verket (Se Programinnehållet i TV s 61 ff).

[59] NJA 1990 s 499 (Gotlandskarta).

[60] Se Karnell i NIR 1990 s 594; Rosén i JT 1990-91 s 284.

[61] Se Karnell i NIR 1990 s 594 f.

[62] Se Lund, Billedkunsten s 157 och Delin i NIR 1959 s 240 ff; jfr Ålund i NIR 1992 s 106 ff)

rebilden för att nå en effekt av liknande slag, utan fullföljde ett för förebilden helt främmande syfte.[63]

Mot AKs principiella ståndpunkt har *Rosén* invänt att den parodierande formen skulle sakna betydelse för självständigheten.[64] Om likheten inte är så framträdande, kan parodin vara fri, men vid stor likhet blir den ett utnyttjande av verket trots sitt nya syfte. Utgångspunkten för bedömningen måste enligt *Rosén* vara upphovsmannens uteslutande rätt enligt 2 § URL, vilken var klart och tydligt avgränsad i lagen. Regler om s k *Narrenfreiheit* gavs inte som undantag från den uteslutande rätten och det fanns inte heller regler som gav upphovsmannens syfte i övrigt relevans för skyddsvärdigheten.[65]

Frågan om parodins makt över verksobjektet är svårhanterad och mångfacetterad. Påståendet att upphovsmannens syfte i detta avseende ensamt skulle kunna avgöra om en parodierande bearbetning är ett nytt och självständigt verk eller inte måste enligt *Rosén* vara missledande.[66] *Roséns* uppfattning att man skall se till det utnyttjande av verket som faktiskt äger rum ligger i linje med upphovsrättens syften. Men med upphovsrätten som ett objektskydd måste man ändå utgå ifrån om det parodierade verket framträder i parodin eller inte. Om så är fallet torde blotta syftet med parodin inte i sig åstadkomma ett nytt och självständigt verk i förhållande till det parodierade verket.

Därtill finns ett par andra huvudsakliga inställningar till hur parodi kan betraktas och behandlas upphovsrättsligt. Den som gjort parodin kan hävda att verket som framträder i parodin skall vara jämförligt med *citat* och därmed fritt att utnyttja för sådana ändamål.[67] Även om verket i parodin inte framträder i beskrivande eller kritisk framställning i citatets egentliga betydelse, skulle man väl egentligen kunna tänka sig att en anspelning eller en begränsad återgivning av verket i vissa parodierande fall skulle kunna få citatverkan. AKs inställning till möjligheterna att citera bildkonst var emellertid mycket restriktiv.[68]

[63] SOU 1956:25 s 137. Olsson har gått på samma linje som AK och hävdat att parodier och travestier visserligen skulle vara en form av efterbildningar men att de alltid hade ansetts som självständiga verk även om de nära anknöt till förebilden (Copyright s 40); jfr Rosén i JT 1990-91 s 284 enligt vilken det torde leda in på helt nya banor om domstolarna skulle s a s utdela rättsskydd på grundval av en potentiell upphovsmans syfte med sin presentation.

[64] Rosén i NIR 1990 s 604.

[65] Op cit s 602 f.

[66] Op cit s 604.

[67] Se t ex Gahrton, Upphovsrätt till tecknade serier s 66 ff.

[68] Se SOU 1956:25 s 201; jfr NJA 1979 s 352 (max walters?) där citat av konstverk inte ansågs föreligga.

I flera avgöranden som gällt parodi har talan inte förts om intrång utan om en kränkning av *ideell rätt*.[69] Då ses utnyttjandet inte som goodwillutnyttjande utan som en handling till *upphovsmannens förfång*. Eftersom parodi ansetts som ett självständigt verksuttryck, har det emellertid ansetts svårt att finna sådant kränkande för upphovsmannen enligt 3 § URL.[70] Med tanke på osäkerheten om hur långt det fria området för parodi sträcker sig, kan den ideella rätten emellertid uppfattas som en säkrare väg att stoppa parodin. För att AKs principiella uttalande om parodins frihet p g a objektskillnad skall stå fast, skulle ett utnyttjande av verket i parodierande syfte inte kunna förorsaka intrång eftersom verket inte framträder i parodin. Man skulle då kunna tänka sig att domstolen hade lättare att se ursprungsverket i en kränkning av respekträtten än i en ren bearbetning.[71]

I angloamerikansk rätt har regler om s k *fair use* blivit det främsta verktyg med vilket gränsen mellan utnyttjande och parodi skall hanteras. *Fair use* ger möjlighet till ett visst begränsat utnyttjande när det är försvarligt. Ett parodierande syfte kan då i vissa fall vara försvarligt om utnyttjandet av verket innebär att utnyttjaren varken drar otillbörlig fördel av verket eller skadar upphovsmannens anseende.[72] Genom att anlägga *fair use*-doktrinen torde man komma till samma slutsats, men från ett annat håll. Om syftet att dra nytta av det värde som finns i det parodierade verket tar överhanden över det parodierande syftet, kan åtgärden inte klassas som *fair use*.

2.3 Verkshöjd

Även om det som regel kan antas att de flesta konstverk – ja till och med de flesta bilder – idag svarar mot lagens skyddskrav, så går det ändå någonstans en gräns mellan skapat konstverk och oskyddad bild. Gränsen går mellan skapande och icke-skapande verksamhet. Termen

[69] Se utförligt om konstparodier och den ideella rätten huvudsakligen ur ett angloamerikanskt perspektiv Yonover i Intellectual Property Law Review 1996 s 223 ff.
[70] Se Ålund i NIR 1992 s 108; jfr Strömholm i TfR 1975 s 322 och 336.
[71] Jfr NJA 1979 s 352 (max walters?) där domstolen konstaterade att det nya alstret i princip var nytt och självständigt samtidigt som det återgav ursprungsverket.
[72] Se härom allmänt Posner i Journal of Legal Studies 1992 s 67 ff och särskilt vad gäller bildkonst Yonover i Intellectual Property Law Review 1996 s 248 ff; se även Dreier i Communications and the Law 6/1984 s 49 ff.

verkshöjd[73] har blivit allmänt accepterad som beteckning på det mått av skaparkraft som måste framträda i ett alster för att påräkna skydd. Termen, som har sin inspiration från patenträttens *uppfinningshöjd*, kan härledas från den tyska doktrinen, där den som skyddsnorm främst på brukskonstområdet har uttryckts som *Schöpfungshöhe*,[74] *Leistungshöhe*[75] eller *Gestaltungshöhe*.[76]

Enligt AK låg det i sakens natur att den skapande verksamhetens gränser ofta kunde vara svåra att bestämma och att man endast i allmänna ordalag kunde ange vad som skulle vara avgörande.[77] Det är emellertid inte bara gränsen mellan skapat verk och oskyddat alster *a priori* som kan ge *verkshöjdsbestämningsproblem*. På samma sätt som det finns en gräns mellan skapande och annan verksamhet, finns det en gräns mellan skapande och *efterbildning* av verksinnehåll. Medan den rena inspirationen från andra verk är fri, medför efterbildningen intrång. Mellan inspiration och efterbildning kan uppstå en beroende *bearbetningssituation*. *Sammanställning* av skyddat eller oskyddat medieinnehåll kan på skilda sätt också resultera i uppkomsten av nya verk. Gränserna är svåra både att urskilja i teorin och att dra i praktiken i det enskilda fallet.

2.3.1 Skapande som skyddsförutsättning

Den faktiska skapandeaktens problem kan visserligen tyckas främmande för en juridisk verklighet, men den får på grund av sin förankring i lagtexten inte åsidosättas. I vad mån det upphovsrättsliga skapandebegreppet har ett från de psykiska skapandeförloppen eget juridiskt meningsinnehåll är svårt att uttala sig om. De psykiska händelseförlopp som leder fram till kreativt skapande är ju väsentligen oåtkomliga. Försök att förklara de psykiska skeenden som resulterar i konstnärligt skapande tenderar därför att misslyckas.[78] Vad som avses med skapande i enskilda situationer och hur mycket av den skapande verksamheten som krävs för skydd, kan knappast fastställas generellt, utan skiftar från fall till fall.

Det upphovsrättsliga skapandet måste vara en själslig eller inre intellektuell verksamhet som skall komma inifrån upphovsmannen själv.

[73] Ljungman i Nordisk Gjenklang s 179
[74] Se Schricker i IIC 1995 s 41.
[75] Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 8 uppl 1995 s 37.
[76] Ulmer i GRUR Int 1959 s 2; v Gamm, Urheberrechtsgesetz 1968, § 2 (16).
[77] SOU 1956:25 s 66.
[78] Jfr Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 86.

Också där slumpen står som garant för att alstret blir unikt, utesluter skapandekravet i 1 § URL att sådant som åstadkommits av naturen kan skyddas.[79] Bakom verket måste finnas *någon* som lagt sin hand vid det. Därmed måste avfärdas också det som åstadkoms av djur eller maskiner. Som exempel på djurens bidrag till bildvärlden har i doktrinen anförts bl a apors målningar och sniglar vars fötter färgas in och som får krypa omkring på duken. Inte heller kan naturens eget formspråk uttryckt i t ex s k *bonsaiträd* eller konstfulla naturformationer i form av rötter och stenar påräkna upphovsrättsligt skydd.[80] Skapande verksamhet kan inte heller vara ett rent refererande eller återgivande av vad som redan existerar eller vad som skapats av annan.[81]

För att konkretisera den skapande verksamheten har presenterats en rad kriterier som måste vara uppfyllda för att något skall kunna skyddas som verk. Kraven på *nyhet,*[82] *individualitet,*[83] *självständighet,*[84] och *originalitet*[85] är i motiv, praxis och doktrin ofta återkommande termer som används för att förklara vad som kan skyddas.[86]

Någon mer heltäckande rättspraxis som preciserar skyddsområdet har inte utvecklats i Norden. Den reella betydelsen av det upphovsrättsliga skapandets krav har – kanske inte minst därför – blivit föremål för en i den nordiska doktrinen relativt omfattande debatt.[87] För tolkning av verkshöjdskraven enligt nordisk rätt har de nordiska kommittébetänkandena haft en avgörande betydelse. I 1914 års betänkande angavs att verket skulle vara en produkt av ett andligt arbete som höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet och som åtminstone i någon mån var uttryck för auktors individualitet. En rent mekanisk produktion var inte tillfyllest.[88] Enligt AK krävdes viss självständighet och originalitet av ett

[79] Jfr Ljungman i Nordisk Gjenklang s 193.

[80] Angående skyddsproblemen med skapande med maskiners hjälp se nedan s 75 f, angående skapande med datorers hjälp se Gervais i IIC 1991 s 638, angående apor och upphovsmannaskap se Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 102, Schmid s 20 och angående snigelmålning och bonsaiträd se Olsson, Copyright s 34.

[81] Se SOU 1956:25 s 67.

[82] Se op cit s 136; jfr Lund, Billedkunsten s 105 ff.

[83] Se 1914 års betänkande s 57; jfr Lund, Billedkunsten s 99 och Eberstein, Författarrätten s 100 f.

[84] Se SOU 1956:25 s 67 jfr s 136; jfr Lund, Billedkunsten s 105.

[85] Se SOU 1956:25 s 67; Se om originalitetskravets betydelse i tidigare dansk rätt 1914 års betänkande s 150 jfr Lund, Billedkunsten s 99 f; Dreier/Karnell i ALAI, Copyright and Industrial Property, Congress of the Aegean See II, 1991 s 153.

[86] Jfr Nordell, Verkshöjdsbegreppet s 33 ff.

[87] Se om den allmänt, Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp och Nordell, Verkshöjdsbegreppet.

[88] 1914 års betänkande s 57.

verk.[89] Verket skulle dessutom vara ett resultat av individuell andlig verksamhet. De senare kraven går även igen i 1985 års utredning om upphovsrätt och datorteknik, där det uppställdes som krav för verkshöjd vad gäller datorprogram att de var resultat av *individuellt andligt skapande.*[90]

En viss underordnad betydelse kan också tillmätas motiven till Mönsterskyddslagarna i vilka förutsättningarna för mönsterskapande verksamhet ställdes i relation till de upphovsrättsliga kraven på alster av *bruks-konst.* 1965 års Mönsterskyddsutredning konstaterade i sina motiv bl a att alstret måste vara konstnärligt och präglat av upphovsmannens individualitet.[91]

I mönsterskyddsbetänkandet presenterades också ett s k *dubbelskapandekriterium* som verkshöjdsmätare.[92] I propositionen till ML anförde depch att det borde vara ett krav för upphovsrättsligt brukskonstskydd "att produkten fått en sådan individuell och konstnärlig gestaltning att risken för att samma produkt också skall framkomma genom annans självständiga skapande är obefintlig eller i varje fall mycket ringa."[93] Ett sådant kriterium är dock i flera hänseenden betänkligt som verkshöjdsmätare.[94]

Det senaste tillskottet till samlingen av verkshöjdskriterier är europarättens krav att det skyddade verket skall vara *en upphovsmannens egen intellektuella skapelse.* Uttrycket kom först till uttryck i Datorprogramdirektivet,[95] men återfinns numera också i senare europeiska rättsakter på upphovsrättsområdet.[96]

Två huvuduppfattningar som under lång tid stått mot varandra har varit om skyddsförutsättningarna skall ses *subjektivt* eller *objektivt.*[97] Den

[89] SOU 1956:25 s 67 och 133.
[90] SOU 1985:51 s 89.
[91] SOU 1965:61 s 209.
[92] Op cit s 208 ff jfr s 201.
[93] Prop 1969:168 s 135. Det har också förordats som verkshöjdsmätare av datorprogram (se 1988/89:85 s 27 f). Det har dock hittills endast vid ett tillfälle kommit att användas som verkshöjdsmätare av HD (se NJA 1995 s 256 (Nummerbank))
[94] Se härom Nordell i NIR 1995 s 630 ff och dens i GRUR Int 1997 s 110; se härom även nedan s 364.
[95] Rådets direktiv 91/250/EG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (nedan datorprogramdirektivet).
[96] Se databasdirektivetet, Rådets direktiv 93/83/EG om närstående rättigheter och Rådets direktiv 93/98/EG om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter samt vidare om innebörden av europarättens verksbegrepp Schricker i IIC 1995 s 41 ff.
[97] För en modern internationell överblick se Dreier/Karnell i ALAI, Copyright and Industrial Property, Congress of the Aegean See II, 1991 s 154 och Strömholm i GRUR Int 1996 s 529 ff.

subjektiva uppfattningen är grundad i en idealistisk verksuppfattning och utgår ifrån att verket skall sökas i upphovsmannen och hans relation till skyddsobjektet. Den ställer upphovsmannens egen uppfattning om vad han skapat i centrum. Ett subjektivt *nyhetskrav* tar utgångspunkt i vad som är nytt för upphovsmannen. Därmed skall beaktas såväl upphovsmannens kunskaper om vad som har skapats tidigare som hans uppfattning om vad som kan komma att skapas i framtiden. Det gör upphovsrätten väsentligen till ett *efterbildningsskydd.* Den *objektiva* uppfattningen har kommit att stärkas av den nordiska rättsrealismen. Den utgår ifrån det skapade *objektet* och relationen mellan objekt och tredje man. Mellan en radikalt subjektiv och en radikalt objektiv uppfattningen uppstår ett spektrum. Den extremt subjektiva läran säger att verket över huvud taget inte skall sökas i objektet utan i upphovsmannen. Den extremt objektiva läran bortser ifrån upphovsmannen. Skyddet skall fastställas av tredje man helt utan kunskap ens om existensen av en upphovsman.

I princip har utvecklingen sedan *Kohler* gått från en subjektiv till objektiv verksuppfattning. En kulmen nåddes emellertid vid 1970 då flera röster som t o m förespråkade ett objektivt nyhetskrav hade gjort sig hörda.[98] Därefter har uppfattningen svängt tillbaka något. Även om det tidigare alltså uppenbarligen funnits förespråkare för ett prioritetsskydd inom upphovsrätten, förefaller uppfattningen att nyhetskravet skall vara subjektivt därefter ha utkristalliserats i nordisk rätt.[99] Den härskande uppfattningen ligger någonstans i mitten av spektret och innehåller i själva verket en kombination av subjektiva och objektiva komponenter. Skyddsbarheten måste relateras till såväl den skapande insatsen som till resultatet. Visserligen skall man utgå från upphovsmannen. Han skall ha skapat verket, d v s det skall vara nytt för honom. Det subjektiva rekvisitet inskränker sig dock väsentligen till ett krav på att verket skall vara skapat av en person som inte känner till att hans alster har en äldre motsvarighet. Att kravet på skapande skall ses subjektivt betyder inte att några personliga värderingar om alstrets konstnärliga kvalitet eller liknande skall ha betydelse för dess skydd.[100]

Kraven att alstret skall vara självständigt, originellt och ge uttryck för upphovsmannens individualitet har tidigare inneburit att man i princip

[98] Upphovsrätten som ett slags prioritetsskydd, diskuterades framförallt i den nordiska debatten efter 1945. I en artikel i NIR 1960 har *Lund* utförligt inventerat doktrinens ställningstaganden till objektiva och subjektiva krav fram till dess (se Lund i NIR 1960 s 202 ff); även Karnell, Programinnehållet i TV s 374 ff.

[99] Jfr framför allt Koktvedgaard/Levin s 69.

[100] Jfr SOU 1956:25 s 67.

skall känna igen en viss upphovsman eller hans manér i det färdiga verket för att det skall skyddas. Upphovsmannens individualitet kommer dock inte alltid till explicit uttryck i verket. I någon mening finns ändå spår av honom i alla verk. Spåren kan förekomma såväl i materiell form såsom t ex spår av redskap som i andra hänseenden mer eller mindre avsiktligt särpräglade avtryck av upphovsmannen. Den idag gällande subjektiva idéläran bär emellertid inte mer med sig än att verket skall vara ett resultat av en mänsklig skaparaktivitet i samband med alstrets tillkomst.

Den bedömning som görs är i praktiken besläktad med den i avtalsrätten vanliga objektiverade subjektiva bedömningen (t ex *ägde eller bort äga kunskap* i 31 § AvtL) och den bedömning som i motiven anvisats för kränkning av paternitetsrätten (bedömningen skall visserligen göras *från upphovsmannens synpunkt men i övrigt skall en objektiv måttstock* anläggas.[101]) I samtliga dessa fall rör det sig i praktiken om en fördelning av bevisbörda (se härom nedan s 363 f). Ett sådant modifierat subjektivt verksbestämningskrav är också en utgångspunkt för den fortsatta framställningen.

2.3.2 Bearbetning som skyddsförutsättning

Så länge man talar om skapande, individualitet och originalitet förutsätts upphovsmannen stå opåverkad av intryck från omvärlden. Sådana verkshöjdskrav tenderar att fungera endast i teorin, eftersom skapande i praktiken sker mer eller mindre utifrån upphovsmannens erfarenhet. Gränsen mellan nyhet och självständighet är alltså flytande.[102]

I motiven till den danska upphovsrättslagen anfördes att ett nytt och självständigt verk kunde frambringas genom fritt utnyttjande av ett annat verk. Då krävdes inte samtycke. Så var fallet när enskilda element i ett skyddat verk användes till att skapa det nya verket eller när det ursprungliga verket kunde sägas ha inspirerat upphovsmannen till det nya verket utan att det därmed förelåg ett tillägnande av de konstnärliga eller litterära beståndsdelarna i verket.[103] Med åberopande av *Tegnérs* ord att *all bildning står på ofri grund till slutet* konstaterade AK att "även upphovsmannen bygger vidare på de landvinningar på konstens och litteraturens fält,

[101] Op cit s 123.
[102] Se Lund, Billedkunsten s 109.
[103] Udkast s 110.

som hans föregångare har gjort och arbetar i de flesta fall längs de utvecklingslinjer, som kunna spåras i samtiden".[104]

Principen att allt skapat på ett mycket grundläggande plan kan relateras till tidigare skapande kan kallas *kontinuitetsprincipen* eller *lex continui.*[105] Kravet på skapande blir därmed endast den ena sidan av skyddsbestämningen i den enskilda situationen. Den andra sidan avser skaparinsatsen i jämförelse med vad som åstadkommits av andra.

Det är också ett bärande tema i *Karnells* verksuppfattning att *verk* avser objekt i jämförelse.[106] Likheten kunde enligt *Karnell* "sägas avse ett komplex av egenskaper i båda de jämförda företeelserna. Detta i varje jämförelse aktuella gemensamma egenskapskomplex hos de jämförda företeelserna, detta *egenskapsverk*, är sålunda det faktum, det verk som *jämförelseobjekt*, som kan utgöra upphovsmannens *anspråksunderlag*".[107]

4 § URL är det lagrum som i första hand bestämmer gränserna för *bearbetningar.* Enligt 4 § 1 st URL har den som bearbetat ett verk upphovsrätt till själva bearbetningen. I lagen anges att översättning av ett bokverk till annat språk eller omarbetning från en konstart till en annan kan rendera skydd enligt 4 § 1 st URL.[108] För utnyttjande av det bearbetade verket krävs då tillstånd såväl av den ursprunglige upphovsmannen som av bearbetaren. För att bearbetningen skall skyddas måste den kvalificera för skydd i sig. Den skall med andra ord nå verkshöjd. 4 § 2 st URL stadgar att om någon i *fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, hans upphovsrätt inte är beroende av rätten till originalverket.* Den som åstadkommit ett nytt och självständigt verk har alltså upphovsrätt till hela det *åstadkomna*[109] verket. Tillstånd av den *ursprunglige upphovsmannen* krävs då inte för utnyttjande. Den legala gränsen mot bearbetningsfrihet går enkelt uttryckt mellan 4 § 1 och 2 st URL. AK konstaterade emellertid att *skillnaden mellan en bearbetning i lagens mening och en icke skyddad omvandling av ett verk väsentligen var en gradskillnad.*[110]

[104] SOU 1956:25 s 66 f.

[105] Termen är hämtad från Leibniz' kontinuitetsprincip som i stora drag går ut på att allt skapat hänger samman. Det finns inga luckor. Tingen bildar en sammanhängande kedja och mellan två klasser av ting finns alltid mellanformer, vilkas gränser är omöjliga att avgöra (jfr t ex Aspelin, Tankens vägar II s 91). Jfr om kontinuitetsprincipens betydelse för verkshöjden i Programinnehållet s 70 och Formskydd s 298.

[106] Karnell i TfR 1968 s 401.

[107] Karnell, Programinnehållet i TV s 43; jfr dens i TfR 1968 s 442 ff.

[108] SOU 1956:25 s 133.

[109] Angående lokutionen *åstadkommit* se närmare Ljungman i Nordisk Gjenklang s 186; Prop 1960:17 s 379; Nordell, Verkshöjdsbegreppet s 34 f; jfr Levin i Ulf 50 1985 s 53 f.

[110] SOU 1956:25 s 133.

I ett fall om efterbildning av tygmönster med smultronmotiv har skyddsförutsättningarna vid bearbetning också prövats av HD.[111] Enligt domstolen var smultronmönstret uppbyggt av förhållandevis enkla element som var naturalistiskt återgivna. Det påstådda intrångsmönstret med jordgubbsmotiv var visserligen gjort med smultronmönstret som förebild, men de båda mönstren hade ett flertal skillnader i olika detaljer. Även om mönstren vid en jämförelse kunde förefalla lika, medförde likheten inte att de låg inom samma skyddsomfång.

De rättsliga effekterna av bildens *känslighet* blir särskilt tydliga vid bearbetning. Ofta är det tillräckligt med mycket små förändringar av bilden för att ett nytt verk skall ha åstadkommits, vilket gör bearbetningen attraktiv för tredje man. Ändring endast av ett format torde normalt inte anses som något nytt och självständigt i sig.[112] Gränser torde emellertid finnas. Att helt ändra storlek och miljö, t ex att flytta en urinoar från en offentlig toalett till ett konstmuseum, kan möjligen skapa ett nytt och självständigt verk.[113] Gränsen mellan efterbildning och fri inspiration blir också svårdragen i situationer där t ex en konstnär utnyttjar motivet från ett äldre verk och det enda som objektivt skiljer alstren åt är det manér som bildverket är utfört i. Vad gäller mycket av den moderna bildkonsten är det, som visas nedan, just föreningen av motiv, materialval och manér som tillsammans bildar verket.[114]

2.3.3 Sammanställning som skyddsförutsättning

URLs stadgande i 4 § 2 st URL om *fri anslutning* innebär att ett nytt och självständigt verk kan åstadkommas genom att delar av ett[115] eller flera skyddade verk sätts samman till det nya och självständiga verket. Även om delar av verk kan åtnjuta skydd, finns en minsta gräns, där en del av

[111] NJA 1994 s 74 (Smultron).

[112] Jfr 1 § i 1867 års konstnärslag där det uttryckligen angavs att även en ändring av storleken ansågs som eftergörande av konstverk, jfr härtill också det tyska avgörandet BGH GRUR 1990 s 669 (Bibelreproduktion).

[113] Se härom vidare nedan; jfr den amerikanske konstnären Oldenburg som ofta satt in bruksföremål återgivna i kolossalformat i nya miljöer.

[114] Jfr Kehrli s 15 f.

[115] Enligt lydelsen av 4 § URL skall det nya verket härröra från *ett* skyddat verk. Lagrummet måste emellertid även vara tillämpligt på sådant skapande där de delar av vilka ett verk sammanställs härrör från flera olika tidigare skapade verk, eftersom varje sådan del, med Karnells terminologi, kan fungera som jämförelseobjekt i en skillnadsbedömning.

ett verk måste tappa skyddet eftersom delen blir så obetydlig att det ursprungliga verket inte kan framträda i delen. Här blir två bearbetningsalternativ tänkbara, dels bearbetningar av verk där de delar av vilka verket sammanställts är så små att de i sig inte framstår som exemplar av de ursprungliga verken, dels sådana bearbetningar, där de i det bearbetade verket ingående delarna i sig behåller skyddet. Om de delar av vilka verket skapats inte i sig kan ges upphovsrättsligt skydd blir valet av delar i ett sådant sammanhang jämförligt med konstnärens val av färg och metod, och skyddas därmed enligt 1 § URL.

Om de i sammanställningen ingående elementen behåller skyddet, kan skydd ändå ges för själva sammanställningen. 5 § URL ger skydd för sammanställningen av upphovsrättsliga verk i antologier eller liknande. Skyddet för det sammanställda materialet berör inte skyddet för det nya samlingsverket. För att en sammanställning skall åtnjuta skydd krävs att själva sammanställningen är kvalificerad i litterärt eller konstnärligt hänseende. Vad som avgör om sammanställningen skall skyddas är om sammanställningen i sig uppfyller kraven för verkshöjd,[116] men var skapandets gräns går i sammanställningsarbetet är svårt att säga. Enligt lagmotiven skall kraven på skapande och individualitet ställas lika högt på detta slags verk som på andra verk. I det dagliga livet torde de flesta sammanställare av antologier och liknande samlingsverk förutsätta att de har upphovsrätt till publikationen.[117] I samlingsverket skyddas såväl varje i verket ingående del för sig som själva sammanställningen.

Man kan också tänka sig att ett verk sammanställs av element som visserligen vart för sig framstår som bärare av verksinnehåll och därmed är skyddade i sig, men som sammansatta, t ex till ett kollage, får en så egen form att den nya formen tar över skyddet för de skilda elementen. Så kan t ex vara fallet om sammanställningen har ett parodierande syfte. För att t ex ett kollage, i vilket delar från av andra redan skapade verk utnyttjats, skall kunna göra intrång i rätten till de äldre verken, krävs det att de från verken använda delarna *framträder*[118] i kollaget på ett sådant sätt att kollaget *i sin helhet* inte kan framstå som *nytt och självständigt*. Självständighets-

[116] UU föreslog dock att datorprogram som huvudsakligen bestod av delar av andra program, s k moduler, skulle åtnjuta skydd som samlingsverk enligt 5 § URL. "En förutsättning för att skydd för samlingsverk skall föreligga är att kravet på verkshöjd för samlingen är uppfyllt. Om de programelement som används för sammanställningen inte har verkshöjd kommer det nya programmet, förutsatt att verkshöjdskravet är uppfyllt, att få karaktären av ett originalprogram" (SOU 1985:51 s 90).

[117] Enligt AK skulle ett sammanställande av några vanliga visor till en sångbok emellertid inte uppfylla kraven för upphovsrätt enligt 5 § URL (SOU 1956:25 s 138).

[118] Beträffande ordet *framträda* se Eberstein i NIR 1946 s 84; jfr Karnell i TfR 1968 s 440.

kravets nyckelord är alltså att kollaget är gjort i *fri* anslutning till tidigare verk. Om det skapats i fri anslutning har det en ny form i förhållande till vilken äldre verk *helt träder i bakgrunden.*[119] Det motsatta fallet är en bearbetning som är *bunden* enligt 4 § 1 st URL.

Vad som har den avgörande betydelsen för om sammanställningen skall skyddas enligt 1 § eller 4 eller 5 §§ URL är i grunden om de i verket ingående delarna har en *aktiv* eller en *passiv* funktion i det nya verket. I ett audiovisuellt verk som består av i sig skyddsbara komponenter liksom i ett kollage eller i en film bidrar de i verket ingående delarna till att skapa en ny bild eller verksenhet. En sådan *nyhet* uppstår inte vid sammanställningen av verk till en antologi eller databas. I antologin förblir de samlade verken *passiva* eller *vilande.*[120] Av diskussionen borde dock motsatsvis följa att skydd enligt 5 § URL undantagsvis kan komma ifråga även för sammanställningar som avser kollage eller film när sådana sammanställningsverk har en faktisk *sammanställningsfunktion.*[121] En fråga som kan ställas i anslutning härtill är om ett s k ljudbildband är samlingsverk i lagens mening? Svaret på den frågan bör *in dubio* bli nekande eftersom sekvensen av bilder tillsammans får en *aktiv* funktion till att tillföra något annat än en ren samling av bilder. Istället bör 4 § 1 st URL komma ifråga.

HD fick anledning att närma sig bearbetnings- och sammanställningsproblemen i det ovan berörda fallet om Gotlandskartor[122] som också gällde frågan om efterbildning. I domen aktualiserades relationen mellan del och helhet. Tydligt är att HD frångått den i motiv och doktrin rekommenderade gränsdragningen.

Vid bedömningen av om teckningarna var skyddade skulle de enligt HD inte enbart betraktas var för sig utan också ses som delar av den helhet i vilken de förekom. Sedda i sitt sammanhang ansågs teckningarna ha tillräcklig individualitet för att skyddas. Svarandens teckningar innebar inte någon självständig konstnärlig utformning av motiven.

För att avgöra skyddsvärdighet för delar är det viktigt att fastställa *jämförelseobjektet*[123] i jämförelse mellan originalalster och det påstådda intrångsföremålet. Innan en jämförelse görs av om något utgör ett intrång i rät-

[119] Jfr SOU 1956:25 s 136.

[120] Synsättet ger även en lösning på problemet om skyddsförutsättningarna för s k metapoesi och metakonst, d v s alster som till stor eller huvudsaklig del består av delar från tidigare skapade verk.

[121] Se Nordell i NIR 1991 s 378.

[122] NJA 1990 s 499 (Gotlandskarta).

[123] Jfr ovan not 107.

ten till ett verk måste omfattningen av det som skall jämföras definieras. I HDs just nämnda dom hade jämförelseobjektet kanske inte definierats på ett för situationen relevant eller tillräckligt tydligt sätt. För att utröna om verksenhet förelåg hade domstolen inte tagit hela bilden på plastkassen, där Gotlandskartan fungerade som ett slags inramning, till utgångspunkt, utan först brutit ut *delar* ur *primärföreteelsen* som konstaterats skyddade var för sig. Därefter hade de jämförts med delar i *sekundärföreteelsen*. Såsom *delar av en helhet* ansågs de ha gjort intrång i rätten till det ursprungliga verket.

Enligt *Rosén* var det en fullständig nyhet vid verkshöjdsbedömningen att de nio bilder som skyddsbedömningen gällde kunde anses skyddade i sitt sammanhang.[124] HD verkade enligt *Karnell* ha klumpat samman skyddat med i sig oskyddat innehåll i teckningarna och sedan ansett att de i sitt sammanhang var skyddsförtjänta. En sådan bedömning skulle enligt *Karnell* ha gått utanför den av parterna givna ramen.[125] Om domstolen däremot hade hävdat att de nio teckningarna var en helhet, vilket domstolen också var inne på men inte fullföljde, låg det enligt *Rosén* väl i linje med dittillsvarande synsätt att helheten skulle anses som ett skyddat verk, oavsett skyddet hos enskilda element i bilden.[126] En hypotes som väcktes av *Karnell* var att domstolen i sin *kollektiva fantasi* måhända skulle ha konstruerat ett konstnärligt samlingsverk, men glömt att sådana förutsatte enskilda verk vilkas rätt inte inskränktes av samlingsverket. HDs oförmåga att skilja mellan singularis och pluralis skapade också oklarhet åt domskälen.[127]

Enligt databasdirektivet skyddas själva sammanställningen oavsett innehållets skyddsvärdighet. Databasen definieras som en samling av verk, data eller andra självständiga element som arrangerats på ett systematiskt eller metodiskt sätt som vart för sig är tillgängliga genom elektroniska medier eller på något annat sätt. *Valet* som skyddsfaktor har givits central betydelse. Enligt art 1 skall databaser som utgör verk på grund av det sätt på vilket innehållet har valts eller arrangerats skyddas av upphovsrätt. Det påpekas också särskilt i preambelns p 19 att det är det sätt på vilket innehållet i basen valts ut eller arrangerats som skall utgöra det intellektuellt skapande arbetet.

[124] Rosén i JT 1990-91 s 285.
[125] Karnell i NIR 1990 s 593.
[126] Rosén i JT 1990-91 s 285.
[127] Karnell i NIR 1990 s 594.

2.3.4 Flera upphovsmän

Två eller flera upphovsmän som har *samarbetat* om att skapa ett verk på så sätt att de enskilda bidragen inte utgjort självständiga verk får gemensam upphovsrätt till verket (6 § URL). Exempel på sådana verk där flera bidrar till att framställa ett konstnärligt verk är filmverk, TV-program och många reklamprodukter. Att upphovsrätten är gemensam betyder bl a att den som vill utnyttja verket måste avtala med samtliga medupphovsmän om rätten att utnyttja verket. Var och en av upphovsmännen får emellertid själv beivra intrång.

Regeln i 6 § URL måste dock ses mot den allmänna huvudregeln att verksinnehållet skall delas upp mellan skilda upphovsmän i största möjliga mån. Om det är möjligt att skilja en skaparinsats från en annan, t ex ljud från bild i ett audiovisuellt verk, så behöver enligt huvudregeln om uppdelning av verksinnehållet den som vill utnyttja ljudet inte också ha tillstånd av den som framställt bilden. Det är alltså inte bara i fråga om samlingsverk i egentlig mening (d v s sådana som avses i 5 § URL) som de skilda rättighetshavarnas prestationer delas upp.

2.3.5 Skyddsomfång

Medan verkets omfång har att göra med verkets yttre form, bestämmer verkets *skyddsomfång* omfattningen av dess inre form. Ju originellare eller mer unikt ett verk är desto större blir dess skyddsomfång. Denna regel kan kallas *skyddsregeln*[128] och följer av enkla konkurrensprinciper.[129] Det fria variationsutrymmet är normalt mer begränsat vid utformningen av bruksföremål, som också skall fungera i sin praktiska användning, än för bildkonst där upphovsmannen begränsas endast av fantasin. Om skydd skall ges för enkla eller funktionella former, måste bedömningen göras så att skyddsomfånget blir snävt. Skyddet kommer då i praktiken att täcka endast mer eller mindre identiska efterbildningar.[130] Samma resonemang om skyddsaspekter och skyddsomfång som gäller för brukskonst i egentlig mening kan med vissa modifikationer användas på andra områden med låg originalitet där alster skapats med ett praktiskt syfte, såsom många reklamalster, fotografier och figurkännetecken.

[128] Nordell, Verkshöjdsbegreppet s 31.
[129] Jfr Levin i NIR 1994 s 240.
[130] Jfr Koktvedgaard/Levin s 143.

Skyddsomfånget har stor betydelse för att avgränsa det skyddade området, inte bara för varje verk i sig, utan även i förhållande till andra verk. Det framstår därigenom som en ytterligare dimension av gränsen mellan verk och bearbetning. Ju större skyddsomfånget är, desto större blir risken för att skilda uttryck gör intrång i varandra. Skyddsomfånget måste därför, för att upphovsrätten skall fungera, vara så begränsat att det inte kolliderar med andras skapande verksamhet eller fristående bearbetningar.

KAPITEL 3
BILDVERKETS UTTRYCK

I detta kapitel avgränsas och beskrivs *verkskategorier* och *andra konstnärliga uttryck*, som kan skyddas som alster av bildkonst. Också fotografiska bilder, liksom verksuttryck som kan vara, bära eller omskapas till alster av bildkonst eller fotografi, undersöks. Utanför verkskategoriernas ramar tas upp vissa företeelser som i förekommande fall bör kunna skyddas, men som saknar en egen kategori. Då ges själva kategoritillhörighetsfrågan stort utrymme.

Framställningen har inte ambitionen att vara fullständig i enskildheter, utan redovisar bildskapandets förutsättningar för de konstnärliga bilduttrycken i stort och deras skyddsförutsättningar över tid. Många av upphovsrättens skyddade företeelser som både kan vara av principiellt rättsligt intresse och ekonomiskt intressanta för upphovsmännen, såsom frimärken och sedlar, tatueringar, vägmärken, pornografi, gravvårdar, m m, lämnas utanför det undersökta området. Praxis åberopas främst för att exemplifiera de problem som kan uppstå och i vissa fall och hur problemen har hanterats av domstolarna.

Den för framställningen sammanhållande ramen är beskrivningen av de mest centrala konstnärliga bilduttrycken mot bakgrund av de allmänna skyddsförutsättningar för vilka redogörs i föregående kapitel. Inte bara på grund av de skilda uttryckens heterogena karaktär, utan också med hänsyn till verksbegreppets oklara gränser, blir framställningen i övrigt nödvändigtvis brokig. Till läsarens hjälp kan dock anges fyra temata som framställningen bygger på.

För det första byggs beskrivningen av bildverket från kärnområde till periferi. Utgångspunkten är alster av bildkonst. Hit hör de bilder som uppfyller lagens i 1 § 5 uppställda skyddskrav. Här framträder dock en väsentlig skillnad mellan bildkonst i traditionell mening och nyare bilduttryck. Till upphovsrättens problem hör att det idag inte endast är de kreativa arbetsinsatserna bakom bildkonst i trängre mening som pretenderar på plats i det skyddade området, utan i hög grad även andra i bildens form

uttryckta företeelser av mer trivial karaktär, såsom reklambilder, fotografier, filmbilder m m. Det juridiska bildkonstbegreppet har också stor betydelse i relation till *andra* upphovsrättsliga verkskategorier. Därför görs även *brukskonst, filmverk, videogram* och *samlingsverk*, huvudsakligen i form av *databaser*, liksom även andra bildkonsten närstående uttryck i form av *film-* och *teaterkulisser, ljussättning* m m, till föremål för analys, främst var för sig men också i deras relation till bildkonstverk i trängre mening. Stor medelbar betydelse för bildskyddet är *audiovisuella* verk, såsom film och videogram.

För det andra går beskrivningen mot ett ökat antal dimensioner. Medan alster av bildkonst och fotografier vanligen är tvådimensionella, tar skulpturala verk och alster av brukskonst vanligen tre dimensioner i anspråk. Därefter tillkommer den fjärde dimensionen – tiden – i t ex audiovisuella verk.

För det tredje görs beskrivningen från traditionella till moderna media. Alster av bildkonst tas upp före fotografi, som kommer före film. Nya verkskategorier har ibland tillkommit och ibland utmönstrats. Fotografi har utvecklats till film och TV. Digitalteknik har idag fått genomslag i videogram, multimedia och *cyberspace*. Stort utrymme ges de tekniska förutsättningarna för bildskapande. Inte minst den digitala teknikens utveckling kräver att bildskyddets relation till de audiovisuella verken ges en relativt utförlig beskrivning på grund av de förbättrade möjligheterna att animera stillbilder. För att få en uppfattning om vad som faktiskt kan skyddas är det också av intresse att studera doktrinens uppfattning om skapandekraven, som i vissa fall skiljer sig väsentligt över tid.

För det fjärde syftar framställningen till att i största möjliga mån successivt öka kunskapen om det skyddade bildobjektet. I övrigt förblir den heterogen. Varje företeelse måste beskrivas utifrån egna skapandeförutsättningar, relationer till andra skyddade företeelser och deras insteg i den av lagen skyddade sfären m m. Alster av bildkonst som under lång tid utgjort en av upphovsrättens mer fundamentala kategorier, och som med tiden fått upphovsrättslig stadga, skiljer sig t ex väsentligt från kategorier som först på senare tid vunnit inträde på upphovsrättens arena. För de äldre kategorierna är det främst deras upphovsrättsliga överensstämmelse med en förändrad verklighet som ställs i fokus. När det gäller nyare skyddsobjekt såsom fotografier och alster av brukskonst, blir istället det lagstiftningsarbete och de överväganden som lett fram till ett upphovsrättsligt skydd framträdande. För ännu modernare företeelser kommer skapandetekniker och upphovsrättslig kategorisering inom existerande ramar i fokus.

3.1 Bildkonst

Etymologiskt härleds ordet *konst* närmast från tyskans *Kunst* och *können*, d v s att *kunna*. Det är därmed besläktat med ordet *kunskap*.[1] Traditionellt har bildkonst skapats på olika typer av mekanisk väg, genom måleri – såsom t ex *al secco* eller *al fresco*, oljemåleri, akvarell, tempera eller gouache – eller genom teckning med tusch, kol eller blyerts.[2] Sedan länge har också blandtekniker (t ex kollage) och andra skapandetekniker i form av intarsia och marketeriarbeten, gravyr m m använts inom konsten. Tidigt utvecklades skilda tekniker för originalreprografi, t ex kopparstick, xylografi och litografi. Successivt har nya material och tekniker tillkommit. Det har också länge varit möjligt att reproducera bilder industriellt, genom offset. Idag står datorn till bildupphovsmännens förfogande. Med dess hjälp kan bilder såväl skapas som reproduceras. Tredimensionella verk kan tillskapas genom bildhuggeri där konstnären från arbetsstycket tar bort det som inte skall höra till bilden. Genom modellering, där bilden formas i ett plastiskt material eller genom avgjutning i metall, gips, plast m m från en form, kan materialet bearbetas friare.[3] Sedan 1900-talets början har skulptural konst ofta även tagit sig andra uttryck genom sammansättningar av på skilda sätt åstadkomna motivdelar och av skilda material, s k *assemblage*.

Den som vänder sig till den moderna konstvetenskapen för att få en definition av bildkonst idag finner en tämligen oöverskådlig debatt om konstens föremål och gränser.[4] Någon definition av begreppet konst låter sig knappast formulera.[5] En funktionell definition, som i vart fall kan tjäna som en presumtion, är att konst är det som visas i gallerier och på museer, och vad som i konstvetenskaplig litteratur och media erkänns som konst.[6] Det är emellertid fundamentala skillnader mellan den nor-

[1] Se Hellqvist, Svensk etymologisk ordbok 1922 s 341; Schramm, Die schöpferische Leistung s 71 och Erdmann i Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm s 392. Det behöver väl då knappast heller sägas att ordet *konstig* har samma etymologiska ursprung, vilket till nöds kan förklara vissa av de här nedan beskrivna sakförhållandena.

[2] Jfr Lund, Billedkunsten s 64 ff.

[3] Jfr op cit s 75 ff.

[4] Några försök att ur konstvetenskapligt perspektiv definiera begreppet *konst* presenteras i Emt/Hermerén (red), Konst och filosofi.

[5] Jfr Erdmann i Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm s 390 och Schramm i UFITA 51/1968 s 75 ff.

[6] Se Schmieder i UFITA 52/1969 s 107; jfr Kehrli s 19; jfr också Koktvedgaard/Levins uttalande om att förekomst på utställningar naturligtvis inte var avgörande för upp-

mala språkliga betydelsen av konst, konstteoretisk begreppsbildning och det rättsliga bildkonstbegreppet.[7] Konstteorin accepterar numera många konstnärliga yttringar, som av allt att döma inte borde kunna räkna med upphovsrättsligt skydd, om bedömningen skulle bygga på de traditionella skyddsförutsättningar som redovisats i föregående kapitel. Samtidigt kan som alster av bildkonst skyddas många triviala bilduttryck, som inte entydigt uppfyller konstteoretiska kvalitetskrav.[8] Upphovsrättens alster av bildkonst är ett *juridiskt realbegrepp*. En praktiskt viktig skillnad mellan det konstteoretiska bildbegreppet och lagens bildverk är att bakom de juridiska avvägningarna finns inte endast konstteoretiska utan också ekonomiska hänsyn. Att det ändå eftersträvas en viss överensstämmelse mellan begreppen indikeras av att det vid tvist om upphovsrättsligt skydd ofta inkallas sakkunniga på bildkonstområdet. När bilduttryck av skilda slag rör sig mot den absoluta nedre gränsen för skapande verkar ändå rättsvetenskapliga och konstteoretiska överväganden att mötas.[9]

Den juridiska kategorin *alster av bildkonst* (1 § 1 st 5 URL) definieras inte närmare i lagen. Enligt AK hade den *bildande konsten* definierats som en fixerad framställning i (helst) varaktigt material av synliga föremål och former. Hit räknades såväl två- som tredimensionella verk, framförallt *måleri, teckning och grafik, eller tredimensionella verk i skulpturform, vari inräknades relief och medaljgravyr*. Med *bildkonst* skulle förstås framställningar, där *bilden*, d v s det för åskådaren synliga i två eller tre dimensioner, utgjorde framställningens egentliga syfte och däri inte – såsom i arkitektur och annan nyttokonst – ingick även ett nyttosyfte.[10] Enligt AK skulle till bildkonsten hänföras även vissa sådana tekniker som i de flesta fall användes inom arkitekturen eller konsthantverket men som även kunde brukas i rena konstsammanhang med uteslutande estetiska syften, såsom keramik, mosaik, glasarbeten, intarsia, konstvävnad och tygtryck.[11]

AKs indelning i *ren* bildkonst å ena sidan och *nyttokonst* å den andra återfinns i liknande skepnader också på andra håll i äldre doktrin. *Lund* skilde mellan den *rena* konsten eller *utsmyckningskonsten* å den ena sidan och den *tillämpade* konsten å den

hovsrätt, men att den var ett starkt indicium på att designen präglades av individualitet och nyskapande insatser (Koktvedgaard/Levin s 79).

[7] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 91.

[8] Jfr Schmieder i Festschrift für Georg Roeber s 387; jfr också Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 91 och Gerstenberg i GRUR 1963 s 248.

[9] Se om estetiska överväganden om skapandets yttersta gränser, Emt/Hermerén (red), Konst och filosofi s 11 ff

[10] SOU 1956:25 s 75 f.

[11] Op cit s 76. Hit skulle hänföras också sådant fotografi som uppfyllde kraven för verkshöjd enligt 15 § FotoL, d v s som hade konstnärligt eller vetenskapligt värde.

andra.[12] Enligt *Kohler* skulle arabesker, ornament och geometriska figurer liksom även *färgsymfonier* falla utanför skyddsområdet. Sådana alster gav bara en allmän stämningsfull och känslorörande verkan, men gränsen mot ren konst var flytande.[13] Sådana länge oskyddade uttryck kan idag uppenbarligen skyddas av upphovsrätten, även om skyddsomfånget kring dem kan vara mindre än kring traditionell konst.

I nordisk praxis har frågan om den rena bildkonstens skyddsgränser egentligen aldrig ställts på sin spets. *Lund* hänvisade i anslutning till sin redogörelse för skilda skapandetekniker till domstolsavgöranden, främst utomnordiska, där de skilda teknikerna hade varit föremål för bedömning.[14] Allmänt om den intrångspraxis som finns på bildområdet från nyare tid kan sägas att de alster vilkas rätt det gällt oftast ansetts skyddade.[15] Däremot är intrångsfrågan vid bearbetning vanligen mer osäker. På bildkonstområdet har det förekommit att talan inte förts som intrångsmål utan som kränkning av *ideell rätt*.[16] Då har frågan om verkets skydd ofta inte heller ställts på sin spets. Från senare tid finns endast ett par svenska intrångsavgöranden från HD vilka tangerar bildkonsten. Det kan anses symptomatiskt att inget av dem legat i bildkonstens centralområde utan närmat sig reklam-[17] respektive brukskonstområdet[18].

Så länge bildkonstverket är en *fixerad framställning i (helst) varaktigt material av synliga föremål och former*[19] är frågan om alstrets upphovsrättsliga tillhörighet kanske inte så komplicerad, men inom ramen för den moderna konsten har utvecklats former för skapande som inte självklart svarar mot dessa krav. Moderna konstyttringar har bidragit till att försvåra såväl bestämningen av ett enhetligt bildkonstbegrepp som möjligheterna att bestämma vad som är skyddsbara upphovsrättsliga uttryck inom ramen för ett sådant begrepp.[20]

[12] Lund, Billedkunsten s 62 och 81 ff.
[13] Kunstwerkrecht s 27 f.
[14] Se Lund, Billedkunsten s 67 ff.
[15] Se nedan redovisad praxis.
[16] Se för svensk rätts del NJA 1979 s 352 (max walters?); NJA 1974 s 94 (Gunilla Rudling) och Svea hovrätt dom den 1 juni 1995 (Matisse).
[17] NJA 1990 s 499 (Gotlandskarta).
[18] NJA 1994 s 74 (Smultron).
[19] SOU 1956:25 s 75.
[20] Se Gerstenberg i GRUR 1963 s 248.

3.1.1 1900-talskonst

Mycket tyder på att bildkonst och upphovsrätt tidigare korresponderat bättre med varandra. Den debatt som fört fram till dagens upphovsrätt, har ofta fokuserat på de stora mästarnas verk, vilkas särprägel eller individualitet aldrig ifrågasatts.[21]

Värt att notera kan vara att det materiella *billedkunstverk* som i skugglik skepnad framträder som objekt för *Lunds* undersökning väsentligen förefaller vara skapat i en tid som för länge sedan fört dess upphovsrättsliga skydd i *domain publique*. Avantgardistiska uttryck från 1900-talets första hälft av slag som verkligen kunde ha väckt frågor om skyddsgränser för bildkonstverket, lämnades utanför hans undersökning.

Det är alltför lätt att glömma att konsten alltid har förändrats. 1800-talets moderna konst avvek från vad som lärdes ut vid akademierna. Medan den traditionella konsten knöt an till antikens formspråk, upplöste dess opponenter, såsom *Goya* och *Turner* formen efter hand i dagrar och skimmer. Andra ville se verkligheten smutsigare och blev realister såsom *Daumier* och *Courbet*. Efter hand blev fotografiet det omutliga bildidealet. Bildkonstutvecklingen sedan impressionismen är förbluffande.

Den konservativa inställning till bildföremålets uttryck och skyddsförutsättningar som intogs i den upphovsrättsliga doktrinen under 1900-talets förra del[22] ledde mot 1900-talets mitt till att bildkonstens uttryck och upphovsrättsliga skyddsförutsättningar divergerade. Enligt äldre upphovsrättsdoktrin var det t ex mer eller mindre en förutsättning för skydd att verket hade ett estetiskt värde.[23] Moderna konstyttringar skall emellertid, precis som andra konstnärliga och litterära uttryck, följa upphovsrättens ordinära skyddskrav. Det gäller lika mycket för konst som för datorprogram, musik eller vetenskapliga verk. Många av den moderna konstens yttringar är också skäligen fria från estetiska värden. Redan vid vårt sekels början steg avantgardisterna ur den traditionella tavelramen och immaterialiserade konsten till koncept. Idag kan en konstnär förklara konsten för en död hare (*Beuys*). En annan paketerar riksdagshuset i Berlin eller *Pont Neuf* i Paris (*Christo*). Någon målar monokroma tavlor ständigt i en och samma blå färg (*Klein*). Någon annan skär skåror i

[21] Se Koktvedgaard/Levin s 70.

[22] Enligt Koktvedgaard/Levin (s 70 f) hade modern konst aldrig kunnat slå igenom såsom upphovsrättsligt skyddsbara företeelser, om de första stadierna hade bedömts av dem som var etablerade i de mer klassiska skolorna, eftersom de skulle ha fungerat som rättssakkunniga vid eventuella tvister.

[23] Jfr Lund, Billedkunsten s 57.

sina dukar *(Fontana)* medan hans kollega fyller museet med sten *(Walter de Maria)* eller gräver en grop för betraktaren att beskåda eller att falla ned i *(Heizer)* . Allt detta hör tveklöst till accepterade konstyttringar, men omfattas det av upphovsrätten? Utvecklingen av den moderna bildkonsten tillika med den begynnande datorgrafiktekniken väckte vid mitten av 1900-talet frågorna om verkets skyddsförutsättningar till liv i en debatt som uppstod främst i tyskspråkig doktrin.

Det hade kanske varit eftersträvansvärt att ge en utförlig beskrivning av debatten om den moderna konstens skyddsförutsättningar. Det skulle emellertid bli mycket krävande och inte minst ge slagsida åt en utredning som i första hand avser att beskriva bildens skyddsförutsättningar idag. Det gäller inte minst i beaktande av att den debatten förefaller avslutad. För en orientering bör kanske ändå redogöras översiktligt för diskursen.

Det började med att moderna konstriktningar – främst vad som kom till uttryck under 1960-talet – bemöttes av upphovsrättssakkunniga. Den moderna konsten ansågs vara av sådant slag att det var tveksamt om den med traditionella upphovsrättsliga mått kunde rymmas inom upphovsrättens skyddsramar. Det ifrågasattes t ex om *antikonst*, *aleatorik*, *minimalism* och *datorkonst* utan vidare uppfyllde upphovsrättens skyddskrav.[24] Då fördes diskussionen utifrån huruvida upphovsrätten inom ramen för den begreppsvärlden kunde rymma de konstföreteelser som media riktade ljuset mot.[25]

En milstolpe i debatten utgjorde den schweiziske rättsvetenskapsmannen *Kummer*, som i avhandlingen *Das urheberrechtlich schützbare Werk* presenterade en helt ny syn på skapande och skyddsförutsättningar. *Kummer* ifrågasatte om själva den upphovsrättsliga begreppsvärlden var det rätta.

Kummer analyserade ingående upphovsrättens skyddskrav vari han särskilt ställde dem mot samtida konstuttryck av mindre *originell* karaktär. *Kummer* anförde att många av de konstnärliga uttrycken i det moderna samhället inte gav spår av någon individuell andlig skaparverksamhet. *Skapandet* kom istället till uttryck som ett resultat av upphovsmannens lynne, infall eller lekfulla kombinationsförmåga, vilket med traditionella mått skulle medföra att alstren föll utanför skyddet, eftersom det inte kunde beläggas att de var *skapade*. Slutsatsen av *Kummers* undersökning var att de traditionella mätverktygen för upphovsrättsligt skydd inte längre var tjänliga för den moderna bildkonsten. Han ansåg att kvalitativa

[24] Fromm i GRUR 1964 s 304 ff; Fromm/Nordemann § 2 (6).

[25] Se t ex Fromm i GRUR 1964 s 304 ff som ställer sig tvekande till skyddsvärdigheten av dessa uttryck och Fabiani som tvärtom försökte se de nya uttrycken i förhållande till upphovsmannen och konstens utveckling (Fabiani i GRUR Int 1965 s 422).

verktyg inte kunde appliceras på bildkonst.[26] För att lösa detta problem förespråkade han att man istället skulle ta sikte på om verket hade *statistische Einmaligkeit*. Något krav på skapande arbetsinsats i faktisk mening av en upphovsman krävdes inte. Huvudsaken var att alstret var nytt. Enligt en s k *Präsentationstheorie* skulle upphovsrättsligt skydd ges för det som presenterades som konst.[27] Med *Kummers* teorier skulle många problem som kan uppstå vid verkshöjdsbedömningen både vad gäller modern konst, datorkonst och sådana enklare alster som bruksanvisningar och teaterprogram, d v s sådant man brukar kalla *upphovsrättens småmynt*, kunna lösas. Den skulle samtidigt medföra en total omvärdering av det upphovsrättsliga verket. På så sätt kunde konst och verk återförenas.

Diskussionen kom därefter mest att gälla hållbarheten och värdet av *Kummers* argument. Om man accepterade *Kummer*, skulle sådana konstuttryck som tidigare inte ansetts skyddsvärda komma att skyddas på, som det antogs, svaga grunder.[28] Några av de mer kritiska rösterna gjorde gällande att det som *Kummer* visade som exempel på modern konst över huvud taget inte var konstnärligt och därför skulle förvägras skydd.[29] Andra ansåg att sådana uttryck visserligen var konstnärliga men att det dock fanns en nödvändig skillnad mellan det faktiska och det juridiska konstbegreppet. Andra åter tog *Kummer* mer i försvar.[30] Slutligen kom en rad röster som på olika sätt bemötte *Kummers* idéer och särskilt visade på svårigheterna i gränsdragning och tillämpning av dem.[31] Debatten ebbade så småningom ut. Därefter har gjorts ett stort antal försök att systematisera hela debatten varvid de skilda uttalandena placerats i sin respektive tid och i sitt sammanhang.[32] Den tydliga utvecklingstendens som kan iakttas genom debatten är att företeelser i bildverkets gränsområde i allt större omfattning har ansetts kunna skyddas, vilket tyder på en liberalise-

[26] Kummer har bl a anfört rättssäkerhetsskäl som argument för att hålla prövningen av upphovsmannens eventuella skaparinsats utanför upphovsrättens hägn. Eftersom verk skyddas utan någon formell prövning, kan det anses tveksamt från rättssäkerhetssynpunkt att låta skyddsvärdigheten avgöras av en så pass subjektiv bedömning. Det är kanske särskilt angeläget med hänsyn till att upphovsrättsintrång är straffsanktionerade (se Kummer i Homo Creator s 100).

[27] Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 75 ff; jfr Kehrli s 29.

[28] Se t ex Ulmer i GRUR 1968 s 527 ff.

[29] Jfr Roeber i FuR 1977 s 524.

[30] Se t ex Troller i Schweizerishe Mitteilungen über gewerblichen Rechtschutz und Urheberrecht 1969 s 205 och Ljungman i Nordisk Gjenklang s 193 f.

[31] Se om debatten Degginger s 27 ff och Girth, Individualität und Zufall s 28 ff.

[32] Girth, Individualität und Zufall och dens i FuR 1974 s 433 ff; Rau; Schmidt i UFITA 77/1976 s 1 ff; Degginger; Schmid; Kehrli.

ring av det i vart fall i tysk rätt länge gällande strängt dogmatiska förhållningssättet till verket.

Nedan berörs några av de från skapandesynpunkt mest intressanta och upphovsrättsligt kontroversiella konstriktningarna inom 1900-talets bildkonst. Samtidigt relateras deras uttryck till de i föregående kapitel presenterade allmänna skyddsförutsättningarna.

3.1.1.1 Konceptkonst, dadaism, metakonst, antikonst, minimalism och superrealism

Konceptkonst innebär att konstnären, inom konstens ramar, förverkligar en konstnärlig *idé*. Det är konceptet eller idén och alltså inte primärt dess materiella uttryck som är konstverkets föremål. Det materiella uttrycket kan ofta ha andra former än det traditionella konstnärliga skapandets. Det lägger grunden för ett upphovsrättsligt skapandeproblem, eftersom det inte är det faktiska materiella uttrycket, utan endast ett medelbart uttryck som åskådliggör konstverkets bakomliggande idé. För att konceptkonstverket skall vara meningsfullt för betraktaren måste han ofta lägga till något själv, något från sin egen erfarenhet. Kanske måste han lära sig något om de föregivna bevekelsegrunderna bakom konstnärens skapande för att kunna se den bakomliggande idén i dess materiella uttryck.

Konceptkonst, sådan den har kommit att utvecklas, bygger i realiteten ofta på en samling anvisningar med hjälp av vilka konceptet skall förverkligas. Konceptkonstverkets kärna finns därmed mer i fixeringen av idén än i den individuella formgivningen av objektet.[33] Fixeringen sker oftast på ett materiellt medium. När konceptet utförs i sin materiella form finns risk för att konstnärens individuella egenart träder i bakgrunden. Konceptkonstverket kan ofta utföras av tredje man, varför man kan fråga sig om ett sådant uttryck i förekommande fall inte snarare är *litterärt* i upphovsrättslig mening. Det är mer av beskrivande art än ägnat att ge ett konstnärligt uttryck.

Det materiella uttryck som visas på museer eller blir föremål för handel är ibland endast ett slags relik, en lämning som blir kvar efter en konstaktion. (Det är t ex typiskt för alster av den tyske konstnären *Beuys*.)[34] Även om sådana reliker väl fyller kraven på god konst, borde deras

[33] Se Vischer i Recht und Wirtschaft s 278 f.

[34] Jfr härtill Hamann i FuR 1976 s 166 f.

upphovsrättsliga skyddsförutsättningar kunna ifrågasättas, eftersom de i sig själva inte ger uttryck åt konstnärens individualitet i något som kan kallas ett bildverk.

Ännu mer immaterialiserat är ett s k *objet fantôme* eller spökobjekt, varmed avses ett konstalster som existerar endast genom en verbal eller grafisk beskrivning som antyder objektet. Denna konstföreteelse förekom främst inom *dadaismen* och *surrealismen* och kan därmed ses som en föregångare till den moderna konceptkonsten. Ett bra exempel är *Man Rays Objet détruit* från 1932 – ett objekt som brändes upp för att finnas och successivt förintas i åskådarens medvetande. Ett annat intressant alster i denna genre är den teckning av *de Kooning*, vilken *Rauschenberg* köpte för att sedan radera ut motivet på.[35]

Ur upphovsrättslig synvinkel är problemet med konceptkonst att finna *den fixerade framställningen i (helst) varaktigt material av synliga föremål och former.*[36] Man kan på goda grunder hävda att själva det konstnärliga *uttrycket* saknas. Visserligen brukar även konceptkonstverk komma till materiellt uttryck i någon form, men det som visuellt når betraktaren av ett konceptkonstverk är då inte dess innehåll (eller *inre form*), d v s konceptet, utan något annat yttre (d v s en *yttre form*). För att ett konceptkonstverk skall kunna förverkligas, krävs ofta anvisningar för hur det skall genomföras. Det kan behövas skisser eller ritningar som visar hur det skall se ut när konstverket är realiserat, vilka naturligtvis kan skyddas på samma sätt som bruksanvisningar om de i sig uppfyller lagens krav.[37] En anslutande fråga är om sådana anvisningar skall anses som exemplar av konceptkonstverket eller som ett därifrån skilt litterärt verk. Det ger konceptkonstverket betydande likheter med objektet för dramatiska verk.

Dadaism är ett slags konceptkonst som utvecklades under 1910-talet med *Duchamp* som förgrundsgestalt. Han skapade ett helt nytt slags konstverk som han döpte till *ready-made.* Det är en skapelse som tillkommit uteslutande genom konstnärens fria val. Konstnären valde ut föremål som från början åstadkommits av tredje man och förvandlade dem till konst genom en ostensiv, performativ utnämning.[38] Ett par av *Duchamps* mer berömda *ready-mades* är hans *Flasktorkare* och *Fontän*, som båda finns som repliker i *Moderna Museets* samlingar i Stockholm. De har båda också

[35] Se Rau s 19.
[36] SOU 1956:25 s 75.
[37] Jfr Vischer i Recht und Wirtschaft s 283.
[38] Jfr Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 103 ff, Vischer i Recht und Wirtschaft s 279 och Schmid s 10.

blivit något av fixpunkter i den upphovsrättsliga debatten om nutidskonstens skyddsbarhet.[39]

Metakonst är det som är *utöver konsten*,[40] varmed förstås att konstverket anspelar på eller relaterar till redan existerande konst. Det konstnärliga tar sig uttryck i en kommentar till konst.[41] Mycket av det som skapades inom ramen för dadaismen kan karaktäriseras som *metakonst*. Ett vanligt sätt att skapa metakonst är att konstnären utgår ifrån ett redan existerande alster. Till det fogar han sedan egna skapade moment och upprättar på så sätt en *dialog* med det ursprungliga verket.[42] Ett av de mer uppmärksammade metakonstverken är *Duchamps L.H.O.O.Q.* – en avbildning av *Mona-Lisa* försedd med mustasch och skägg.

För *ready-mades* ligger problemet i objektet. Alstret är ett i den yttre världen funnet objekt. Det kan vara en artefakt. Det kan också vara något av naturen åstadkommet. Man talar i så fall hellre om *objets trouvés*. Det valda objektet har en *yttre form* som konstnären förser med ett konstnärligt *innehåll* (d v s en inre form). Föremålet saknar då alltjämt en av konstnären skapad form i vilken det konstnärliga innehållet kan rymmas.[43] Konstnären har ju istället *lånat* en av någon annan eller av ingen frambragt form. En bestämning av skyddsbarheten av metakonstalster blir därför mycket svår, eftersom verkets originalitet inte ligger i själva föremålet, utan i den idé som upphovsmannen haft med verket sådant det huvudsakligen kommit till uttryck för en åskådares ögon i det yttre föremålet.

När det gäller *objets trouvés* och *ready-mades* kan man hävda att det t o m saknas en upphovsman. Upphovsmannen har inte bara tagit intryck av ett redan befintligt alster. Han har tagit själva alstret som sådant, d v s ett slags *plagiat*, som utgångspunkt. Den enda skillnaden mellan skapandet av det ursprungliga alstret och det nya konstverket är upphovsmannens *syfte*. Genom att utnämna alstret till konstverk har han i någon mån haft en konstnärlig ambition, som i vart fall är av annat slag än ambitionen hos den eventuelle framställaren av de ursprungliga alstren. Dessutom har

[39] Se t ex Roeber i FuR 1977 s 524 ff; Kehrli s 67 ff; Fromm/Nordeman § 2 (7); Rau s 17; Schmid s 10; Schmidt i UFITA 77/1976 s 6; även Nordell, Verkshöjdsbegreppet s 80.

[40] Jfr ordet *metafysik*.

[41] Jfr Roeber som genom att se sådan konst just som konstkritiska debattinlägg argumenterade för att de skulle hållas utanför det egentliga bildkonstområdet (Roeber i FuR 1977 s 526).

[42] För svensk rätts del blev metakonstens överensstämmelse med upphovsmannens *droit moral* föremål för högsta domstolens överväganden i NJA 1979 s 352 (max walters?).

[43] Jfr Schramm i UFITA 51/1968 s 75.

syftet därmed varit ett annat än att just plagiera. Att ett rent utnämnande av objektet till konstverk inte bör innebära att alstret kan bli präglat av upphovsmannen eller hans individualitet är klart, men kanske kan konstnären i extrema fall ändå prägla alstret genom sitt val i sådan utsträckning att objektet härvid skulle uppfylla kravet på individualitet.

Vissa yttringar inom konceptkonsten har ibland gått under beteckningen *antikonst*.[44] Hit kan räknas avbildningar av bruksvaror såsom *Warhols* avbildningar av *Campbell's* soppburkar och *Coca-Cola*-flaskor,[45] som förekommit inom *popkonsten*. Också äldre konkret konst av *Malewitj* och *Mondrian* har uppmärksammats i den juridiska doktrinen inom antikonstens ram.[46] Vidare kan s k *aleatorisk* konst, d v s alster som tillkommit som ett resultat av slumpen hänföras till antikonst.[47]

Gemensamt för allt konstnärligt skapande är att däri finns en mer eller mindre kontrollerad och medveten slumpfaktor, vars betydelse inte bör underskattas. I allt konstnärligt skapande finns slumpmässiga moment. Redan i valet av motiv spelar yttre och inre okontrollerade omständigheter en roll för det konstnärliga bildresultatet.[48] Medvetet har slumpen använts i konsten sedan dadaismen. Berömd är *Duchamps* s k *Stoppage étalon*, som är ett slags konceptuell manifestation av slumpen.[49] I den moderna konsten kan slumpen användas på skilda sätt och i syfte att uppnå skilda resultat. I den rena bildkonsten används slumpen som ett koncept där det blir alternativ till kreativ variation i skapandet. Vid medveten användning får slumpen samma verkan som ett visst manér (jfr t ex *Duchamps* användning av *standardstoppar* i *Det stora glaset* och i hans *Nätverk av standardstoppar*).[50]

En form av aleatoriskt skapande med analog teknik har kommit till uttryck i *spontanismen*. En av dess främsta företrädare var *Jackson Pollock*. När han skapade sina senare spontanistiska målningar lade han ofta ut duken på golvet i sin ateljé, varefter han gick runt den och stänkte färg med pensel på den (s k *dripping painting*).[51] Ur duken klipptes sedan ut de delar som han tyckte var bra. Det kunde kanske hävdas att *Jackson Pollocks* sätt att skapa förefaller mer slumpmässigt och mekaniskt än *andligt*. Likväl kan i verksamheten finnas ett medvetet val av färg och manér som

[44] Se härom främst Rau s 13 ff.
[45] Jfr Kehrli s 68 ff; Schmid s 10 och Schmidt i UFITA 77/1976 s 6.
[46] Se Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 47 ff och Kehrli s 62 ff.
[47] Jfr Rau s 14.
[48] Jfr Steller, Computer und Kunst s 121.
[49] Jfr Degginger s 40; jfr Steller, Computer und Kunst s 122.
[50] Se Linde, Duchamp.
[51] Lucie-Smith, Konsten i dag s 58; jfr Degginger s 41 och Winnerstig/Nordell, Spontanismen.

resulterar i bilder med uttryck för upphovsmannens individualitet och som klart accepterats av konstvetenskapen.[52]

Slumpen har också använts i skapande verksamhet med hjälp av analoga maskiner. Särskilt har konstnären *Tinguelys* s k *Méta-matic*-maskiner och *Méta-matic*-teckningar uppmärksammats i den doktrin som behandlat den moderna bildkonstens skyddsförutsättningar.[53]

Tinguely skapade en rad mobila skulpturer som bringades i rörelse med hjälp av motorer. Skulpturerna var utrustade med pappershållare och i en särskild arm kunde en penna, pensel eller krita anbringas, så att, när mobilen sattes i rörelse, den själv kunde måla non-figurativa bilder på papperet. Resultatet var ett utflöde av en tillfällig och inom vissa ramar okontrollerad samverkan mellan olika såväl förutsedda som oförutsedda faktorer. Av intresse i sammanhanget är att teckningarna blev olika i de skilda maskinerna. Varje maskin hade alltså sitt eget *individuella manér*. Dessutom varierade resultatet beroende på hur maskinen behandlades liksom på avståndet mellan papperet och pennan, på typen av penna, pensel eller ritstift och papper.[54]

Bakom *Tinguelys Méta-matic*-maskiner kan antas att det ligger en intellektuell skapande insats. Vid skapandet av mobilen måste konstnären ha prövat maskinens funktion, så att det grafiska resultatet vid mobilens körning blev sådant att han kunde acceptera det. Eftersom de bilder som skapades aldrig kunde bli lika, är det svårt att fastställa skyddsvärdigheten hos dem när konstnären inte kunde förutse deras slutliga former, men eftersom varje *Méta-matic* var individuell, kunde resultatet förutsägas inom vissa gränser. Maskinerna utförde alltså upphovsmannens konstnärliga bildidé i vid mening. Resultatet varierade aldrig i sådan grad att det inte kunde avgöras vilken *Méta-matic* som framställt en viss grafisk bild. När det gäller skyddsförutsättningarna för *Tinguelys Méta-matic*-teckningar såväl som för *Pollocks dripping painting* är det alltså inte fråga om slump i sig utan om en kalkylerad slump.[55] Endast om maskinen skulle utföra något annat, av konstnären helt oförutsett, skulle i så fall alstret förvägras skydd.[56] Om någon annan än konstnären medverkat vid

[52] Jfr Schmidt i UFITA 77/1976 s 34.

[53] Fromm i GRUR 1964 s 304; Möhring i UFITA nr 50/1967 s 838; Rau s 19; Schmid s 19.

[54] Hultén, Méta s 94; jfr Schmid s 19.

[55] Se Schmidt i UFITA 77/1976 s 36.

[56] Ett konstalster som skapats med hjälp av en maskin där upphovsmannen inte helt kunnat förutse resultatet måste enligt min mening jämställas med verk där upphovsmannen medger att resultatet inte blev som han ursprungligen hade tänkt sig, något som svårligen bör kunna beta verket dess skydd.

tillkomsten av det grafiska verket borde 4 § 1 st och 6 § URL bli tillämpliga i enlighet härmed försåvitt insatserna var av skapande karaktär.

En mer teoretisk fråga är om verksgemenskap föreligger mellan *Méta-matic*-maskinen och det därur framkallade grafiska resultatet. Även om maskin och bild bör ses skilda från varandra framstår en sådan apparat och därur framkallade bilder ändå väsentligen som två sidor av ett och samma konstnärliga uttryck. Men deras inbördes relation för tanken till vad som ovan sagts om konceptkonst och dess problem att bringa enhet i föremål och uttryck. Något problem härmed torde knappast uppkomma i praktiken.

Gränsen blir lätt svävande mellan universella slumpartade förhållanden och de mer medvetet valda slumprelaterade handlingar som oftast ligger bakom den moderna konstens uttryck. Att enbart skapa en maskin som producerar slumpmässiga bilder kan inte rent generellt innebära att den som konstruerar maskinen inte kan ges skydd för det som kommer ur den. Frågan ställs på sin spets i fallet med *Tinguelys Méta-matic*-maskiner. Att själva maskinen kan anses skyddad torde inte kunna bestridas.[57] Fråga är närmast om skyddet för de av maskinen framställda bilderna. Om det emellertid kan fastställas att bilderna ger uttryck för konstnärens individuella särprägel, kan de skyddas. Om närheten mellan upphovsman och verk är så stor att maskinen endast blir ett hjälpmedel eller verktyg, måste de av maskinen frambragta alstren kunna skyddas såsom upphovsmannens verk.

Minimalismen som utvecklades under 1960-talet med inspiration från det tidiga 1900-talets *konkretism* strävar efter – ja, rent av uppställer som krav – att objektets originalitet skall begränsas till ett minimum. *Särpräglat* för det minimalistiska skapandet är att alstren är enkla. Berömda minimalister som uppmärksammats i den upphovsrättsliga *doktrinen* är bland andra *Klein* och *Fontana*. *Klein* är känd för sina enfärgade (monokroma) målningar. *Fontana* har mest gjort sig känd för att skära snitt i en eljest enfärgad duk.[58]

När det gäller *minimalism* och *superrealism* kan hävdas att kravet på uttryck för mänskligt skapande inte kan spåras i verket.[59] Ambitionen är så att säga det upphovsrättsliga skapandets tankemässiga motsats. För *minimalistisk* konst leder det till en brist i individualitet och originalitet. Tillskapande av konst i sig, själva det hantverksmässiga, kan inte regelmässigt ses som en skapargärning. Det gäller för övrigt de flesta momenten i

[57] En kuriositet kan vara att Tinguely fick Méta-matic-maskinen patenterad i Frankrike (Appareil à dessiner et à peindre). Patentbrevet är återgivet i Hultén, Méta s 84.

[58] Se om dessa verk Kehrli s 64 och Rau s 18 f.

[59] Jfr Vischer i Recht und Wirtschaft s 281.

upphovsmannens skapande verksamhet sedda var för sig. Således måste det mesta av den andliga verksamheten bakom bildkonsten ligga i upphovsmannens tankeverksamhet. Mot ett sådant traditionellt synsätt kunde hävdas att originaliteten i det tankearbete som leder fram till ett alster, vore tillräcklig för att objektet skulle skyddas, d v s att det skulle krävas nog så mycket tankeverksamhet och uppfinningsrikedom för att skapa så *litet* på ett så eget sätt. Fråga blir då också i vad mån objektet kan anses ge uttryck för upphovsmannens individualitet.

Det är inte bara den abstraherande konsten som skapat upphovsrättsliga skyddsproblem. Sådana kan också återfinnas i den raka motsatsen – i den realistiska konstens starkaste uttryck – *superrealism*. Inom superrealismen är konstnärens mål med bilden att så naturtroget som möjligt återge verkligheten. Superrealismen har därigenom vissa karakteristika gemensamma med den äldre mimetiska konstuppfattningen. Liksom äldre konstnärer tog *camera obscura* till hjälp, använder superrealisterna ofta kameran. Ett superrealistiskt förfarande är att projicera ett fotografi på duken och sedan kalkera av bilden. Denna typ av skapande har det gemensamt med konceptkonsten och minimalismen att inga konkreta spår av upphovsmannens hand skall återfinnas i det slutliga verket. *Syftet* med superrealism har också det gemensamt med konceptkonsten att det inte så mycket är motivet som den bakomliggande tanken med konstverket som utgör konstens kärna. Genom att överföra bildinnehållet från fotografiets med *ett* öga sedda bild till ett annat medium, är det avsett att åskådarens uppfattning av realitet skall öka.[60] Det finns också en typ av superrealistiskt skapande som går i motsatt riktning; upphovsmannen utgår ifrån verkligheten och försöker återskapa den grafiskt så att bilden skall se ut som ett fotografi.

I en annan typ av superrealism överför konstnären med hjälp av ett grafiskt förfarande, vanligen s k *silk screen*, ett fotografi till duken. Även om förlagan är ett fotografi och möjligheten därmed i princip finns att i annat medium skapa en kopia av det ursprungliga fotografiet, brukar konstnären emellertid ändå ändra sin bild. Det vanligaste är kanske att han ändrar färger men även andra ändringar och förvrängningar av bilden kan förekomma, såsom t ex *Warhols* porträtt av *Marilyn Monroe*.[61]

Problemen ur upphovsrättslig synvinkel med såväl den typ av superrealism som utgår ifrån ett fotografi som så naturtroget som möjligt överförs till duk eller annat underlag som *ready-mades* är två, vilka dock är nära förbundna med varandra. För det första kan ifrågasättas om själva valet

[60] Se op cit s 280.
[61] Se op cit s 281.

av objekt kan kvalificera såsom upphovsrättslig skaparinsats. För det andra uppstår ett slags *dubbelskapandeproblem*. Det finns ju här en *upphovsman* även till det ursprungliga föremålet eller den ursprungliga bilden i dess egenskap av fotografi eller bruksföremål. Om de ursprungliga föremålen uppfyller kraven för brukskonstskydd eller eljest upphovsrättsligt skydd uppstår alltså en, i vart fall i teorin, mycket svår konkurrenssituation. Konstnären har med sin utnämning av föremålen velat skapa en ny mening åt föremålen och frågan är då om det upphovsrättsliga skyddet ligger i den föregivna bakomliggande idén eller i dess faktiska uttryck.

3.1.1.2 S k Hötorgskonst eller kitsch

En företeelse som inte varit föremål för större uppmärksamhet i doktrinen är s k *hötorgskonst*. Internationellt brukar konstformen gå under benämningen *kitsch*, d v s billig konst av låg konstnärlig kvalitet. Anledningen till att hötorgskonst inte blivit föremål för närmare överväganden inom upphovsrätten har sannolikt att göra med att den sällan skapar några komplikationer från upphovsrättslig synpunkt. Sådana konstyttringar har dock uppmärksammats något i utländsk doktrin.[62]

Som ovan konstateras, får någon värdering av om ett verk är bra eller dåligt inte göras.[63] Ändå kan säkert stundom ifrågasättas om hötorgskonst över huvud taget är framställd med konstnärlig ambition och med syfte att nå en konstnärlig verkan. Från efterbildningssynpunkt kan emellertid konstateras att det inom hötorgskonsten är vanligt att konstnärerna väljer ett motiv som, med smärre undantag, återskapas. Under förutsättning att ett hötorgsalster är skyddat och att någon annan utan tillstånd efterbildar verket, är risken för upphovsrättsintrång *de facto* mycket stor. Ofta är det svårt att spåra den ursprungliga bilden. Motivvalen är nämligen begränsade och motiven förefaller cirkulera ganska fritt på hötorgsmarknaden.[64]

Undantagsvis har vad som kan kallas enkel eller dålig konst också förts in i den rena bildkonstens centrum. T ex har *Koons* rönt framgång och erkännande med synnerligen banala konstobjekt vilkas konstnärliga innehåll mer är konceptuella debattinlägg om konstens värden än konstobjekt i sig. Under det tidiga 1990-talet skapade han ett antal

[62] Se t ex Jöstlein i UFITA 62/1971 s 175 ff.
[63] Jfr SOU 1956:25 s 67 och Olsson, Copyright s 35.
[64] Se Jöstlein i UFITA 62/1971 s 179.

porslinsmonument där pudlar, grisar, björnar, m m som anspelade på dålig konst ställdes ut och salufördes som konst.

3.1.2 Reklamalster – komposition och layout

Länge har bildkonst och reklam gått hand i hand. Tidigare trädde konstnärer i reklamens tjänst som affischmålare. På 1960-talet lyfte *Warhol* ned *Campbell's* berömda soppburkar från butikshyllan och gjorde dem till bildkonstverk. Sedan dess har det inte bara varit reklamen som använt konsten som verktyg; reklamobjektet har också blivit konst. Idag har reklamskapare i många fall påtagit sig de tidigare beställningskonstnärernas roll.

Reklamalster kan vara skyddade av upphovsrätt. Att reklam skyddas har ett intresse utöver den rena upphovsrättens syfte att skydda arbetet bakom ett verk. Stora investeringar görs i reklamverksamhet av skilda slag. Därför är det angeläget för den som bekostat en reklamkampanj att också få behålla den för sig själv.[65] Reklamalster har såväl primär förmedlingsfunktion som påverkansfunktion. De fyller, förutom ett dekorativt syfte, samtidigt även ett praktiskt nyttosyfte. Till brukskonst eller tillämpad konst i ett vidare perspektiv kan därför räknas även reklamalster.[66] Eftersom upphovsmannens syfte med alstret inte skall ha någon betydelse för dess skydd (jfr ovan 2.2.2), får ett nyttosyfte hos ett alster som i övrigt uppfyller kraven för skydd inte medföra att bilden behandlas annorlunda i upphovsrättsligt hänseende. *Lund* konstaterade att omständigheten att en teckning användes i marknadsföringssyfte inte förde den utanför kretsen av ren bildkonst. Det gällde för teckningar som för alla andra konstverk att *gränsdragningen mellan ren konst och använd konst hänfördes till det omedelbara ändamålet med det objekt i vilket verket materialiserades.* Om föremålet uteslutande eller väsentligen hade till uppgift att påverka det estetiska sinnet, kunde verket räknas till kategorin ren konst. Det gällde

[65] Gaarder i TfR 1946 s 191.

[66] Ett sådant perspektiv kan också urskiljas i tysk rätt, där reklambilder ansetts hänförliga till *Werke der angewandten Kunst.* För tysk rätts del gör möjligheterna till *Geschmacksmusterschutz* att reklambilder av domstolarna i första hand ansetts hänförliga till denna skyddsform. Att den egentliga upphovsrätten kommit i andra hand kanske har sin förklaring främst i att området för *Geschmacksmusterschutz* är vidare än det nordiska mönsterskyddets. Det har fått till följd att domstolarna regelmässigt inte tillmätt reklamprodukter upphovsrättsligt skydd (Se Schmidt, Urheberrechtsprobleme in der Werbung s 71 och där åberopad tysk praxis; jfr Schricker i GRUR 1996 s 818 f).

även om det under detta syfte låg mer affärsmässiga avsikter i riktning att animera omsättningskretsen till att intressera sig för en viss vara.[67]

Skyddet för reklamalster kan ha sin grund antingen i litterära eller konstnärliga element i alstret eller i den helhet som kompositionen av skilda element åstadkommer i det. Istället för reklamkomposition talas ofta om *layout*.[68]

På området för reklamalster är det särskilt tydligt hur synen på skyddsförutsättningarna har ändrats sedan 1900-talets första decennier. Den danska lagen från 1933 innehöll en särskild regel som tog sikte just på reklam. Där nämndes i § 2 c att *reklam med hänsyn till text, bildstoff och komposition* kunde vara skyddsföremål. Det som var nytt i förhållande till den äldre 1912 års lag var begreppet *komposition*. *Text* och *bildstoff* angavs endast som en precision av redan gällande ordning. Med *komposition* skulle förstås det som annars vanligen kallades *layout*, d v s de skilda sätt på vilka reklamen utformades och hur den var ägnad att fastna i allmänhetens medvetande samt reklamens särartade utföringsformer. Det som skulle skyddas var kompositionen, även om de skilda elementen i den kunde bytas ut.[69]

I det svenska förslaget till URL förordade också AK en särlösning för reklamalster. Efter en framställan från *Svenska Reklamförbundet* föreslog AK att ett särskilt skydd för *layout* i reklam huvudsakligen enligt danskt mönster skulle införas i 49 § 2 st URL. Främst avsågs skyddet gälla tryckta annonser, affischer, broschyrer och liknande.

Enligt AK kunde förbud mot att eftergöra reklamalster ifrågakomma ur två skilda synpunkter. Förbud mot eftergörande kunde för det första ses från ren upphovsrättslig synpunkt. För det andra kunde det ses från marknadsrättslig synpunkt. Under förutsättning att alstret var en produkt av en kvalificerad verksamhet borde det åtnjuta skydd mot obehöriga tillägnanden. Ett sådant skydd tillkom i första hand den reklamman som utformat produkten, varvid hans rätt att hindra plagiat och liknande åtgärder dock kunde förvärvas av det företag som använde den.[70] AK konstaterade att upphovsrättsligt och fotorättsligt skydd för reklamalster kunde föreligga, eftersom ett sådant alster ofta bestod av såväl text som bild. Bildelementen kunde bestå av teckningar och liknande. De var ofta att anse som konstnärliga verk och åtnjöt då skydd i den egenskapen. I andra fall användes fotografiska avbildningar. Enligt AK torde någon gång även *layout* kunna skyddas som konstnärligt

[67] Lund, Billedkunsten s 67 och 80. Lund visade emellertid på några exempel i äldre utländsk rättspraxis där sådana alster ansetts tillhöra den tillämpade konsten och därför p g a det praktiska syftet nekats skydd (se Lund, Billedkunsten s 80).

[68] Se Koktvedgaard/Levin s 85 och om företeelsen ur ett tyskt perspektiv Schricker i GRUR 1996 s 816 ff.

[69] Lund, Billedkunsten s 68 f; jfr det danska förslaget 1931 s 20.

[70] SOU 1956:25 s 392.

verk. Verkets praktiska eller ekonomiska syfte var självfallet inte ett hinder för detta, men i allmänhet skulle en reklamkomposition, även om den var fyndig och reklammässigt slagkraftig, knappast fylla kraven för upphovsrättsligt skydd. Därmed kunde t ex en originellt utformad annons i allmänhet fritt eftergöras genom utbyte av bild eller textelement.[71]

AK konstaterade att reklamprodukter kunde ges skydd även i egenskap av bärare av goodwill som tillkommit genom viss näringsidkares användning. Skyddet meddelades då direkt i företagets intresse och begränsades till fall, där ett goodwillvärde av antydd art stod på spel.[72] Vad gällde denna typ av skydd för reklamalster anförde AK att skyddet av goodwillvärdet tillgodosågs genom den i *lagen om illojal konkurrens* (IKL) 1942 införda 9 §, enligt vilken det var straffbelagt att i näringsverksamhet använda namn, firma, varumärke, utstyrsel, eller annat kännetecken, som lätt kunde förväxlas med inarbetat kännetecken för annans näringsverksamhet eller dess varor eller prestationer. AK anförde vidare att även om sådana reklamalster inte direkt nämndes i 9 § IKL, det dock var avsett att även de skulle omfattas av skyddet. Enligt förarbetena till IKL kunde skydd sålunda tillkomma annonser och kataloger, som erhållit sådan utstyrsel att de kännetecknade företaget. Som andra exempel på skyddsobjekt namndes i dessa förarbeten också slagord eller specifika *slogans*, vilka avsåg att inpränta något hos allmänheten, samt sådana *kännetecken*, som framkommit genom viss komposition av text eller bild eller båda delarna i ett reklamverk (*layout*).[73]

Även om eftergörande av reklamalster i många fall kunde beivras som upphovsrättsintrång, fanns enligt AK risk för att efterbildning av *layout* skulle kunna falla utanför. Vad gällde frågan om skydd för ett reklamalsters *layout* var det enligt AK till en början klart att något behov av ett generellt skydd inte förelåg. Däremot ansågs mer säreget utformade kompositioner på ett område nära området för det egentliga upphovsrättsliga skyddet behöva ett plagiatskydd. En reklamkomposition av sådant slag torde ofta anses som ett konstnärligt verk, men även om så inte var fallet representerade de sådana insatser av kunnande och erfarenhet att de borde skyddas mot eftergörande. AK anförde vidare att det i diskussionen ofta gjorts gällande att området inte borde regleras. Illojala förfaranden på området var mycket sällsynta och branschen själv hade möjlighet att rätta till missförhållanden. Framförallt hänvisades till den verksamhet, som i sådant syfte bedrevs av den inom *Svenska försäljnings- och reklamförbundets* ram verksamma *opinionsnämnden* för reklam. En lagstiftning i ämnet skulle därför kunna leda till en viss monopolisering av idéer

[71] Op cit s 393; jfr den ovan refererade tolkningen av dansk rätt; jfr också Gaarder som utförligt undersökte möjligheterna att åtkomma reklam med hjälp av marknadsrättsliga medel (TfR 1946 s 180). I svensk rätt finns endast få avgöranden som gällt reklameftерbildning (jfr Koktvedgaard/Levin s 85).

[72] SOU 1956:25 s 392.

[73] Op cit s 393. Enligt art 9.2 ICCs grundregler för reklam får reklam inte utformas så att det goda renommé som är förknippat med namnet på en person, annat företags firma och kännetecken eller som företaget uppnått genom en reklamkampanj, utnyttjas på ett otillbörligt sätt och enligt art 10.1 får reklam i form av layout, text, slogans eller illustrationer inte utformas på ett sätt som är ägnat att vilseleda eller framkalla förväxling.

och uppslag och över huvud taget verka hämmande på reklamens utveckling.[74] Enligt AK hade opinionsnämndens verksamhet bidragit till att plagiat av reklam sällan förekom i Sverige. Emellertid konstaterades att ett särskilt lagstadgat skydd skulle vara till fördel för de skyddsberättigade. En lagstiftning ansågs också kunna ge ytterligare stöd åt strävandena att förhindra illojala förfaranden på området. Den ansågs föranleda klarare avtalsbestämmelser i fråga om överlåtelse av reklamalster. Invändningar att konkurrensen skulle hindras ansågs sakna grund om föreskrifterna tillämpades med viss försiktighet under iakttagande av branschkutymer och sedvänjor.

AKs förordade regel om skydd för reklamalster skulle ge skydd åt *bild eller text som sammanställts på ett säreget sätt.* Enligt AK skulle angående *textelement* endast sådan sammanställning som hade *bildverkan* komma ifråga för det avsedda skyddet. Skyddstiden föreslogs vara tio år. Eftergörande skulle anses föreligga i första hand om alstret direkt kopierades. Om det var själva sammanställningen av bild och text som skyddades, kunde regeln vara tillämplig även om de särskilda bild- eller textelementen byttes ut mot andra som inte företedde likheter med originalet. Även *reklamfilm* ansågs kunna skyddas enligt den föreslagna bestämmelsen. Närmare regler om *reklamfilm* ansågs inte vara praktiskt behövliga.[75]

I propositionen förordade depch införande av en regel om skydd för sammanställningar av reklam i enlighet med vad som anförts av AK. *Lagutskottet* anförde dock kritik mot förslaget. Enligt lagutskottet kunde det starkt ifrågasättas om det verkligen fanns något större behov av ett skydd för layout i reklam. Även AK hade påpekat att redan de olika elementen i ett reklamalster i regel skyddades enligt upphovsrättens och fotorättens regler och kompositionen av olika element kunde i vissa fall åtnjuta skydd som i huvudsak täckte det praktiska behovet. Ett skydd för andra reklamkompositioner än konstnärliga ansåg lagutskottet kunde föra mycket långt och risken var stor att skyddet skulle komma att avse även idéer och uppslag. Att ett sådant skydd inte borde införas var en allmänt omfattad mening. Med anledning av det anförda och av att någon motsvarande regel inte förordats i de övriga nordiska länderna föreslog lagutskottet att regeln inte skulle införas,[76] vilket heller inte skedde.

Av de ovan redovisade motiven till ett *sui generis*-skydd för reklamalster torde de flesta av reklambildens upphovsrättsliga särproblem redan ha belysts. Sammanfattningsvis kan ändå konstateras att det för reklamalster är vanligt att *layout*, d v s text- och bildelement i samverkan, för fram det kommersiella budskapet. Att *layout* kan vara av så avancerat slag att den

[74] SOU 1956:25 s 394.
[75] Op cit s 395 f.
[76] LU 41/1960 s 80 f.

uppfyller lagens verkskrav har länge varit allmänt accepterat.[77] Ett från bildsynpunkt intressant förhållande uppstår när det endast är kombinationen i form av *layout* av text, bild och andra komponenter som får alstret att nå lagens skyddskrav. Konsekvensen blir att det kan förekomma situationer där bilder åtnjuter skydd endast i ett visst sammanhang och att de i så fall kan bli fria att utnyttja för andra artfrämmande sammanhang. Alla fotografier som används i reklam är dock skyddade per se enligt 49 a § URL (se härom nedan 3.2.1).

3.1.3 Upphovsrättsligt kännetecknesskydd

Inledningsvis har bland bildens olika funktioner *symbolfunktionen* angivits. Eftersom bildens ursprungliga och mest fundamentala syfte alltid varit att avbilda verkligheten, är symbolfunktionen hos bilder vanligen medelbar. Bildens symbolfunktion har detta till trots fått en allt större betydelse. Det är främst bildens möjlighet att fungera som reklambärare som varit bidragande till det. Många upphovsrättsligt skyddade företeelser är mycket väl ägnade som *kännetecken*. Det gäller inte minst bildkonstalster. Kännetecknesrättsligt skydd kan ges för s k figurkännetecken, d v s visuella symboler för varor och tjänster. Kännetecknesrättsligt skydd kan även ges varu- och förpackningsutstyrslar men då närmar man sig snarare alster av brukskonst än alster av bildkonst.

Eftersom något hinder mot dubbelt skydd ges vare sig i kännetecknesrätten eller i upphovsrätten, kan ett upphovsrättsligt skyddat verk tjäna som varu- eller näringskännetecken. Bildens symbolegenskaper kan dock tänkas kollidera med bildens konstnärliga uttryck. Bildens konstnärliga uttryck bör t ex inte få vilseleda om egenskaper hos varan (se om dessa problem i avtalssituationer nedan 7.4.3).

Det kännetecknesrättsliga skyddet kan i princip ges allt som kan tjäna som individualiseringsmedel för en näringsidkares varor, tjänster eller näring. Kännetecknet individualiserar varan utan att avbilda den eller eljest ange den. Den är en *symbol* som får en särskild funktion i sin kommersiella miljö. Kännetecknesskyddet skiljer sig dock från upphovsrätten redan genom det sätt på vilket skyddet erhålls. Kännetecknesrätt kan erhållas antingen genom registrering eller inarbetning. Generellt uttryckt tilldelas skyddsobjektet symbolfunktion genom registrering. Vid inarbet-

[77] Jfr Gaarder i TfR 1946 s 198.

ning skapas symbolfunktionen successivt genom att omsättningskretsen lär sig uppfatta skyddsobjektet som symbol för en viss vara.

Kännetecknets viktigaste funktion efter symbolfunktionen är dess *särskiljningsfunktion.* Ett kännetecken som inte har någon särskiljningsförmåga kan över huvud taget inte tjäna som kännetecken. Särskiljningsfunktionen är uttryckligen påkallad enligt 2 § VML. Där anges att varumärket måste kunna särskilja en viss näringsidkares varor från andras. Lösryckt från sin konkreta kommersiella miljö har kännetecknet varken självständig mening eller eget värde. Därmed skiljer sig kännetecknsrätten på ett avgörande sätt från andra immaterialrättigheter, främst upphovsrätten, som skyddar objekt under förutsättning av viss egen mening. Varumärket blir däremot till något först i en konkret miljö.[78] Varumärket skyddar alltså en relation mellan näringsidkaren och hans kundkrets.[79]

Kännetecknet har därtill en rad andra funktioner. *Ursprungsangivelsefunktionen* är kännetecknets äldsta funktion.[80] Den är nära förknippad med kännetecknets särskiljnings- och symbolfunktion, men avser till skillnad från dessa inte själva relationen mellan kännetecken och objekt, utan tar utgångspunkt i föremålet och pekar med kännetecknets hjälp ut en härkomst. Tanken är att alla varor som bär samma kännetecken skall utpeka ett gemensamt ursprung.[81] Ursprungsangivelsefunktionen är av fundamental betydelse när man tar en redan existerande bild som kännetecken. Det krävs då inarbetning för att bilden skall ange varans ursprung.

Eftersom omsättningskretsen vanligen som resultat av inarbetning förbinder ett visst kommersiellt ursprung med en viss kvalitet,[82] får varumärket också en *garantifunktion.*[83] Omsättningskretsen skall kunna lita på att varor med ett visst kännetecken håller samma kvalitet över tid. Kännetecknet möjliggör för köparen att identifiera den vara som han vill ha. Om han har köpt varan tidigare, så vet han av erfarenhet vilken kvalitet varan har och därmed hur väl den kan tillgodose hans önskemål. Han bör då på goda grunder kunna förlita sig på att varan har samma kvalitet som tidigare.[84] Det gynnar inte bara omsättningskretsen, utan också kännetecknshavaren.

[78] Koktvedgaard/Levin s 305.
[79] Ibidem.
[80] Se Riehle s 107.
[81] Ibidem.
[82] Se Tiili i NIR 1970 s 242; SOU 1958:10 s 214.
[83] Koktvedgaard/Levin s 305 f.
[84] Se Riehle s 110; jfr Tiili i NIR 1970 s 243.

Garantifunktionen har många komponenter. Naturligtvis står varans kvalitet i centrum. Men kvaliteten måste relateras till såväl varans faktiska egenskaper som omsättningskretsens uppfattning om vilken kvalitet som skall kunna erfordras av varor som bär ett visst kännetecken och kännetecknenshavarens vilja och förmåga att kunna tillgodose dessa krav. Varumärket koordinerar varans karaktäristiska och typiska egenskaper och kännetecknenshavaren kan med kännetecknets hjälp främja avsättningen av sin produkt genom att tillgodogöra sig den goda renommé som kännetecknet förvärvat.[85]

Reklamfunktionen kan sägas vara den bakre delen av individualiseringsfunktionen och avser då kännetecknenshavarens relation till kännetecknet. Med kännetecknets reklamfunktion avses att kännetecknet som sådant påverkar avsättningen av en vara.[86] Syftet med användningen av ett kännetecken med reklamfunktion blir då inte främst att ange ett ursprung utan mer renodlat att påverka omsättningskretsen till att fatta köpbeslut. I viss mån kan en sådan påverkan också åstadkommas genom val av märken som i sig själva suggererar köpare av olika kategorier att köpa varor av vissa märken. Det möjliggörs inte bara av människors olika smak utan också av deras förmåga att projicera sig själva i saker omkring dem.[87] Genom att använda en karakteristisk bild av en känd konstnär, kan omsättningskretsen således påverkas. Ett bra exempel kan vara hur *Dalís* formspråk utnyttjats för att marknadsföra parfym.

Ett kännetecken som har reklamfunktion har ett *egenvärde*. Det kan uppkomma på olika sätt. För det första kan man tänka sig att kännetecknet till sin typ är ägnat att fånga omsättningskretsens uppmärksamhet. Vanligare torde emellertid vara att kännetecknen får reklamvärde efter inarbetning.[88] Genom ihärdig inarbetning kan ett kännetecken få sådant renommé att det i sig kan ge reklam åt produkten. Genom att köpa en viss märkesvara kan köparen fås att tro att *han själv* förvärvar de egenskaper, har den livsstil eller är en sådan människotyp som reklamen försöker identifiera sig med.[89] Reklamfunktionen ligger till stor del också bakom det utvidgade skyddet för *väl ansedda kännetecken* i 6 § 2 st VML. Om en bild i sin egenskap av kännetecken förvärvar *goodwill* som resultat av inarbetning, kan det s a s påverka det upphovsrättsliga ekonomiska värdet av bilden.

[85] Tuli i NIR 1970 s 243.
[86] Jfr op cit s 243 f.
[87] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 162.
[88] Jfr Tuli i NIR 1970 s 244.
[89] Jfr ibidem.

Från att det tidigare varit varan som stod i centrum och kännetecknet utgjorde förbindelselänken mellan vara och näringsidkare genom att varorna försågs med hans namn har, i den moderna marknadsföringen, kännetecknet blivit en beståndsdel i en medveten marknadsföringsprocess i vilken den vara som skall marknadsföras kanske blir det sista och i vart fall inte det mest dominerande momentet i processen. Det får betydelse från bildsynpunkt på det sättet att det kan bli intressant för näringsidkaren att utnyttja ett redan existerande objekt, t ex en tecknad figur som har kända egenskaper för att bära fram en ny och oprövad vara.[90]

Till skillnad från andra typer av dubbelt skydd i immaterialrätten, är det i fråga om upphovsrättsligt kännetecknsskydd nästan alltid skilda innehavare till de båda rättigheterna. Detta förhållande bidrar till en rad frågor om de båda rättighetshavarnas förfoganderätt över det skyddade objektet (varom mera nedan 7.4.3). Gränsdragningen mellan upphovsrätt och kännetecknsrätt har i viss mån ytterligare preciserats genom några stadganden i den kännetecknsrättsliga lagstiftningen. Registreringsskydd kan således inte erhållas för ett märke som innehåller eller består av något som är ägnat att uppfattas som titel på annans skyddade konstnärliga verk, där titeln är egenartad eller kränker annans upphovsrätt till ett skyddat verk eller annans rätt till fotografisk bild (14 § 1 st 5 VML; 10 § 1 st 5 FL).

Det bör vidare uppmärksammas att inskränkningen i rätten till registrering gäller sådant kännetecken som *kränker* annans upphovsrätt. Det är alltså fritt att avtala med upphovsmannen om rätten att få använda hans verk som kännetecken. Eftersom det kännetecknsrättsliga skyddet inte har någon begränsning i tiden, kan bilder denna väg få ett i princip evigt skydd.[91]

Sådana moment av varan som huvudsakligen är ägnade att göra varan mer ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken kan enligt 5 § VML inte göra anspråk på kännetecknsskydd. Enligt 13 § 2 st VML inskränks möjligheterna att registrera ett kännetecken som uteslutande består av en form som följer av varans art eller en form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat eller en form som ger varan ett betydande värde. Dessa inskränkningar är konkurrensrelaterade. En näringsidkare skall inte kunna åtnjuta en i tiden oinskränkt kännetecknsrättslig *monopolrätt* till sådana moment som gör varan mer ändamålsenlig, vilket lätt kunde leda till otillbörliga konkurrensfördelar.[92] Tekniska och funktio-

[90] Jfr Willi i WRP 1996 s 652.

[91] Se om fenomenet i ett tyskt perspektiv Loewenheim i WRP 1997 s 389 ff.

[92] SOU 1958:10 s 105, jfr s 248 f; Prop 1960:167 s 31 f; Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt s 183 och dens i NIR 1988 s 383 ff; Eberstein i NIR 1964 s 97.

nella element hos en utstyrsel är dessutom inte distinktiva, eftersom de regelmässigt förekommer hos varor av det ifrågavarande slaget. I de ursprungliga motiven konstaterades att det dock emellanåt förekom, att varor eller utstyrslar bestod av sådant som på samma gång medförde tekniska fördelar och tjänade som kännetecken för varor. Enligt 5 § VML medförde inarbetningen inte någon ensamrätt och om utstyrseln registrerats, var registreringen utan verkan enligt 13 § VML.[93]

3.1.4 Tecknad serie – figur och personlighet

Även om *tecknade serier* kan höra till det skyddade området, vållar de från bildskyddssynpunkt objektsrelaterade problem. Skyddet för tecknade serier är också av ekonomiskt intresse. På grund av den *goodwill* som ofta finns i tecknade seriefigurer[94] och på grund av deras förmåga att fungera som kommersiella kännetecken, har de blivit tacksamma licensobjekt i s k *merchandising* (se härom nedan 7.5),[95] men något *sui generis-skydd* för merchandisingobjekt finns inte. Figurer av skilda slag måste därför söka stöd i skilda former av rättsliga skydd för att med framgång kunna tjäna t ex som licensobjekt.[96]

Eftersom tecknade serier vanligen ger uttryck åt både litterärt och konstnärligt verksinnehåll, uppstår inga särskilda problem med att ringa in det skyddsvärda i serieverket som helhet. Bedömningen kompliceras däremot om skyddet skall avse endast det *konstnärliga uttrycket*. Tecknade serier är kanske mer än andra verkstyper en oskiljaktig kombination av *litterärt tema* och *konstnärligt bilduttryck*. Verkets idé är minst dubbel. Det finns dels en litterär idé om handlingen i verket, dels en konstnärlig idé om hur figuren skall utformas, vilket formas till den sammantagna idén om hur den litterära figuren skall uttryckas konstnärligt i bild.

[93] SOU 1958:10 s 253. I flera andra rättsordningar har möjligheterna till dubbelt skydd inskränkts så att kännetecknsrätt till ett alster väsentligen utesluter upphovsrätt. Jfr den restriktiva inställning till möjligheten av dubbla skydd som intagits i dansk doktrin (Koktvedgaard, Lærbog i Immaterialret s 83).

[94] Olsson konstaterade att det var populärt att t ex trycka bilder av seriefigurer på tröjor och andra kläder (Copyright s 41).

[95] Merchandising är i WIPOs rapport om merchandising (WO/INF/93) definierat som "the adaptation or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one of several authorized third parties, of the essential personality features of ... a character in relation to various goods and/or services with a view to creating in prospective costumers a desire to acquire those goods and/or to use those services because of the costumers' affinity to that character" (s 7).

[96] WO/INF/93 s 23; jfr Ruijsenaars i IIC 1994 s 534.

Själva den litterära *figuren* i sig kan med traditionella upphovsrättsliga mått inte ges något självständigt skydd.[97] En sådan fiktiv figur hör i förekommande fall till det skyddade verkets idéinnehåll, men har inte någon materiell existens utanför det verk i vilket den förekommer.[98] Enligt *Olsson* var idén med flygande supermänniskor eller pratande fåglar (ankor) inte skyddad. Däremot var den individuella utformningen i *Stålmannens* eller *Kalle Ankas* gestalt skyddad och serierna om dem skyddade.[99]

Det är således endast figuren uttryckt i en konstnärlig eller litterär form som skyddas. Inte desto mindre kan i angloamerikansk praxis skönjas att domstolarna tenderar att tillmäta tecknade figurer skydd medan litterära figurer förblir oskyddade.[100] Det skulle kanske kunna förklaras av att bildmotiv är känsligare för bearbetning än litterära motiv, d v s att det knappast går att utnyttja serien utan att efterbilda den tecknade figuren.

Som bildkonst kan emellertid skyddas endast det konstnärliga bilduttrycket i en serie i främst två, men undantagsvis även tre, dimensioner. De tecknade seriernas skyddsproblem har till stor del att göra med faktum att seriefiguren är en produkt av konstnärligt och litterärt verksinnehåll. Just termen *serie* indikerar att det är en sekvens av bilder som avses. Trots att figuren är uttryckt med konstnärliga medel, är dess huvuduppgift att förmedla ett litterärt innehåll, som kan vara av de mest varierande slag.

Ett seriealbum eller en sekvens av serierutor kan åstadkomma en med *filmverk* mycket likartad konstnärlig eller litterär enhet. Men till skillnad från film eller sceniska verk finns inte något skydd för figurens framförande.[101] Något *sui generis*-skydd för bildsekvenser har hittills inte heller manifesterats i nordisk rätt (jfr dock om den närstående rätten till *rörliga bilder* nedan 5.7.4). Ett utnyttjande av den fiktiva figuren kan därför inte vara intrångsgrundande om inte intrångsföremålet på ett upphovsrättsligt relevant sätt återger något som omfattas av serieverkets upphovsrätt.

Traditionellt jämförs i en intrångssituation två konkreta uttryck. Likheten mellan uttrycken avgör vanligen om ett intrång föreligger eller inte.

[97] Se WO/INF/93 s 29; jfr BGH UFITA 25/1958 s 337 (Sherlock Holmes) där användning av figuren *Sherlock Holmes* i en film inte ansågs göra intrång i Conan Doyles rätt till sina litterära verk (se härtill Schramm i UFITA 29/1960 s 144 ff. Samma inställning har också kommit till uttryck i det kanadensiska fallet *Kelly v Cinema House, Ltd*; jfr dock Brylawskis kritik häremot i Bulletin of the Copyright Society of the USA 22/1974 s 93 f).

[98] Jfr Kurz i UFITA 109/1988 s 7.

[99] Olsson, Copyright s 41.

[100] Jfr Brylawski i Bulletin of the Copyright Society of the USA 22/1974 s 83.

[101] Jfr dock Ruijsenaars som hävdar att det finns en trend att påkalla upphovsrättsligt skydd för de figurer som gestaltas av utövande konstnärer i filmer (IIC 1994 s 539).

Följaktligen är det i princip också tillåtet att bearbeta en redan känd litterär figur, som kommit till uttryck i annans skyddade verk, till en ny konstnärlig form.[102] Ett intrång skall alltså kunna föreligga endast vid efterbildning. Men måste seriefiguren vara efterbildad i samma pose eller i samma miljö som den ursprungligen är skapad i för att det skall föreligga ett intrång?[103] Om så vore fallet, skulle samma figur utförd av tredje man i upphovsmannens karaktäristiska manér, men återgiven i en ny pose och en ny miljö åstadkomma ett nytt och självständigt verk. Uttalanden om var gränsen går mellan verk och efterbildning kan knappast göras generellt. Här måste ses till de speciella förutsättningarna i det enskilda fallet. Allmänt gäller ändå att skyddet för tecknade serier är starkast när de förekommer i sin ursprungskategori och sin litterära ursprungsform och i sin ursprungsmiljö,[104] medan skyddet för själva figuren tenderar att bli svagt. På flera håll kan dock skönjas tendenser till ett stärkt upphovsrättsligt skydd för figurer.

Stockholms TR[105] valde emellertid i ett mål om intrång i rätten till seriefiguren *Dennis* att jämföra den *inre formen* hos *Dennis* med den påstådda intrångsfiguren, *Bosse Bus*. TRn uttalade att om en avbildning avvek inte bara i fråga om den *yttre formen* utan även beträffande den *inre*, avbildningen inte utgjorde något exemplar av originalet. Med originalets *inre form* ansågs i detta sammanhang tankeinnehållet i den individuella utformning som upphovsmannen givit verket. Vad som individualiserade figuren *Bosse Bus* och gav den dess karaktär var den stora munnen med sin utstående kraftiga framtand samt skärmmössan, som dragits ned över ögonen. Genom byxornas utformning gav Bosse Bus intryck av att ha något längre ben än Dennis. Dessa karaktäristiska element hos figuren Bosse Bus gjorde att han framstod som en något äldre pojke än *Dennis* och framförallt som mindre näpet oförarglig. Tingsrätten ansåg att tankeinnehållet i den individuella utformning som givits figuren *Bosse Bus* skilde sig från vad som i motsvarande hänseende gällde för *Dennis*. *Bosse Bus* fick därför anses utgöra ett i fri anslutning till *Dennisfiguren* skapat verk.

Också i WIPOs rapport om merchandising kan urskiljas tendenser till ett vidgat skydd för figurer. Med avseende *på litterära figurer* hävdades att

[102] Se WO/INF/93 s 29.

[103] Jfr *National Comics Publications v Fawcett Publications* där domstolen hade "limited the copyright to the specific exploits of 'Superman' as each picture portrayed them".

[104] Jfr Kurtz i UFITA 109/1988 s 11 ff och WO/INF/93 s 29. Utnyttjandet av två figurer *Nutt and Giff* i ett dramatiskt framförande har i äldre angloamerikansk *(Hill v Wahlen & Martell)* praxis ansetts göra intrång i upphovsrätten de tecknade figurerna *Mutt and Jeff*. Domstolen fann att *Nutt and Giff* var *Mutt and Jeff*. De hade *make up* och kostymer som liknade *Mutt and Jeffs*. De talade och uppförde sig som *Mutt and Jeff* och uttalade direkta repliker som använts av *Mutt and Jeff*. Såväl fysiska karaktäristika som personligheter hade alltså efterbildats.

[105] Stockholms tingsrätts dom den 6 mars 1990 (Dennis och Bosse Bus).

upphovsrätt kunde finnas i fiktiva figurer om de var tillräckligt tydligt beskrivna och hade förvärvat sådan särskiljningsförmåga och notoritet att de kändes igen av allmänheten när de var skilda från det verk i vilket de förekom.[106] Ett sådant synsätt leder enligt min mening in i en kännetecknsrättslig begreppsvärld och kan därför kritiseras här (se vidare nedan 7.5 om seriefigurens förmåga att fungera som kännetecken). Möjlighet till inarbetning av medieinnehåll bör med traditionellt synsätt inte kunna ske på upphovsrättslig grund. Inarbetning som grund för rättsskydd finns endast inom kännetecknsrätten.[107]

3.1.4.1 Angloamerikansk rätt

Inte oväntat är det i angloamerikansk rätt som seriefigurernas upphovsrättsliga skyddsförutsättningar främst uppmärksammats. Där har också en omfattande praxis successivt stärkt skyddet för själva figuren. Det upphovsrättsliga skyddet för seriefigurer har gått mot något som liknar ett indirekt *konceptskydd*, som stärks genom att figuren s a s *inarbetas* på marknaden. Eftersom intrångsgörarens illojala syfte ofta tillåts spela en roll, riktas fokus mer mot det otillbörliga i att utnyttja ekonomiska investeringar i en figur än dess *de facto* upphovsrättsliga skyddsföremål.

Realiteten i ett sådant skydd tydliggörs kanske än mer i det lagliga utnyttjandet av seriefigurer än av mer traditionella skyddsföremål. Den som vill utnyttja figuren i marknadsföring eller annorledes tenderar att uppfatta figuren i sig som skyddad av upphovsrätt oavsett vilka ramar som ges av traditionella upphovsrättsliga objektsbestämningsprinciper. (Dessa aspekter på bildskyddet skall dock utvecklas i den följande huvudavdelningen.)

Redan 1930 uttalade *Judge Learned Hand*[108] att *dramatiska* figurer borde kunna omfattas av upphovsrätt relativt oberoende av dramats litterära

[106] WO/INF/93 s 29.
[107] Uttalandet har också kritiserats i utländsk doktrin (se Ruijsenaars i IIC 1994 s 539).
[108] *Nichols v Universal Pictures Corp.* Se härtill Patry, Fair Use s 62 och Walker i Bulletin of the Copyright Society of the USA 44/1996 s 79 ff.

handling. Även om detta därefter åter övervägts i praxis,[109] tog det lång tid innan teorin grundade något skydd i sak.[110]

Till en början kunde inte utläsas ur praxis om intrång kunde ske enbart i själva karaktärernas utseende utan samtidig likhet i figurernas personlighet. Att något skydd för den litterära figuren i sig inte kan ges har dock stått klart.[111] Även om nyare praxis på området för serier har blivit klarare i fråga om figurskydd oavsett efterbildning av delar av handlingen, verkar det emellertid fortfarande något oklart i vilken utsträckning en efterbildning av endast den grafiska utformningen av själva figuren kan utgöra intrång.

I ett amerikanskt avgörande,[112] kom domstolen fram till att TV-programmet *The Greatest American Hero* inte gjorde intrång i upphovsrätten till ett antal verk där figuren *Superman* (d v s *Stålmannen*) förekom. Även om den tecknade seriefiguren *Superman* var skyddad, ansågs huvudfiguren i *The Greatest American Hero* inte vara väsentligen lik *Superman*. Domstolen anförde att inte bara den visuella likheten mellan figurerna, utan helheten av figurernas utmärkande karaktärsdrag, skulle höra till bedömningsunderlaget. Trots att huvudfiguren i *The Greatest American Hero* i flera hänseenden liknade *Superman* fanns skillnader. *Superman* var en stolt och modig hjälte från en annan planet medan huvudfiguren i *The Greatest American Hero* var en vanlig jordvarelse som hade blivit hjälte mot sin vilja och som helst ville fortsätta sitt vanliga liv.

I ett annat fall rörande *The Pink Panther*[113] riktade domstolen in sig på figurens personlighet liksom även på dess utseende. Domstolen konstaterade att något upphovsrättsligt skydd inte kunde ges för själva konceptet *animerat kattdjur som visade mänskliga drag*. Det aktuella kattdjuret liknade inte en pinkande panter i uppträdande, rörelse eller personlighet i sådan grad att det kunde utgöra ett intrång. Jämförelsen begränsades till de fysiska karaktäristika hos de två figurerna, men figurerna bedömdes i deras helhet.

Avgörandena indikerar att efterbildning av en tecknad figur utan att också den litterära handlingen efterbildas kan utgöra upphovsrättsintrång enligt angloamerikansk rätt. Även om den litterära figuren inte i sig ger uttryck för verkets struktur eller form, så är den något konkret såtillvida

[109] Se främst *Warner Bros Pictures Inc v Columbia Broadcasting System Inc (Sam Spade)*. Se härtill utförligt Nimmer i TMR 1969 s 64 ff; jfr Davidow i Columbia Journal of Art and the Law 8/1994 s 523 ff.

[110] Se *Filmvideo Releasing Corp v Hastings*; se härtill Davidow i Columbia Journal of Art and the Law 8/1984 s 515.

[111] Se Kurtz i UFITA 109/1988 s 1 ff; se härtill också *Detective Comics Inc v Burns Publications*.

[112] *Warner Bros v American Broadcasting Cos*. Se härom Patry, Fair Use s 74 f.

[113] *United Artists Corp v Ford Motor Co*.

som den kan bli föremål för jämförelse.[114] Det har därför ansetts tillräckligt för intrång med figurlikhet även vid avsaknad av likhet vad avser andra kännetecknande karaktärsegenskaper. I flera fall har också intrång konstaterats när tecknade figurer lyfts ut från sin litterära kontext och efterbildats tredimensionellt som dockor eller leksaksfigurer.[115] Då finns ju inte annat att jämföra än figurernas visuella uttryck. Utseendelikheten måste därför verkligen vara identisk eller förete endast marginella ändringar eller variationer.[116]

Olikheter i uppträdande och personlighet har i amerikansk praxis också ansetts vara upphovsrättsligt relevanta faktorer i en intrångsbedömning.[117] Tecknade figurer har ansetts bära sina egna mentala identiteter, som primärt framgår av utseendet, och varje skillnad i utseende försvagar likheten med den ursprungliga figuren.[118] Det kan inte uteslutas att det har varit vägledande för angloamerikanska domstolar att upphovsmannen bör ha rätt att tillgodogöra sig ekonomiskt värdefulla utnyttjanden av figurerna och att kunna hindra att de missbrukas eller förvrängs.[119] Därför har figurer ofta också kunnat skyddas på annat sätt än med upphovsrätten, främst genom kännetecknsrätt. Om figurerna inte ansetts skyddade av upphovsrätt därför att de haft svaga karaktärsdrag, har utnyttjandet av dem i förekommande fall kunnat åtkommas med regler om skydd mot illojal konkurrens.

3.1.4.2 Serieparodi

På serieområdet har det blivit vanligt med en särskild *metagenre*, med huvudsakligt stilistiskt grunddrag att *parodiera* redan existerande serier. Ett till denna genre nära anslutande område är att låta figurer från andra serier *intervenera* i parodiserien.[120]

Om den uppfattning som AK intagit skall accepteras, nämligen att parodin normalt ger en *ny och självständig* form (jfr ovan 2.2.2), innebär det

[114] Kurtz i UFITA 109/1988 s 13 f.
[115] Se *King Feature Syndicate v Fleischer; Fleischer Studios v Ralph A Freundlich (Betty Boop); United Features Syndicate v Sunrise Mold Co*; se härtill Brylawski i Bulletin of the Copyright Society of the USA 22/1974 s 77 och Kurtz i UFITA 109/1988 s 6.
[116] Se op cit s 14.
[117] *Sheldon v Metro-Goldwyn Pictures Corp.*
[118] Kurtz i UFITA 109/1988 s 14 f; jfr *Warner Bros v American Broadcasting Cos.*
[119] Se Kurtz i UFITA 109/1988 s 6.
[120] Se t ex Gahrton, Upphovsrätt till tecknade serier s 66 ff.

att alla efterbildningar av bilder med tydligt parodierande syfte skulle falla utanför originalets skyddsomfång. Det förorsakar problem vid bestämningen av *jämförelseobjekt*. Åtminstone om parodin är av större omfång, finns det nämligen stor sannolikhet att väsentliga delar av originalverk och parodi har mycket snarlika former. Det borde tala emot uppfattningen att en efterbildning i sådant syfte skulle vara fri.

Åberopande av *Fair use* till stöd för rätten att parodiera seriefigurer har, ofta utan framgång, åberopats i angloamerikansk rätt.[121] I *Walt Disney Prods v Air Pirates*[122] angående efterbildning av ett flertal av *Disney's* filmkaraktärer i ett seriemagasin för vuxna, angav domstolen att även om namnen och utseendena hos figurerna var desamma, de hade placerats i situationer relativt avlägsna från *Disney's* serievärld. De var tvärtom *active members of a free thinking promiscuous, drug ingesting counterculture. Disney* gjorde gällande att användningen av figurerna gjorde intrång i *Disney's* upphovsrätt till bilderna. Domstolen, som ansåg att åtgärden innebar intrång, konstaterade att sådant förelåg redan genom efterbildning av en seriefigurs grafiska image. Svarandepartens åberopande av *fair use* accepterades inte av domstolen.

Att ett uppenbart parodierande syfte kan få betydelse för verksfrågan är naturligt, men betydelsefull är naturligtvis också likheten hos de båda alstren och framförallt relationen mellan likhet och parodi (om den alls låter sig fastställa). Även när parodin är mycket lik, kanske väsentligen identisk med originalet, skulle enligt AK de båda uttrycken behandlas som två skilda verk.

Det är tydligt att AK inte uppmärksammade att parodier kan vara av en rad skilda slag, som måste bedömas var för sig.[123] AK hade förmodligen inte t ex *serieparodier* för ögonen. Utmärkande för sådana är att den visuella bilden ofta i särskilt hög grad har en form som påminner om originalverket, medan de parodierande inslag som förekommer i texten och i bilddetaljer skiljer sig. Parodin borde då kanske anses som ett utnyttjande av det parodierade verket särskilt när den som företar parodin tydligt drar nytta av upphovsmannens arbetsinsatser eller renommé. Med en sådan inställning kan parodi i stort ses som ett utnyttjande av verkets *goodwill* och upphovsrätten som ett verktyg att försvara den. Särskilt i fransk och spansk rätt märks en uppfattning att sådana syften som jämte det parodierande, såsom snyltning, riktas mot originalverket eller dess upp-

[121] Se härom särskilt Schooner i The Journal of Arts Management and the Law 14/1984 s 69 ff.
[122] Se om fallet op cit s 79; Hicks i Comm/Ent 8/1985 s 63 och Chagares i Columbia-VLA Journal of Law and the Arts 1988 s 240 ff.
[123] Jfr Delin i NIR 1959 s 238 ff.

hovsman förtar den rätt till särbehandling som annars kan ges för parodi.[124]

3.1.5 Upphovsmannens manér som kännetecken för honom själv

Trots att ett visst *manér* inte är skyddsförtjänt i sig, har det indirekt en viktig roll vid frågor om verksavgränsning, eftersom manéret påverkar verkets form. Genom att använda särskilda manér kan *en viss upphovsmans* verk lättare skiljas från andra upphovsmäns verk. Manéret har helt enkelt kommit att inta en viktig plats som marknadsföringsmedel i egenskap av upphovsmannens *kännetecken.*[125] I den moderna 1900-talskonsten finns talrika exempel på konstnärliga uttryck där själva konstnären spelar en avgörande roll för bedömningen av verkets kvalitet och innehåll. Gemensamt för dessa konstnärliga uttryck är att de oftast frambringas för en bred internationell publik. Konstnären och hans skapande är då som regel föremål för livlig debatt och följs i massmedia.[126] Det gör att det på området för modern bildkonst kan skapas möjligheter att utnyttja en känd konstnärs manér för marknadsföring av artfrämmande produkter. Det kan också ske utan att för den skull utnyttja ett känt verk och på det sättet komma åt den *goodwill* som finns i hans verk. Ett bra exempel som varit omtalat i den juridiska doktrinen är *Mondrian,*[127] vars konkreta bildkompositioner kan varieras i det oändliga utan att något av hans konkreta verksuttryck faktiskt efterbildas. Också här har den tekniska utvecklingen betydelse. Det har alltid varit möjligt att imitera en annan upphovsmans egenartade stildrag i skapande av andra verk, men den moderna tekniken har gjort sådan imitation väsentligen lättare. Med datorteknikens hjälp kan ett särskilt manér lätt kopieras och sedan användas i skapande av nya verk. De nya verken ger intryck av att härröra från den upphovsman vars manér *utnyttjas* fastän så inte är fallet (se härom mera nedan 8.2 och s 422 f).

[124] Se Ålund i NIR 1992 s 112.
[125] Stundom verkar till och med manéret i det närmaste kunna sammanfalla med verkets *inre form.* Se vidare Nordell, Verkshöjdsbegreppet s 118 f.
[126] Jfr Dietz i FuR 2/1978 s 92.
[127] Se Ginsburg i 163/RIDA 1995 s 25 ff; jfr Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 48.

3.2 Fotografi

Den fotografiska tekniken har medfört den kanske hittills största revolutionen på bildområdet. Fotografiet har fått allt större betydelse i det moderna samhället, både självständigt och för återgivning av bildinnehåll i tryckta och andra media.[128] Fototekniken revolutionerade också upphovsrätten. Det var i princip den första teknik som gav upphov till helt ny upphovsrättslig verkstyp.[129] Det finns dock tydliga likheter mellan fotografi och andra konstnärliga bilduttryck. Det är för dem båda fråga om *bilder* i egentlig mening. Bakom bilderna står en i någon mening medveten framställningsprocess som mer eller mindre är styrd av mänsklig hand. Många av de fotografiska uttrycken visar prov på konstnärlighet i motivval och komposition. Istället för penslar och färg är kamera, ljussättning, exponeringstid liksom val av film och papper fotografens verktyg. De har i många fall samma eller liknande funktioner som konstnärens hjälpmedel.[130]

Kohler som ivrigt förespråkade att fotografi skulle ses som ett konstnärligt uttryck hävdade att fotografiets konstnärlighet låg i förverkligandet av en idé.[131] Även om idén redan fanns uttryckt i verkligheten höjde den fotografiska processen upp idén till ett högre konstnärligt väsen. I inledningen till *Lunds* huvudavsnitt om fotorätten diskuterades huruvida fotokonsten skulle vara att hänföra till bildkonsten. Enligt *Lund* kunde fotorätten hänföras dit om konst skulle tas i sin vidsträcktaste betydelse. Vad gällde bildkonstbegreppet i egentlig mening skulle förhållandet dock vara det motsatta. Därmed kunde fotografierna inte heller ges plats inom ramen för den egentliga konstnärsrätten. Medan det inom bildkonsten rörde sig om en individuell återgivning av motivet sett med konstnärens ögon, betydde fotografiet en verklighetstrogen återgivning av omvärlden. Förhållandet kunde liknas vid avgjutning av föremål i naturen. Sådana kunde också ge uttryck för stor konst i vidaste mening men kunde inte hänföras till bildkonsten i rättslig mening.[132]

Trots likheter i syfte och resultat skiljer sig fotografitekniken i flera hänseenden från andra sätt att skapa bilder. Fotografier är alltid direkt verklighetsrelaterade. De återger den yttre världen.[133] Medan konstnären ofta arbetar inifrån sig själv och ut, arbetar fotografen utifrån och in.

[128] Blomqvist i NIR 1984 s 162.
[129] Jfr Corbet i RIDA 148/1997 s 63.
[130] Jfr Åndsretten s 178.
[131] Fotografiet är enligt Kohler *Ideendarstellung* (Kunstwerkrecht s 32).
[132] Lund, Billedkunsten s 291 f.
[133] Jfr Oesch i NIR 1996 s 393.

Han tar i sin sökare in den verklighet som han vill förmedla.[134] Till skillnad från bildkonstnären arbetar fotografen inte med delar för att åstadkomma en helhet. Han arbetar med helheten för att åstadkomma ett uttryck.[135] Bakom fotografier finns därtill ofta inte bara konstnärliga syften. Det kan finnas kommunikations- eller bevarandesyften liksom även vetenskapliga eller pedagogiska syften, vilka ibland kan vara tydliga, men också ofta svåra att utläsa av resultatet.

Fotografiets likheter med bildkonsten medförde att rätten till fotografi tidigt infördes i det upphovsrättsliga hägnet. Redan enligt slutprotokollet till 1896 års tilläggsakt till BK ålades medlemsländerna att bereda skydd för konstnärliga fotografier, om sådana inte redan tillerkändes egenskap av konstverk. En regel med motsvarande innehåll infördes i BK vid 1908 års Berlinkonferens. Vid Brysselkonferensen 1948 diskuterades fotorätten utförligt och på franskt initiativ upptogs fotografiskt verk som en verkskategori i art 2 BK.[136]

Skillnaderna mellan fotografi och bildkonst motiverade dock en särreglering. Den första svenska fotolagstiftningen tillkom först 1897 och gav då endast en femårig ensamrätt till försäljning och offentlig visning av fotografiska bilder. 1919 års fotolag gav åt fotografen en ensamrätt att mångfaldiga sina bilder genom fotografi. Enligt lagen omfattade rätten även visning av bilden på film eller medelst liknande förfarande. Andra metoder för mångfaldigande än just fotografiska var undantagna från skyddet. I den danska fotolagstiftningen från 1911 gavs fotografen rätt endast att motsätta sig annans eftergörande. Den danska lagstiftningen omfattade alltså även annat än fotografiskt eftergörande men inte visning. Den finländska fotolagen från 1927 anslöt däremot nära till den svenska lagen från 1919, medan 1909 års norska lagstiftning innehöll en regel om att fotografen hade ensamrätt att på vilket sätt som helst återge bilden samt att sälja den eller på annat sätt sprida avbildningar av den.[137]

Enligt såväl 1919 som 1960 års FotoL skyddades alla fotografier oavsett originalitet eller konstnärligt syfte. I 10 § URL fanns ett särskilt stadgande som uteslöt fotografier från det av upphovsrätt skyddade området. Skyddstiden gick ut vid utgången av det tjugufemte året efter det år bilden togs. Sedan 1994 skyddas fotografiska alster inom URL. Det finns dock två olika skyddsmöjligheter. Lagen skiljer mellan *fotografiska verk*, som är angivna som en verkskategori i 1 § 1 st 5 URL, och *fotografiska bil-*

[134] Jfr Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 94 f.
[135] Jfr Kohler, Kunstwerkrecht s 33 f.
[136] Se härtill utförligt Karnell i Copyright 1988 s 132 ff.
[137] Se SOU 1956:25 s 471 f.

der som ges en med skyddet för fotografiska verk närstående rätt enligt 49 a § URL.[138]

3.2.1 Fotorättens föremål

Skydd för fotografiska *bilder* enligt 49 a § URL följer i stort samma regler som tidigare gällde för fotografier enligt FotoL. Det ställs varken krav på konstnärligt syfte eller annan kvalitet. En förutsättning för fotorättsligt skydd är dock att bilden tagits av någon (fotografen). Grundläggande för om en bild skall vara fotografisk eller inte är själva tillkomstsättet, som alltså skall vara en direkt återgivning av en yttre verklighet, men det som skyddas skall vara den fotografiska bilden – inte motivet.[139] Bildens motiv skall alltså betraktas för sig och kan då tänkas skyddas i förekommande fall enligt allmänna upphovsrättsliga regler.[140] Belysande är ett danskt rättsfall rörande fotografier av maträtter.

En fotograf hade vid fotograferingen fått hjälp av en regimedarbetare med att arrangera bildmotiv. Medarbetaren gjorde anspråk på ersättning för utnyttjande av bilderna. Enligt den danska Landsretten[141] kunde medarbetarens insatser inte skyddas som självständiga konstnärliga verk. De var endast bidrag till framställning av fotografi.

Den fotografiska framställningen förutsätter en viss teknik, som är vitt skild från andra uttryck i bildkonsten. Med fotografisk bild förstods enligt AK *bild, som uppkommit under inverkan av ljus på därför känsliga ämnen.*[142] Enligt fotorätten avses med fotografisk bild även en bild som har framställts genom ett förfarande som är *jämförligt med fotografi.*[143] Den möjligheten sätter i princip gränsen mot vad som *inte* kan utgöra fotografisk bild. I praktiken är det tekniken som står i fokus.

[138] Jfr Oesch i NIR 1996 s 395.
[139] Blomqvist i NIR 1984 s 164; jfr Koktvedgaard/Levin s 136.
[140] Jfr Schramm, Die schöpfericshe Leistung s 130.
[141] U 1983 s 515 (H) (Mad fra A til Z); se om fallet särskilt Blomqvist i NIR 1984 s 163.
[142] SOU 1956:25 s 470; jfr 1914 års betänkande s 188; jfr också Möhring/Nicolini § 2 (7c); Schricker, Urheberrecht § 72 (5); Ulmer §§ 27 och 119 som inskränker sig till att bilden skall ha kommit till uttryck under inverkan av strålar; se härtill även Heitland s 21.
[143] Definitionen härrör från BK ((art 2 1st); jfr SOU 1956:25 s 470; 1914 års betänkande s 187; jfr även Heitland s 9) och återfanns också i 1 § 2 st i 1960 års FotoL.

Det spelar inte någon roll om bilden framställts på fotokemisk, fotomekanisk eller digital väg. Separata filmbilder och stillbilder i ett videogram är också skyddade som fotografisk bild. Lagrådet föreslog i sitt betänkande till FotoL att möjligheten till skydd för bilder som framställts i ett med fotografi jämförligt förfarande skulle finnas med i lagen just på grund av att möjligheterna till elektromagnetiska bandupptagningar skulle kunna omfattas av lagen trots att de inte bestod av några synliga bilder på bandet.[144]

Tekniken skall möjliggöra att en avbildning av verkligheten kan ske på kemisk eller teknisk väg och det är fixeringen av denna avbildning som ger skyddsunderlaget. Det betyder att verklighetsavbildningar som inte har grund i kemiska eller tekniska förfaranden inte heller kan höra till fotorättens område. Lika litet kan andra med grafisk teknik framställda bilder skyddas som fotografi. I allmänhet är det synligt ljus som ger upphov till den fotografiska bilden, men även bilder som uppkommit under inverkan av annan strålning, såsom ultraröd eller ultraviolett strålning eller röntgenstrålning, skulle enligt AK hänföras till det skyddade området.[145] När det gäller digitalt åstadkomna fotografier, träffar ljusstrålen inte ett i traditionell mening ljuskänsligt *ämne*, utan fångas upp på en ljuskänslig yta och omvandlas till elektroniskt läsbara data.[146] Någon tvekan om att digitalt framställda fotografier skall ges fotorättsligt skydd råder knappast idag. De omfattas av skyddet.[147] Om bilden skapas eller på annat sätt alstras rent elektroniskt genom t ex CAD-utrustning, är det däremot inte fråga om fotografi i lagens mening.[148]

Alla med fotografi jämförliga förfaranden kan dock inte läggas i fotorättens låda. Offsetplåtar[149] liksom fotostatkopior i originalstorlek[150] har ansetts inte vara skyddade av fotorätt. Återgivning av ritningar, affärshandlingar m m genom mikrofilm ansågs i förarbetena till FotoL däremot i princip kunna ges ett eget fotorättsligt skydd.[151] Att göra en sådan

[144] Se prop 1960:17 s 329; jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 237.
[145] Jfr SOU 1956:25 s 470; Möhring/Nicolini § 2 (7c).
[146] Jfr Maaßen i ZUM 1992 s 339 och Heitland s 21.
[147] Jfr SOU 1990:30 s 111; Maaßen i ZUM 1992 s 339; Karnell i Copyright 1988 s 137; Möhring/Nicolini § 2 (7d).
[148] SOU 1990:30 s 111; jfr Løchen som konstaterade att till fotografier naturligtvis behövdes ett visst minimum av apparatur och material, men att denna apparatur inte nödvändigtvis behövde omfatta en lins och heller inte någon kamera eller ett stängt rum som strålarna passerade genom för att träffa plåten eller filmen (NIR 1978 s 303).
[149] NJA 1979 s 70 (Offsetplåtar); jfr avgörandet av HovR för västra Sverige den 17 nov 1978 (Sjö och snö); jfr härtill Katzenberger i GRUR Int 1989 s 117.
[150] SOU 1956:25 s 471.
[151] Ibidem; prop 1960/17 s 329.

åtskillnad mellan dessa former av återgivning kan starkt ifrågasättas. Enbart kopians storlek bör inte ha betydelse för skyddets omfång.[152] Dessutom förefaller det idag, med den flora av skilda kopieringstekniker som står till förfogande, inte vara särskilt ändamålsenligt att låta vissa av dem omfattas av fotorättsligt skydd medan andra skulle falla utanför. Bättre vore då istället att låta syftet med avbildningen styra. Om syftet är att kopiera eller mångfaldiga text eller ritningar för arkivändamål eller eljest, bör en sådan handling inte omfattas av det fotorättsliga skyddet.

Kravet på att bilden skall ha fixerats för att skyddas betyder inte att fotografiet måste komma till uttryck i någon slutgiltig version. Redan negativen omfattas av skyddet.[153] Det bör i princip inte heller krävas att bilden kommit till visuellt uttryck för att skyddas. Den kan skyddas redan i digital form. Även om det enligt nordisk rättsuppfattning har ansetts att bilden måste vara fixerad, så behöver en sådan fixering[154] inte vara helt beständig.[155]

3.2.2 Den delade fotorätten

1994 års ändringar i skyddet för fotografier infördes efter kraftig kritik av det äldre systemet och ett långdraget reformarbete. Det fanns flera argument för att inordna fotorätten i URL. Två parallella regelsystem medförde svårigheter för såväl fotograf som för utnyttjare. Det visade sig med tiden också vara svårt för fotograferna att få skydd för bearbetningar av sina bilder inom fotorättens ramar. Förbättrade möjligheter att med digital teknik bearbeta bilder av skilda slag har ytterligare motiverat enhetligt skydd för alla slags bilder.[156]

Den nya nordiska lösningen med två fotografiska skyddsnivåer liknar i stora drag det skydd som sedan 1965 gällt på bildområdet i Tyskland.

Enligt tysk rätt skyddas alla fotografier men skyddet är uppdelat mellan fotografiskt verk *(Lichtbildwerk)* som skyddas enligt 2 § UrhG och annat fotografi *(Lichtbild)* som följer särskilda skyddsregler enligt 72 § UrhG. Enligt 72 § ges kortare skyddstid än den annars generella sjuttioåriga skyddstiden. Före 1965 hade alla bilder ett mindre

[152] Jfr Løchen i NIR 1978 s 304.
[153] Se 1914 års betänkande s 188; jfr Galtung s 17.
[154] Jfr SOU 1990:30 s 111.
[155] I tysk praxis har även bilder som fixerats på ett obeständigt medium ansetts kunna utgöra fotografi (Se BGH GRUR 1962 s 470 (AKI)).
[156] Prop 1993/94:109 s 22 f; jfr Olsson, Copyright s 28.

omfattande skydd såsom omfattade av en närstående rättighet *(Leistungsschutzrecht)*.[157]

Redan i motiven till 1919 års lagar diskuterades ett skydd för fotografiska verk.[158] I propositionen bemöttes förslaget av depch som ansåg att fotografi var en rent teknisk verksamhet som inte kunde ge upphovsrättsligt skydd.[159] 1953 argumenterade *Eberstein* för att fotografier skulle jämställas med bildkonst och att fotografiska bilder därför borde åtnjuta ett med bildkonst jämställt skydd. För detta talade både utvecklingen av det skyddsvärdiga området från 1867 till 1926 och utvecklingen av själva fotokonsten.[160]

AK konstaterade att fotografiska förfaranden väl kunde utgöra medel för att åstadkomma konstverk varför det från teoretisk synpunkt vore riktigast att bereda upphovsrättsligt skydd åt fotografier som kunde vara konstnärliga alster, men att en sådan lösning skulle förutsätta att lagen kompletterades med vissa specialföreskrifter för fotografiska verk. I en bedömning av fotorättens inordnande i upphovsrätten måste det nämligen beaktas att det vid sidan av de konstnärliga fotografierna fanns skilda grupper av fotografier som också påkallade skydd men under delvis andra förutsättningar. Dit räknades t ex press- och reportagefotografier, passfotografier, reklam- och andra kommersiella fotografier. Sådant var enligt AK resultatet av ett fotografiskt arbete som, även om det var gjort med skicklighet och kunnighet, varken gjorde anspråk på eller fyllde konstnärliga krav. Visserligen behövdes ett skydd för sådana bilder, men skyddstiden måste vara kortare. Eljest skulle de upphovsrättsliga ramarna för begreppet verk sprängas. En sådan dubbel lösning skulle emellertid enligt AK vara olämplig, främst på grund av svårigheterna att i det enskilda fallet dra gränser mellan en konstnärlig produkt och en produkt som saknade konstnärliga kvalifikationer. Enligt AK var det möjligt att undvika gränsen, om man i fotolagstiftningen gav skydd för alla fotografier. AK föreslog därför att fotografier i 10 § URL uttryckligen skulle undantas från det upphovsrättsliga skyddet. Skyddet skulle istället ges enligt FotoL.[161]

I ett utförligt särskilt yttrande i anslutning till AKs betänkande argumenterade *Eberstein* starkt för att skyddet för fotografiska bilder skulle inordnas i upphovsrätten.

[157] Se Heitland s 19.
[158] Se 1914 års betänkande s 42 f.
[159] Prop 1919:3 s 75.
[160] Eberstein, Fotografisk bild s 10 ff.
[161] SOU 1956:25 s 171 f.

Att fotografi utvecklats till en konstart gav enligt *Eberstein* konsekvenser också för tolkningen av den då gällande rätten. Syftet med den allmänt hållna formuleringen i konstnärslagen var att den kunde fånga in nya konstarter allteftersom de framträdde. Regeln skulle därför tolkas så att den automatiskt innefattade varje nytillkommen form av bildande konst. Det enda som talade emot ett skydd för fotografier inom upphovsrätten var att fotolagstiftningen uttryckligen var undantagen från det skyddade området. En allmän uppfattning hade emellertid länge varit att inte alla fotografier skulle undanhållas det konstnärliga skyddet. Genom retuschering eller jämförliga manuella ingripanden i bilden återgav den fotografens subjektiva syn på verkligheten som enligt den då härskande meningen var hänförliga till konstnärsrätten. Om man en gång tagit det första steget fanns starka skäl för att på samma sätt behandla konstnärliga fotografier över huvud taget. Ett skydd för fotografier enligt konstnärsrätten var enligt *Eberstein* alltså inte en ändring av gällande rätt utan en lagfastning av den.[162]

Ebersteins yttrande var en bidragande orsak till att det i 1960 års FotoL infördes en särbestämmelse som gav full skyddstid, d v s femtio år *post mortem auctoris* enligt då gällande huvudregel åt fotografisk bild med *konstnärligt eller vetenskapligt värde.*[163] Även om AK erkände att det fotografiska förfarandet kunde utgöra medel för att åstadkomma konstnärliga resultat,[164] lämnades fotorätten eljest utanför den egentliga upphovsrättens område.

Lögdberg presenterade tre alternativa förslag till lösningar som han ansåg bättre än den då gällande ordningen. Det *första* alternativet var att skydd skulle ges endast åt individuellt präglade bilder. Det skulle vara ett fullt upphovsrättsligt skydd.[165] Det *andra* alternativet skulle vara att låta alla fotografier oavsett individuell särprägel åtnjuta samma skydd. Skyddstiden skulle dock vara kortare, ca 20 – 25 år. Det *tredje* alternativet var att individuellt präglade bilder skulle åtnjuta fullt upphovsrättsligt skydd enligt upphovsrättslagen medan andra fotografier skulle skyddas enligt särskilda bestämmelser. Det särskilda skyddet skulle vara kortvarigt. *Lögdberg* föreslog tio år från bildens framställning.[166]

Huvuddragen i *Lögdbergs* alternativ kan följas i UUs överväganden.[167] Enligt UUs mening fanns det flera skäl som talade för att den då gällande konstruktionen borde ses över. Lagstiftningen gav fotograferna ett sämre skydd än upphovsmännen. Skillnaden i skydd mellan yrkesverksamma

[162] Op cit s 498 ff.
[163] Se härtill Ebersteins särskilda yttrande i SOU 1956:25 s 498 ff.
[164] SOU 1956:25 s 172.
[165] Lögdberg i NIR 1962 s 255.
[166] Op cit s 256.
[167] Se SOU 1990:30 s 114 ff.

fotografer och andra konstnärer kunde enligt utredningens uppfattning inte rättspolitiskt försvaras. Istället borde eftersträvas att upphovsmän i största möjliga utsträckning skulle behandlas lika, om det inte fanns sakliga skäl som talade i annan riktning.[168]

I slutbetänkandet föreslogs emellertid en ny lösning. I 1 § URL skulle införas ett tredje stycke enligt vilket fotografiska bilder skulle åtnjuta skydd som alster av bildkonst enligt URL, *vare sig bilderna var att betrakta som verk i upphovsrättslig mening eller inte.*[169] Skyddet skulle avse alla fotografier som inte var avbildningar av andra fotografier.[170] Det uppenbara syftet var att ge fotografier ett ökat skyddsomfång vid efterbildning. På så sätt skulle det fotorättsliga skyddet tillgodose skyddsbehovet för de konstnärligt mest värdefulla prestationerna, samtidigt som skyddet även skulle komma andra fotografier tillgodo.[171] Förslaget att inordna fotorätten i upphovsrättslagstiftningen kom efter ett intrångsavgörande[172] där HDs majoritet valde att ge fotografi ett synnerligen snävt skyddsomfång gentemot bearbetning i tecknad form. I doktrinen ifrågasattes om skyddet över huvud taget hade något värde.[173]

UUs förslag mötte dock kraftig kritik. Regeringen konstaterade att om alla fotografier skulle skyddas av den egentliga upphovsrätten, vissa objekt skulle få skydd på grund av att de framställts med viss teknik, medan det för andra skulle krävas verkshöjd. Flera remissinstanser hade framhållit att verksbegreppet därigenom skulle urvattnas. De farhågorna delades av regeringen, som ansåg att rättighetshavarna till fotografier som inte utgjorde verk behövde skyddas mot att bilderna återgavs i ändrat skick. Ett sådant skydd hade blivit viktigare med hänsyn till den tekniska utvecklingens möjligheter att förändra bilder med hjälp av datorteknik. Att skyddet mot återgivning i ändrat skick inte var tillfredsställande hade visats i praxis. För att på bästa sätt tillgodose intresset av skydd för fotografier som saknade verkshöjd, skulle skyddet delas upp mellan fotografiska verk och bilder. Mot en sådan lösning talade enligt regeringen dock att det kunde vara vanskligt för det praktiska rättslivet att göra en sådan uppdelning. Det kunde emellertid inte antas att den bedömningen skulle vara svårare än i fråga om andra alster av litterär eller konstnärlig verksamhet.[174]

[168] Op cit s 73.
[169] Op cit s 111 ff.
[170] Jfr Karnell i Copyright 1988 s 141.
[171] Jfr op cit s 73 f.
[172] NJA 1989 s 315 (Evert Taube).
[173] Se Pehrson i JT 1989-90 s 112.
[174] Se Prop 1993/94:109 s 24.

3.2.3 Fotografiskt verk

I skyddet för fotografiska verk kan skönjas en självmotsägelse. Fotografiet i sig skall representera den objektiva världen, men för att skyddas som fotografiskt verk skall bilden ändå vara präglad av upphovsmannens individualitet.[175] Enligt *Eberstein* gick fotografi in *under det mer vidsträckta konstverksbegrepp som hade blivit vedertaget inom upphovsrätten.*[176] Fotografen skapade med hjälp av sin kamerautrustning och sitt motivval, exponeringstid, film med mera. Härigenom förverkligade han sin idé på ett med konstnären jämförbart sätt. För själva fastställandet av om en bild var tagen med konstnärens öga, hänvisade *Eberstein* till några exempel på fotografier som han ansåg skulle vara skyddade och överlät bedömningen framdeles till domstolarna till vilkas hjälp stod kvalificerade sakkunniga.[177]

I den danska upphovsrättsutredningens betänkande från 1986 ansågs verkshöjdsbestämningen av fotografier inte kräva någon mer omfattande utläggning. Fotografiska verk skulle vara resultat av en skapande insats och de skulle bära prägel av upphovsmannens individualitet.[178] Enligt den svenska regeringen borde det också sakna betydelse huruvida ett konstverk hade framställts genom fotografisk teknik eller på annat sätt när det gällde att bestämma skyddsförutsättningarna. Både praktiska och kulturpolitiska skäl talade enligt regeringen för att behandla fotografier på samma sätt som andra verk.[179] En undersökning av det fotografiska verkets gränser kan ske endast genom att undersöka om fotografiet är skapat med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan.[180]

Enligt modern tysk doktrin har det ansetts att bilden måste förmedla ett individuellt betraktelsesätt eller ett konstnärligt uttryck hos fotografen för att kvalificera för upphovsrättsligt skydd. Det kan åstadkommas genom det individuella motivvalet, genom en ovanlig beskärning eller perspektiv, genom fördelning av ljus och skugga, skärpa eller val av ögonblick för tagningen. Det kan även bestå av olika mörkrumsåtgärder, retu-

[175] Jfr Oesch i NIR 1996 s 396.
[176] SOU 1956:25 s 499 f; Eberstein, Fotografisk bild s 23 ff.
[177] SOU 1956:25 s 500.
[178] Bet 1063/1986 s 58.
[179] Prop 1993/94:109 s 22.
[180] Jfr Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 67 ff och Heitland s 32 ff.

schering eller montage.[181] Fotografiska verk måste vara *nya* i subjektiv mening för att kunna skyddas.[182] För upphovsrättsligt skydd ställs vidare krav på *skapande*. Det innebär för det första att skapelsen måste härröra från en *människa*. För det andra måste den ha kommit till uttryck i en förnimbar form som är individuell.[183] Att överföra individualitetskraven för traditionell bildkonst på ett fotografiskt verk har konstaterats vara inte helt okomplicerat. Komplikationen ligger inte minst i att det ursprungligen var just tveksamheten till om individualitet över huvud taget kan komma till uttryck i ett fotografi som motiverat en upphovsrättslig särreglering av fotografiska bilder.[184] Till problemet ansluter moderna skapandeformer där gränserna mellan fotografiskt och annat konstnärligt skapande suddats ut eller i vissa fall helt upphävts.[185]

Enligt AK skulle ett dubbelt fotoskydd vara olämpligt, främst på grund av svårigheterna att i det enskilda fallet dra gränsen mellan en konstnärlig produkt och en som saknade den kvalifikationen. I regel var den gränsdragningen utan praktisk betydelse. De objekt som låg nära gränsen hade i allmänhet inte något värde för andra och behövde därför inte skyddas för obehörigt utnyttjande och efterbildning. Beträffande fotografier kunde däremot befaras att antalet praktiska fall kunde bli stort där tvist skulle uppstå om gränsdragningen.[186]

I *fransk* rätt skyddas endast sådana fotografier som har verkshöjd. De ges där ett fullt upphovsrättsligt skydd. Där har problemet om vad som utgör det skyddsvärda i ett fotografi belysts utförligt i doktrinen.[187] Därtill har utvecklats en omfattande och ganska heterogen rättspraxis på området.[188] När det gäller *konstnärliga* fotografier (*caractère artistique*) finns det en tendens att lägga större vikt vid upphovsmannens strävan än vid värdet av det uppnådda resultatet.[189] Någon vikt vid ett eventuellt estetiskt värde får dock inte vägas in i fotografiets skyddsvärdighet.[190] Ett stort

[181] Jfr Schricker, Urheberrecht § 2 (113).
[182] Jfr Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 72. I EGs skyddstidsdirektiv (93/98/EG) anges att fotografier som är originella på så sätt att de är upphovsmannens egna intellektuella skapelser skall ha det högre, 70-åriga skyddet. För andra fotografier får medlemsländerna själva välja skyddstid.
[183] Jfr Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 78.
[184] Jfr op cit s 79.
[185] Jfr ibidem s 79.
[186] SOU 1956:25 s 171 f.
[187] Se Desbois nr 67-86; Fremond s 25 ff; Gendreau s 50 ff; Se även Gouriou, La Photographie et le droit d'auteur s 9 ff.
[188] Se Gendreaus sammanställning (Gendreau s 50 ff).
[189] Se Frémond nr 24; jfr Blomqvist i NIR 1984 s 170 f.
[190] Jfr art L 112-1 i den franska Code de la propriété intellectuelle där verk skall skyddas *quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* (jfr Desbois nr 82 och Frémond nr 19 a, vilka emellertid talade om den äldre art 2 med enahanda innehåll).

problem har också förorsakats av bestämningen av skyddet för fotografier av *dokumentarisk* karaktär (*caractère documentaire*), vilka således också kan skyddas enligt fransk rätt.[191] För att sådana fotografier skall kunna skyddas, har det ofta ansetts som ett krav att bilden återger en exceptionell händelse eller en händelse som har ett särskilt allmänintresse eller att det funnits särskilda komplikationer vid fotograferingstillfället.[192]

Svårigheten att avgöra om det finns en skaparinsats eller inte bakom ett fotografi motiverar ett *sui generis*-skydd. Ett sådant är också möjligt att ge på fotografiområdet, eftersom variationsvidden är så stor. Det skall räcka med att fotografen får ensamrätt till sin bild, men inte något bearbetningsskydd i egentlig mening. I det hänseendet kan man säga att skyddet är starkt vid ren avbildning men svagt i fall av bearbetning.

I princip kan fotografier inte skyddas som litterära verk ens om de beskriver, anger eller åskådliggör något. Detta stämmer inte särskilt väl överens med många av de syften för vilka fotografier *de facto* tillkommer. Ofta används fototekniken för att beskriva något. Det gäller inte minst fotografering i skilda vetenskapliga sammanhang. Något principiellt hinder mot att med regeln i 1 § 2 st URL hålla porten öppen för fotografier som är litterära verk i den meningen att de i grafisk form beskriver något borde i ljuset av lagens utformning emellertid inte finnas.

3.2.4 Fotografisk bild

På ett teoretiskt plan är skillnaden mellan fotografier som skyddas av 1 § URL å den ena sidan och av 49 a § URL å den andra mycket tydlig. Medan fotografiska verk inordnats under kategorin konstnärliga verk och därmed följer upphovsrättens allmänna regler för skapande och konstnärligt syfte, är de fotografiska bilderna sådana fotografier som inte når upp till de allmänna skyddskraven.[193] Skyddet för fotografiska bilder följer endast tekniska förutsättningar. Enligt regeringen skulle fotografiska verk samtidigt vara skyddade enligt 49 a § URL. Teoretiskt föreligger alltså ett *dubbelt skydd*, men skyddet konsumeras vanligen enligt 49 a § av 1 § URL.

Skyddet för fotografiska bilder enligt 49 a § URL företer i sin slutgiltiga version inte nämnvärda skillnader mot skyddet enligt FotoL. Lokutionen från FotoL har visserligen ändrats från att gälla exemplarframställning

[191] Se Gendreau s 57 ff.
[192] Se Frémond s 25 ff; jfr Blomqvist i NIR 1984 s 170 f.
[193] Jfr Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 67 ff.

även genom *tryck, teckning eller annat förfarande* till att nu gälla *oavsett om bilden används i ursprungligt eller ändrat skick och oavsett vilken teknik som utnyttjas.* Det skulle kunna betyda att HDs praxis från FotoL vidhäftar stadgandet i 49 a § URL, d v s att skyddsomfånget även fortsättningsvis kommer att vara synnerligen snävt för fotografiska bilder, trots att skyddet utformats för att stärka skyddet för fotografier som inte är verk.[194] Något som i viss mån talar mot ett sådant antagande är att *skyddstiden* för fotografiska bilder höjts till *femtio år* från det att bilden togs i förhållande till den tidigare fotolagstiftningens tjugufemåriga skydd.

Till sådant som ansetts kunna pretendera på skydd endast som fotografisk bild hör enkla amatörfotografier och fotografier som tagits i stor hast och som återger en aktuell händelse.[195] Skyddsbarheten av fotografier oavsett syfte har också fått betydelse på områden där syftet med bilden är företrädesvis praktiskt såsom på områdena för nyhetsförmedlande bilder, arkivbilder och andra bilder med syfte endast att bevara visuella intryck. Sådana fotografiska uttryck har i princip förts in i det av upphovsrätt skyddade området trots att en skapande verksamhet i traditionell upphovsrättslig mening ofta är svår att identifiera.

3.2.5 Gränsen mellan verk och bild

Den valda lösningen med två skilda skyddsmöjligheter med var sin kvalifikationsgrad ger gränsdragningsproblem när det skall avgöras om en bild är hänförlig till den ena eller andra skyddskategorin. I fall av *verklighetsavbildningar* i vidare mening låter problemet vänta på sig till dess det femtioåriga skyddet för fotografiska bilder börjar löpa ut. Den kritiska tidpunkten framflyttas därmed så långt att det kan antas att de bilder som genom sin konstnärliga halt alltjämt har kvar sin aktualitet utkristalliserats.[196] Många relativt triviala bilder kan ändå framstå som attraktiva att utnyttja för skilda ändamål under mycket lång tid. I *bearbetningssituationer* är gränsdragningsproblemet redan en realitet, eftersom det får antas att skyddsomfånget är större kring ett fotografiskt verk än kring en fotografisk bild (jfr nedan).

Hur gränsen mellan verk och bild slutligen skall dras vilar i domstolens hand,[197] men frågan måste i väntan på klara direktiv ändå lösas i den dag-

[194] Jfr prop 1993/94:109 s 23.
[195] Olsson, Copyright s 29.
[196] Se Ebersteins särskilda yttrande i SOU 1956:25 s 500.
[197] Jfr SOU 1990:30 s 112.

liga avtalsbildningen. Generellt finns två möjliga lösningsalternativ. Det *ena* alternativet är en *restriktiv* inställning till möjligheterna att skydda fotografier som verk, där ett sannolikt praktiskt syfte är tillräckligt för att fotografiet skall falla utanför skyddet, för såvitt inte fotografen kan bevisa, eller i vart fall göra sannolikt, att fotografiet är skapat med ett konstnärligt syfte (eller huvudsakligen har ett sådant syfte). För att bedömningen skall göras så, talar det dubbla skyddets konstruktion. Eftersom det finns ett *sui generis*-skydd för fotografiska bilder, borde endast sådana fotografier som bevisligen har konstnärliga skapandeegenskaper nå upp till kraven enligt 1 § URL. Det *andra* alternativet innebär en *generös* inställning till upphovsrättsligt skydd. Endast fotografier som *objektivt saknar* konstnärliga egenskaper skulle då falla utanför det av upphovsrätt skyddade området.

Även om det förra alternativet från juridisk-teknisk synpunkt är att föredra, finns risk för att utvecklingen kommer att gå åt det senare hållet. Det leder ofelbart till en urholkning av det upphovsrättsliga skyddet, men skyddsgränserna har hittills alltid dragits nedåt. Utveckling i avtalspraxis, kan leda till att originalitetskraven för fotografiska verk så småningom sänks och att skyddsomfånget i enlighet därmed snävas in – kanske till samma nivå som gällde vid tiden för skyddet under FotoL. Det enda som talar emot en sådan utveckling skulle vara kvalifikationsuppdelningen. Eftersom det finns två skyddsmöjligheter måste ju gränsen sättas någonstans. Därmed skapas en polarisering av skyddet, vilken skulle kunna upprätthållas endast genom utveckling av tydlig praxis.

3.2.5.1 Konstnärligt och vetenskapligt värde

Vad skiljer då skyddet för fotografiska verk från det för fotografier som enligt 1960 års FotoL hade *konstnärligt eller vetenskapligt värde*? Lokutionen *konstnärligt värde* antyder att härmed skulle avses något annat än konstnärliga verk i upphovsrättslagens mening. Att en sådan formulering valts, kan enklast förklaras med den gamla uppfattningen att ett fotografi inte skulle kunna skyddas som konstnärligt verk eftersom det till sin natur inte ansågs kunna ge uttryck för fotografens individualitet (jfr ovan), men att det därmed inte skulle uteslutas att fotografiska bilder kunde framstå som resultat av en konstnärligt skapande insats från fotografens sida.[198]

[198] Se Eberstein, Fotografisk bild s 13.

Första lagutskottet uttalade i 1960 års utlåtande att kravet på konstnärligt värde skulle innefatta ett kvalitetskrav, som var avsett att nära överensstämma med det, som låg till grund för det upphovsrättsliga begreppet verk.[199] Uttalandet indikerar att det särskilda skyddet för fotografier med konstnärligt värde var avsett att motsvara kraven på konstnärliga verk enligt upphovsrättslagen. Någon praxis där regeln varit föremål för prövning finns emellertid inte, vilket resulterat i mycket försiktiga tolkningar av dess innebörd i doktrinen.[200] Det torde även framgå av övergångsbestämmelsernas utformning att de fotografier som tidigare tillhört mängden av fotografier med konstnärligt värde skulle efter reformen omfattas av skyddet för fotografiska verk.

Det särskilda skyddet för bilder med konstnärligt eller vetenskapligt värde kritiserades också av *Lögdberg*. Han hävdade att på det sätt som stadgandet utformats i lagtexten, var det ett *missfoster* genom att den förlängda skyddstiden hade anknutits till *konstnärligt eller vetenskapligt värde* – krav som inte ställdes för upphovsrättsligt skydd. Önskade man bibehålla en förlängning av skyddstiden för vissa fotografiska bilder, borde de genom lagstiftning införas i upphovsrättslagen, varigenom de även i andra avseenden än såvitt gällde skyddstiden fick samma rättsliga ställning som upphovsrättsligt skyddade verk.[201]

3.2.6 Bearbetning av fotografi

Inom skyddet för fotografisk bild finns ett visst bearbetningsutrymme. Enligt 49 a § URL gäller fotorätten oavsett om bilden används i ursprungligt eller ändrat skick och oavsett vilken teknik som utnyttjas. Enligt den gamla FotoL gavs ett skydd för exemplarframställning även genom *tryck, teckning eller annat förfarande*. Det har ansetts kunna utgöra fotorättsintrång att framställa "bearbetade exemplar av fotografi, t ex genom att förse ett svartvitt fotografi med färg eller genom att framhäva vissa partier av ett fotografi".[202]

[199] 1960:L1U41 s 90.

[200] Jfr Immaterialrätt 4 uppl s 61. Enligt Danowsky m fl skulle det vara helt klart att sådana bilder som såldes som konstnärliga och som ställdes ut på konstmuseer skulle ha längre skyddstid (Bildrätt s 51). Att fotografens syfte eller den situation i vilken bilden förekommer skulle kunna bestämma dess skyddstid förefaller dock betänkligt (jfr Koktvedgaard/Levin 2 uppl s 160).

[201] Lögdberg i NIR 1978 s 319.

[202] Pehrson i JT 1989-90 s 113; jfr Bildrätt s 29 f och 34 f.

Konstnärernas utnyttjande av kameran rent generellt som hjälpmedel för dokumentation och minne i sitt eget skapande skall inte underskattas.[203] Konstnären *Nemes* gjorde t ex ofta kollage där fotografier från tidskrifter användes. De förstorades sedan upp och avbildades i det slutgiltiga bildverket med oljemåleriteknik. En annan principiellt viktig utnyttjandeform är verklighetsavbildande genom grafiska metoder. När ett grafiskt blad skall framställas måste underlaget normalt vara spegelvänt mot den färdiga bilden. Konstnärer har brukat lösa problemet antingen genom att betrakta motivet genom en spegel eller genom att helt enkelt låta den färdiga bilden bli spegelvänd i förhållande till verkligheten. Genom att utnyttja ett fotografi kan istället en spegelvänd bild av verkligheten åstadkommas och läggas till grund för konstnärlig avbildning. En särskild uttrycksform i fotografisk bild är s k *fotomontage*. Denna konstform är i princip lika gammal som fotokonsten själv. Det var emellertid inte förrän under 1900-talets första decennier som fotomontaget kom att utvecklas till en egen konstart. Det skedde då inom den *dadaistiska* konsten. Sådana kombinerade utnyttjanden har länge också förekommit i reklamalster.[204]

För att lösa gränsdragningsfrågan mellan fotografi och bearbetning lade *Løchen* vikt vid om fotografiet i ett kollage kunde kännas igen som ett exemplar av ett bestämt fotografi. I så fall kom man inte utanför fotorättens område genom att måla på fotografiet eller genom att sätta samman det med annat material i ett kollage. Om fotografiet däremot beskärdes eller bemålades, så att det inte längre gav någon mening som fotografisk bild eller om det bara blev ett fysiskt material i likhet med andra element i kollaget, så var fotografiet inte utnyttjat som förmedlare av något fotografiskt intryck.[205]

I propositionen till URL påpekades att skyddet inte skulle omfatta mer än direkt kopiering av den fotografiska bilden eller ett eftergörande som endast gjorts i uppenbart syfte att beslöja ett sådant kopierande.[206] Enligt depch var längre gående ändringar i allmänhet inte ändringar utan istället återgivningar av motivet, till vilket fotografen saknade ensamrätt. Även

[203] Jfr Godenhielm som konstaterade att bildkonstnärerna sedan länge utnyttjat fotografier som underlag för konstverk. Detta kunde enligt Godenhielm innefatta intrång i fotografens ratt. För att så skulle vara fallet krävdes emellertid att det var fråga om en tämligen noggrann avbildning. När fråga var om konstnärens insats, visserligen med fotografiet som utgångspunkt, men utan en direkt kopiering av detsamma, föll förfarandet enligt Godenhielms mening utanför fotorätten (NIR 1978 s 319).

[204] Redan 1992 bestod enligt Maaßen över 70% av tidskriftsannonser av kombinerade utnyttjanden (ZUM 1992 s 339).

[205] Lochen i NIR 1978 s 306.

[206] Prop 1960:17 s 330.

om depch inte helt frigjort sig från ett upphovsrättsligt bearbetningsbegrepp,[207] fanns alltså inte någon *skyddsregel* i egentlig mening i 1 § FotoL.

Varken i förarbetena till FotoL eller 49 a § URL diskuterades hur det skulle bedömas om fotografiet utnyttjades endast delvis, t ex för att ett ansikte i en bild över en folksamling eller bildens huvudsakliga konturer utnyttjades genom efterbildning.[208] Ur ett fotorättsligt perspektiv borde ett sådant utnyttjande vara fritt om det inte var själva *bilden* som utnyttjades utan endast andra kvalitativa egenskaper hos den. Flera omständigheter talar för att bedömningen avsågs bli en annan om bilden istället var skyddad enligt 1 § URL, där bearbetningsutrymmet är större. Frågan om bearbetningsskyddets gränser enligt äldre rätt ställdes på sin spets i ett domstolsavgörande av HD.[209]

Fråga var om tecknade porträttbilder gjorde intrång i rätten till fotografiska porträttbilder av *Evert Taube*. HD konstaterade att det stod klart att tecknaren *utnyttjat* fotografierna vid framställning av den tecknade bilden.[210] HD anförde dock att FotoL gav fotografen ett betydligt sämre skydd mot efterbildning än upphovsrätten. Efterbildningen behövde visserligen inte vara identiskt lik originalet. En teckning kunde utgöra en kopia av ett fotografi trots att det fanns mindre avvikelser mellan fotografierna och teckningen, men tecknarens prestation behövde enligt HD inte innebära uppkomsten av ett nytt och självständigt verk. Det i teckningarna förefintliga särskilda manéret gjorde att speciella fotografiska egenskaper i valöråtergivningen saknades i den tecknade bilden. Domstolens majoritet fann slutligen att bilderna inte kunde betraktas som kopior av fotografierna, utan fick anses utgöra en återgivning av motiven i bearbetad form.[211]

Sannolikt anlade HD i *Taube*-avgörandet ett strängare skillnadskrav än vad lagstiftaren ursprungligen avsett. Även om det var teckningarnas avsaknad av särskilda fotografiska egenskaper som främst gjorde att den tecknade bilden inte kunde anses som ett exemplar av fotografiet, kunde det ifrågasättas om ställningstagandet stod i överensstämmelse med de uttryckliga reglerna om ändringsförbud i 2 § 2 st FotoL.[212] Domstolens uttalande måste i vart fall innebära att vad som anförts i motiven om *manér* eller *stildrag* vad gäller skyddsbarhet för upphovsrättsliga verk inte

[207] Jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 236.
[208] Jfr ibidem.
[209] NJA 1989 s 315 (Evert Taube).
[210] Bland andra hade som sakkunnig hörts fotografen *Sessler*, vilken i sitt utlåtande beskrivit hur han genom att lägga en transparent kopia av den tecknade bilden ovanpå fotografiet kunde utesluta att teckningarna framställts utan tillgång till fotografiet.
[211] HovRn hade emellertid varit av motsatt uppfattning; se även Pehrson i JT 1989-90 s 109.
[212] Jfr Pehrson i JT 1989-90 s 113; jfr även Bildrätt s 29 f och 34 f.

kan ha samma giltighet på fotorättens område. Minoriteten ville dock fastställa HovRns dom, i vilken HovRn uttalade bl a att det låg i sakens natur att det aldrig kunde bli en fullständig överensstämmelse mellan teckning och fotografi. De skillnader som fanns var enligt HovRn i allt väsentligt att hänföra antingen till sådan bristande överensstämmelse som naturligt kunde uppkomma vid frihandsteckning eller till olikheter som var oundvikliga på grund av den använda strecktekniken.[213]

I ett äldre avgörande av HD[214] hade en tecknare utnyttjat fotografier av olika stålformar som marknadsfördes av ett företag. Teckningarna togs in i reklambroschyrer för ett konkurrentföretag. HD ansåg att de teckningar som återgavs i broschyrerna företedde sådana likheter med fotografierna av företagets produkter att teckningarna utgjorde intrång i rätten till fotografierna.

I ett finländskt HD-avgörande[215] hade en konstnär använt en fotografisk bild som förlaga för en målning. Målningen återgav fotografiets motiv inte bara i stort utan i väsentlig grad också i enskildheter. Konstnärens förfarande ansågs emellertid inte utgöra ett exemplar av fotografiet.

Skyddet enligt FotoL mot återgivning i ändrat skick var enligt regeringen inte tillfredsställande. För denna ståndpunkt skulle det ovan refererade *Taube*-avgörandet tala.[216] För alla de bilder som inte når upp till verkshöjdsgränsen är möjligheterna att hävda skydd för bearbetningar fortfarande små, eftersom det fortfarande inte finns något originalitetskrav för fotografiska bilder.

3.2.7 Kombinerat utnyttjande

UU anförde i sitt slutbetänkande med anledning av fotorättens integration i upphovsrättslagstiftningen att reformen var påkallad bl a av s k *kombinerade utnyttjanden*.[217] De tekniska framställningsmetoderna hade enligt utredningen lett till att det inte alltid kunde avgöras med vilken metod en bild framställts. Gränsen mellan traditionell bildkonst och fotografi var i betydande utsträckning upplöst eller under upplösning. I det

[213] Jfr Pehrson i JT 1989-90 s 112 som hävdade att det var troligt att skillnaden mellan majoritetens och minoritetens åsikt inte berodde på några mer principiella meningsskiljaktigheter.
[214] NJA 1967 s 264 (Gell stålformar)
[215] HD 1979 II 64 (Målning av fotografi).
[216] Prop 1993/94:109 s 23.
[217] SOU 1990:30 s 74.

konstnärliga arbetet förekom också ofta att ett fotografi användes som förlaga för skapande i en annan konstart.[218] Därför borde en utgångspunkt vid överväganden om integrationen av fotorätten vara att regleringen utformades så att det för skyddets innehåll var likgiltigt på vilket sätt bilden framställts.[219] I propositionen anförde regeringen att det vid bedömningen av skyddsvärdigheten borde sakna betydelse om ett konstverk framställts genom fotografisk teknik eller på annat sätt. Både praktiska och kulturpolitiska skäl skulle enligt regeringen tala för att fotografier skulle behandlas på samma sätt som andra verk.[220] Rättighetshavare såväl till bilder som utgör verk som till sådana som inte utgör verk borde vidare skyddas mot att bilderna återgavs i ändrat skick. Det angavs att skydd i detta avseende hade blivit allt viktigare på senare tid med hänsyn till den tekniska utvecklingen; möjligheterna att förändra bilder med hjälp av datorteknik och elektronik hade ökat kraftigt.[221]

Tekniken och tendenserna i utvecklingen på konstområdet har medfört att kombinerade utnyttjanden blivit grundföreteelser i många konstnärliga yttringar. Bearbetning med hjälp av datorer gör det svårare att i det slutliga resultatet skilja upphovsmannens skaparinsatser från sådana effekter som härrör dels från själva datorn dels från sådant bildmaterial som hämtats utifrån, t ex genom att scannas. En konstnär som arbetar med digitala verktyg kan själv skapa sig en *blandad* bilddatabas ur vilken sedan bilder tas och avbildas ömsom med grafiska ömsom med fotografiska tekniker.[222] Att i ett sådant perspektiv låta uppdelningen mellan fotografiska och konstnärliga verk bestå framstår som skäligen svårmotiverat, eftersom avsevärda avgränsningsproblem uppstår i skapandeprocesser av de slag för vilka här redogjorts. Vissa delar av en helhet kan påräkna endast fotorättsligt skydd medan andra skall hänföras till det fulla upphovsrättsliga skyddet. Realistiska målningar som framställts med fotografier som underlag kan också åtnjuta fotorättsligt skydd. Detta skulle emellertid inte vara någon bra lösning, eftersom sådana målningar behandlas och utnyttjas som andra konstverk.[223] Kollisioner skulle också kunna uppstå vid fotomontage och kollage.[224] I sådana fall kan det vid sidan av fotorättigheter uppstå upphovsrättigheter till montagen eller

[218] Jfr det ovan refererade målet NJA 1989 s 315 (Evert Taube).
[219] SOU 1990:30 s 74.
[220] Prop 1993/94:109 s 22.
[221] Op cit s 23.
[222] Jfr Karnell i Copyright 1988 s 142.
[223] Blomqvist i NIR 1984 s 165.
[224] Ibidem.

kollagen.[225] Om problemet med kombinerade utnyttjanden utökas till ytterligare en dimension, och filmskapande introduceras, tillstöter ytterligare komplikationer (varom mera nedan s 179 ff om *filmanimation*).

3.2.8 Subjektproblemet

Skapandeförutsättningarna skiljer sig väsentligt mellan upphovsrättsliga krav på verkshöjd och fotolagstiftningens regler, där det endast krävs att någon skall ha tagit bilden. För skapande av konst har man i alla tider förutsatt att det finns en *konstnär*. Det blir därmed uppenbart svårare att fastställa fotografiets väsen eftersom *fotografen* aldrig varit någon ledstjärna för att fastställa gränserna för fotografiska verk.[226] Skyddet för fotografiska bilder tillkommer trots det *fotografen*. Den som trycker på kamerans utlösare presumeras vara fotograf oberoende av om denne är medveten om motivvalet. Därav följer att även bilder som tillkommit av misstag, d v s utan syfte att framställa en bild, skyddas. Bilder som tagits helt på mekanisk väg eller av djur åtnjuter dock inte skydd. Om fotografen väl är medveten om sitt motiv, kan han ha andra syften än *konstnärliga*, såsom kommunikations- eller bevarandesyften, vetenskapliga eller pedagogiska syften etc. Eftersom den fotografiska bilden oftast inte präglas av fotografens person eller individualitet, är det svårt att avgöra om bilden verkligen är konstnärlig eller inte. Det finns inga riktlinjer för hur gränsdragningen skall företas i det enskilda fallet. Många bilder är också tagna med *dubbelt* syfte – de har både ett konstnärligt och ett praktiskt syfte. Någon egentlig möjlighet att bevisa vilka ambitioner eller syften som i grunden ligger bakom ett fotografi finns ofta inte annat än i klara fall.[227] Även om flera personer samarbetar för att få fram motivet, är det den som trycker på kamerans utlösare som antas vara fotograf.[228] Ett undantag kan vara att flera betjänar kamerautrustningen eller att en bild har dubbelexponerats av skilda fotografer.[229] Vid fotograferingar med mycket avancerad teknisk apparatur har upphovsrättens regler om gemensamma

[225] Ibidem. Enligt Blomqvist skulle sådana montage eller kollage inte omfattas av fotolagen eftersom de inte tillkommit genom ljusvågors inverkan på ljuskänsliga material.
[226] Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 80.
[227] Jfr Heitland s 55 ff.
[228] Jfr SOU 1990:30 s 118.
[229] Jfr Galtung s 19.

verk också ansetts analogt tillämpliga.[230] Beträffande bilder tillkomna genom automatisk utlösning har en teori lanserats enligt vilken innehavaren av kameran skall anses som fotograf,[231] något som alls inte kan utläsas av lagen.

Även om skyddet enligt 1 § URL tar överhanden över 49 a § URL, motiverade regeringen det dubbla skyddet med att det teoretiskt kunde inträffa att skapande insatser gjorts enbart av någon annan än fotografen, som då inte kunde vara rättighetshavare enligt 1 § URL. För att fotografen inte skulle få en sämre ställning i en sådan situation än om han hade framställt ett fotografiskt verk utan verkshöjd, borde han få skydd även enligt reglerna om rätt till fotografisk bild oavsett om fotografiet var ett verk eller inte.[232]

I doktrinen har berörts i vilken utsträckning även prestationer utförda i mörkrum skall tillmätas fotorättsligt skydd. *Blomqvist* påpekade visserligen att mörkrumsarbetet ofta i hög grad kunde vara bestämmande för det slutgiltiga resultatet. Emellertid fanns inget uttalande som tydde på en så vid tolkning av reglerna. En sådan rättighetsstruktur kom enligt *Blomqvist* heller inte till uttryck i avtalspraxis. Man frestades mot denna bakgrund anlägga en individuell värdering, baserad på den nedlagda insatsen. Därmed kom man in på en verkshöjdsvärdering, som det klart togs avstånd från vid lagens tillkomst. Den otillfredsställande konsekvensen blev nog därför att mörkrumsarbete inte kunde skyddas enligt FotoL.[233] Teoretiskt sett måste en gemensam rätt för fotograf och mörkrumsarbetare ändå kunna komma ifråga. Vid tillkomsten av de första fotorättsliga lagarna torde det emellertid ha varit ovanligt att fotografen överlät till någon annan att självständigt företa mörkrumsarbete.[234] Det har också hävdats att den som framkallade bilden möjligen skulle kunna bli ansedd som fotograf om framkallningen innebar "mycket kvalificerat arbete".[235]

Uttrycket att *den som* tagit bilden, skall ha rätten, förutsätter att *någon* faktiskt har tagit bilden. Det krävs kausalitet mellan en mänsklig handling och den på grund därav uppkomna bilden.[236] Kausaliteten behöver inte vara adekvat så att den som utlöser kameran verkligen har kontroll över vad som *hamnar på plåten*, men den måste vara adekvat såtillvida att det

[230] Se Blomqvist i NIR 1984 s 166 och Bildrätt s 28.
[231] Galtung s 17; jfr Bildrätt s 28.
[232] Prop 1993/94:109 s 24; jfr Olsson, Copyright s 47.
[233] Jfr Blomqvist i NIR 1984 s 166.
[234] SOU 1990:30 s 118.
[235] Bildrätt s 28.
[236] Jfr Schramm, Die schöpferische Leistung s 15.

skall finnas en avsikt att framställa en bild. Enligt *Løchen* kunde fotorätten inte ge skydd för bilder som framkom genom en ren påverkan av en fotografisk film så att former och färger framträdde utan att man kunde säga att de återgav något motiv och när det inte hade företagits någon egentlig fotografering av något som existerade utanför filmen. En del sådana företeelser kunde emellertid antagligen få upphovsrättsligt skydd.[237]

När det gäller framställning av t ex satellitbilder[238] eller bilder vid trafikkontroller, är det tveksamt om de i lagen uppställda kraven för fotorättsligt skydd verkligen är uppfyllda.[239] Undantaget för bilder tillkomna genom automatisk utlösning, enligt vilket innehavaren av kamerautrustningen skulle anses som fotograf, vilar ju på skäligen lös grund. Kan ingen utpekas som fotograf, måste det innebära att det trots allt kan finnas fotografier som faller utanför det av lagen skyddade området.

På goda grunder kan det därför ifrågasättas om formuleringen i 49 a § URL verkligen varit avsiktlig. Var det inte menat att, när en fotograf i traditionell mening saknas, den skall vara fotograf i lagens mening som haft det tekniska ansvaret för att bilder framställs. I vart fall förefaller fotorättens krav på kausalitet mellan fotograf och fotografi vara striktare än mellan upphovsman och verk eftersom *framställda* bilder blir snävare med hänsyn till teknikens begränsningar än det vida *skapandebegreppet* för fotografiska verk. För fotografiska verk gäller som ovan angivits de vanliga verkshöjdskraven. Alla bidragande skaparinsatser tillmäts betydelse. Rätten till fotografiska verk kan alltså i högre grad ge skydd åt andras skaparinsatser än fotografens.

3.2.9 Avslutande synpunkter om fotorätten

Det fotorättsliga *sui generis*-skyddet har sin historiska bakgrund i fototekniken som på ett tydligt sätt kunde avgränsa fotografiska bilder från målade eller tecknade bilder.[240] Ett fotografi av ett konstverk utgör normalt ett exemplar av konstverket.[241] *Blomqvist* har konstaterat att det inte kan

[237] Løchen i NIR 1978 s 304.
[238] Jfr Katzenberger i GRUR Int 1989 s 118 f.
[239] Enligt Olsson kunde enklare framställningar som bara registrerar ett händelseförlopp inte skyddas, t ex när man bara ställde upp en kamera som registrerar vad som händer, såsom t ex vissa journalfilmer eller inspelningar av kameror för trafikövervakning (Copyright s 37).
[240] Jfr Løchen i NIR 1978 s 311.
[241] Jfr Blomqvist i NIR 1984 s 163.

uteslutas att vissa extremt realistiska målningar, som framställts med ett fotografi som underlag endast skulle kunna få fotorättsligt skydd. Det skulle varken vara ändamålsenligt eller rimligt eftersom sådana målningar i alla hänseenden behandlas och utnyttjas som alla andra konstverk, varför skyddsbehovet enligt *Blomqvist* måste vara detsamma.[242] Även om en fotografisk bild är skyddad, innebär det, med hänsyn till utvecklingen i praxis, att fotografen i stort sett inte är skyddad mot någon bearbetning. Det gör att bearbetning i digital form blir intressant för presumtiva utnyttjare av skilda slag. Det räcker ju med helt små ändringar för att fotografen skall ha svårt att hävda exemplarframställning.[243]

Idag har gränsen mellan fotografi och andra bilder på många sätt suddats ut. Även om det kan anses ha fungerat i utlandet med ett system som liknar det gällande nordiska systemet, är det i princip omöjligt att dra en gräns mellan verk och bild. Antingen bör alla bilder vara skyddade eller också bör traditionella verkshöjdskrav anläggas på alla fotografier, vilket ursprungligen föreslogs av UU (se ovan s 101 f). Det senare förslaget är att föredra. I en digitaliserad värld där det ena verksinnehållet inte kan skiljas från det andra är det olämpligt att ha skilda skyddsförutsättningar. Det komplicerar verksavgränsningsfrågan (se ovan 3.2.7).

Det slutgiltiga resultatet med två skyddsmöjligheter för fotografier kan på sikt också antas resultera i sänkta krav för alla fotografier till en nivå som väsentligen motsvarar läget enligt äldre rätt (jfr ovan). På fotografiområdet är massutnyttjanden vanliga. För att en effektiv avtalsbildning skall kunna upprätthållas, blir den avtalsbildning som sker lätt att motparten accepterar att de bilder som omfattas av avtalet skall ha fullt upphovsrättsligt skydd. Det binder alltså avtalsparterna oavsett om avtalsföremålen i det enskilda fallet når upp till de högre skyddskraven. Därmed kan riskeras att även fotografiska bilder automatiskt kommer att omfattas av den marknad som är avsedd för fotografiska verk. På sikt kan det inte leda till annat än att avtalsföremålen blir allt mindre originella, vilket till att börja med påverkar marknadens uppfattning om hur gränsen mellan en fotografisk bild och ett fotografiskt verk skall dras och slutligen kan påverka domstolens bedömning. Det gäller inte minst om domstolen inkallar sakkunniga på fotografiområdet.

[242] Op cit s 165.
[243] Jfr Rosén i Digitalisering s 69.

3.3 Datorgrafik

Ovan har den fotografiska teknikens förändring av bildvärlden och dess upphovsrättsliga följder beskrivits. Här knyts visserligen an till den tidigare beskrivna bildkonsten, men nu riktas fokus mot den digitala teknikens förutsättningar för bildskapande och bildbearbetning. Rubriken faller naturligt på plats här eftersom den tekniken används inte bara för rent bildskapande utan i stor utsträckning även för bearbetning av bildinnehåll som åstadkommits såväl med traditionella bildkonstnärliga tekniker som med fotografisk teknik.

Datorkonsten uppstod på 1960-talet som en konstart bland andra avantgardistiska bilduttryck. De som då började arbeta med datorteknik gjorde vanligen sina egna datorprogram baserade på några av de vanligaste programspråken.[244] Pionjärerna var mer programmerare än konstnärer i traditionell mening. Endast de hade kunskap om hur algoritmerna kunde användas för att skapa grafiska bilder och det var endast hos dem som den tekniska utrustningen fanns tillgänglig. Programmeringen ledde fram till en graf som enligt upphovsmannen/programmeraren var konst. Det som framförallt var nytt i den skapande verksamhet som tog *datorer* till hjälp var att konstnären hade fått en *maskin* som mellanled mellan sig och det färdiga resultatet.

I grunden är det matematiska algoritmer som utgör verktygen för digitalt skapande och bearbetning av bilder. I den digitala bildbehandlingen är bildinnehållet uppdelat i element (s k *pixels*) som utgör bildens minsta informationsbärare.[245] Genom att ge kommandon till datorn kan man flytta elementen antingen ett och ett eller strukturera dem efter programmerade mönster.

Inte oväntat utgjordes de första resultaten av denna bildskapande verksamhet av relativt enkla geometriska figurationer. Idag har själva programvaran utvecklats högst väsentligt. Programmerarens roll i förhållande till det slutgiltiga bildverket har samtidigt försvagats. För dagens datorkonstnärer finns avancerade program med användarvänliga gränssnitt som är avsedda just för bildskapande.[246] Därmed träder den tekniska fakticiteten i bakgrunden. Skapandet har ändrats från programmeringsarbete till att i förekommande fall mer likna ett traditionellt konstnärligt bildskapande, där datorn samtidigt utgör palett, pensel, linjal, och underlag. En sådan verktygslåda kallas med ett engelskt ord för *paintbox*.

[244] Jfr Björkhammar s 38.
[245] *Pixel* är en sammansättning av engelskans *picture* och *element*.
[246] Jfr Petterson i Nordic Conference on Digital Transfer of Images s 18.

Många konstnärer arbetar med mer avancerade digitala system, s k *expertsystem*.[247]

En på området banbrytande konstnär, *Harold Cohen*, har t ex framställt bilder med hjälp av sitt eget expertsystem *AARON*.[248] Han har lyckats få datorn att framställa bilder med ett särskilt manér. Mänskliga gestalter, träd och stenar kan varieras och visualiseras på ett sätt som ofelbart förknippas med *Cohens/AARONs* konstnärskap. Datorprogrammet söker – genom vissa givna kompositionsmöjligheter – sina egna uttrycksval och når slutligen fram till ett bildalster.[249]

Skyddsförutsättningarna för bilder som skapats med datorteknik har diskuterats livligt i den internationella doktrinen.[250] Något som särskilt ifrågasatts har varit om den mänskliga skaparinsatsen är tillräcklig i förhållande till det bildresultat som åstadkoms med hjälp av datorer och hur man skall skilja mänskligt skapande från det som härrör från maskinen. Ett av de stora problemen med sådant skapande är att fastställa upphovsmannens insats i förhållande till resultatet.

Tanken att i datorns form åstadkomma en konstgjord kopia av den mänskliga hjärnan som skulle kunna simulera kreativa beteenden helt på egen hand och därigenom åstadkomma konstnärliga kreationer var på ett tidigt stadium en utmaning för den tekniska forskningen på området för det som brukar kallas *artificiell intelligens* (AI). Sådana försök har hittills misslyckats.[251] En viktig uppgift för forskningen på AI-området har istället blivit att åstadkomma irrationella system som skall likna den mänskliga hjärnan. Därmed har datorn som hjälpmedel under senare år förfinats så att den kan tillhandahålla verktyg som lätt kan uppfattas som kreativa tillskott i en i övrigt mänsklig skapandeprocess.[252] Internationellt har länge också diskuterats hur rätten till digital utmatning skall behand-

[247] Se Goldberg/Carson i Bulletin of the Copyright Society of the USA 39/1991 s 58 ff.
[248] Se härom Schmid s 134 ff; Kurzweil, The Age of Intelligent Machines s 366 och 380 ff och Steller, Computer und Kunst s 336 ff.
[249] Se Steller, Computer und Kunst s 336 f.
[250] Se t ex Kummer, Das urheberrechlich schützbare Werk s 198 ff; dens i Homo Creator s 107 ff, Girth i FuR 1974 s 433; Ulmers anmälan av Das urheberrechtlich shützbare Werk i GRUR 1968 s 527; Möhring i UFITA 50/1967 s 835; Gerstenberg i Festschrift für Wilhelm Wendel s 89 ff; från svensk rätt kan nämnas Ljungman i Nordisk Gjenklang s 179.
[251] Se Gervais i IIC 1991 s 631 f.
[252] Internationellt och i angloamerikansk doktrin förekommer uttrycken *computer-generated works* och *computer-assisted works* som principiellt synonyma uttryck. I Sverige har på samma sätt också använts uttrycken datorgenererade och datorskapade verk. Sådana uttryck leder lätt fel. Därmed avses ju inte verk som *skapats* av datorer i egentlig mening utan verk som åstadkommits mer eller mindre med hjälp av datorer.

las upphovsrättsligt och hur den eventuella rätten skall fördelas mellan olika bidragsgivare. Datorskapande behandlades redan 1965 i en rapport från *Copyright Office* i USA. Där uttalades att den avgörande frågan föreföll vara om verket var ett resultat av mänskligt skapande, där datorn inte var mer än ett hjälpmedel, eller om den skapande verksamheten i traditionell mening utfördes av en maskin istället för en människa.[253] Frågan togs sedan upp av *United States Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU)*,[254] som konstaterade att en utveckling där datorer själva skulle kunna frambringa digitalt skapade konstnärliga alster inte var i sikte och att den då var alltför avlägsen för att bli föremål för överväganden. Kommissionen uttalade som sin uppfattning att datorn var förmögen endast att utföra vad människor begärde av den.[255] Datorn var, liksom en kamera eller skrivmaskin, ett dött instrument som kunde fungera endast när det aktiverades antingen direkt eller indirekt av en människa. Då kunde den göra endast vad den dirigerats till att göra och på det sätt som den styrts att göra:

Computers may be employed in a variety of ways in creating works that may be protected by copyright. Works of graphic art may consist of designs, lines, intensities of colour and the like selected and organized with the assistance of a computer. A computer may be used to assist an artist in filling in numerous frames in an animation sequence, thus reducing the amount of time and effort otherwise needed to prepare an animated work.[256]

Verk som tillkommit med hjälp av datorteknik kunde därför skyddas så länge de var resultat av mänskligt skapande.

I *England* övervägdes frågan om vem som skulle vara upphovsman till ett verk som skapats med hjälp av datorteknik i den s k *Withfordrapporten*.[257] Även om utgångspunkten var att datorn skulle betraktas som ett rent verktyg, så ansågs i rapporten att den som skapat programmet och den som givit upphov till de instruktioner och data som använts för att kontrollera datorn samfällt skulle betraktas som upphovsmän till det nya verket.[258] I ett senare *Green Paper*[259] konstaterades att det var mer ända-

[253] Copyright Office, Sixty-Eight Annual Report of the Register of Copyrights 5 1965.
[254] Se härom Gervais i IIC 1991 s 649; Samuelson i 47 University of Pittsburgh Law Review 1986 s 1193; Miller i Harvard Law Review Vol 106 5/1993 s 1044 ff; Farr i Rutgers Computer & Tehnology Law Journal 15/1989 s 66; Sookamn i IPJ 5/1990 s 173.
[255] CONTU s 109.
[256] Op cit s 109 f.
[257] Report of the Committee to Consider the Law in Copyright and designs (Cmnd 6732)(1977).
[258] Jfr Sookman i IPJ 5/1990 s 172.

målsenligt att betrakta den programmerade datorn som det egentliga verktyget. Därför borde ingen inom de i *Withfordrapporten* nämnda kategorierna vara upphovsman utan den som var ansvarig för körningen av data genom den *programmerade datorn* för att skapa ett nytt verk. Dessa överväganden ledde till att det i 1988 års engelska upphovsrättslag anges att upphovsman till ett datorgenererat verk (varmed förstås *a work generated by computer in circumstances such that there is no human author or designer*) skall anses vara den som företagit för skapandet nödvändiga arrangemang.[260]

Enligt *WIPOs rekommendationer för lösning av problem med användning av datorsystem för tillgång till eller skapande av verk* är utgångspunkten att om datorer använts i skapande av verk, dessa huvudsakligen skall anses som tekniska medel använda för tillkomstprocessen för att åstadkomma det av människor önskade resultatet.[261] För att åtnjuta skydd måste enligt rekommendationen verket även i övrigt uppfylla generella skyddskrav med grund i de internationella konventionerna och nationell upphovsrättslagstiftning.[262] Kraven preciserades dock något i det att i grund och botten endast den kunde vara rättighetshavare som åstadkommit de kreativa element utan vilka alstret inte kunde ges upphovsrättsligt skydd.[263] I enlighet härmed ansågs en programmerare kunna vara medupphovsman endast om han bidragit till verket med sådana kreativa insatser.

ALAIs exekutivkomitté antog 1990 en särskild *resolution* om skapande med digital teknik.[264] Där angavs att när det gällde verk som skapats med hjälp av digital teknik (*computer-assisted works*), det fanns en länk mellan upphovsmannen och hans skapelse, men att länken blev svag i fråga om *datorgenererade* (*computer-generated*) verk. Trots det fanns även för den senare verkstypen en mänsklig inverkan som måste skyddas om den var skapande. Om element från redan existerade verk tillfördes i den skapande verksamheten, skulle traditionella regler om gemensamt upphovsmannaskap gälla.[265]

259 Reform of the Law Relating to Copyright, Designs and Performers' Protection (Cmnd 8302) (1981).

260 Designs and Patents Act (1988) kap 48 §§ 9 (3).

261 Recommendations for settlement of copyright problems arising from the use of computer systems for access to or the creation of works (cit Recommendations) art 14.

262 Recommendations art 15.

263 Recommendations art 16.

264 Se Copyright Bulletin 2/1990 s 23 f.

265 Jfr Gervais i IIC 1991 s 652.

3.3.1 Praktiska och juridiska förutsättningar för skapande och bearbetning i digital miljö

Idag är det endast undantagsvis som svårigheter uppstår att *a priori* bestämma om en bild når verkshöjd. Det blir främst i fråga om enklare ikoner eller triviala motiv på skyltar etc som verkshöjd kan ifrågasättas. I takt med att bildbehandlingstekniken utvecklats, är det istället frågan om hur olika bildinnehåll kan skiljas från varandra i bearbetningssituationer som ställs i fokus. Tekniken har givit nya former av bearbetning och manipulering av verksinnehåll. Tekniken kan utnyttjas på olika sätt och i olika stadier av skapandeprocessen, vilket kan påverka skyddsbarhetsfrågan. Ofta är det svårt att av resultatet utläsa om alstret uppfyller skyddsförutsättningarna. Skaparinsatsen kan variera med hänsyn till skapandesituation, verkstyp och utrustning. Den traditionella bilden av upphovsmannen som en isolerad konstnär som använder endast egna idéer och uttrycksmedel stämmer inte heller så bra överens med verklighet. Mycket av det som åstadkoms är just bearbetningar där ett flertal upphovsmän har samarbetat för att nå resultatet. Den enes eller andres skaparinsatser kan vara svåra att identifiera eller skilja från varandra i det slutgiltiga resultatet, särskilt om flera olika tekniker har använts.[266]

Man skiljer mellan *digitala* och *digitaliserade* bilder. En digital bild är en bild som ursprungligen skapats i digital form. Den digitaliserade bilden har skapats med analog teknik och sedan överförts till binär kod. En bild digitaliseras lättast med hjälp av en *scanner*. Scannern är ett särskild *inenhet* som översätter bildinnehållet till binär kod. Det finns också kameror som gör det möjligt att ta digitala fotografier och sedan direkt överföra bildinnehållet – digitalt – till datorn och där fortsätta att bearbeta det. Att endast överföra en bild från analog till digital kod medför inte någon konstnärlig översättning eller bearbetning i den mening som anges i 4 § 1 st URL.[267]

Verk som åstadkoms med digitala bearbetningsprocesser har kallats *computer-supported co-operative works* (CSCW).[268] Med digital bildbehandlingsutrustning kan en bild förändras på pixelnivå. Om bilden är för mörk, kan färgmängden i varje bildelement (pixel) minskas. Bildens färger kan på samma sätt ändras eller separeras. Bilden kan göras inte bara oskarpare utan också skarpare. Kontraster kan ändras. Det är också lätt att ändra bildens färger eller *förvränga* bildmotivet till att föreställa något

[266] Jfr Grönbok s 25.
[267] Olsson i NIR 1981 s 111; Andersen i NIR 1995 s 621.
[268] Se Claus s 71; Dreier i Digitalisering s 125; Rosén i NIR 1993 s 276.

annat genom att klistra in objekt eller *låna texturer* från andra fotograferade eller på andra sätt skapade bilder.[269] Motivobjekt kan också lätt retuscheras bort.

Inte minst ger möjligheten till *kombinerade utnyttjanden*, d v s digital integration av tecknade och fotograferade bilder, nya aspekter på bildskapande verksamhet. Tidigare har det visserligen varit enkelt att kopiera bilder genom fotografi, men om ambitionen sedan varit att ändra bilden har stora komplikationer tillstött. *Retuschering* av fotografier är mycket tidsödande och resultatet blir ofta inte det bästa. I modern bildbehandlingsprogramvara finns särskilda funktioner till hjälp, som särskilt väl ägnade för retuschering. Fotografiska bilder som lagrats i digital form kan ändras så att de visar bildmotivet ur helt andra perspektiv.

Om bilden ursprungligen är digitalt skapad gäller allmänna upphovsrättsliga regler om skapande och bearbetning (1 och 4-5 §§ URL). Under förutsättning att bilden tillkommit på fotografisk väg omfattas den av fotorätten (49 a § URL), men situationen gränsar vid omfattande bearbetning mot allmänna regler om bildbearbetning.

3.3.1.1 Filter, morfing, slumptalsgeneratorer, fraktaler

Även om skapande- och bearbetningsproblemen i den digitala miljön berörts i det föregående, skall de här nedan beskrivas utifrån några mer konkreta skapande- och bearbetningssituationer. För att visa vilka bearbetningsmöjligheter som ges av digitaltekniken, görs beskrivningen med utgångspunkt i några digitala verktyg för bildbehandling.

På det digitala bildbehandlingsområdet har utvecklats särskilda verktyg, som kan ge intryck av att en bild skapats med ett visst *manér*. Utrustningen fungerar som ett *filter*, som på digital väg kan ge intrycket att en fotograferad eller tecknad bild kan vara målad t ex med akvarellfärg, d v s med ett annat manér än i sin ursprungliga skepnad.[270] En digitaliserad bild av en åldrad målning eller ett fotografi kan *restaureras* digitalt med hjälp av program som tagits fram genom studium av hur olika färger åldras.[271] Med samma teknik kan en ny bild fås att åldras digitalt; den kan ges s k *galleriton*. En annan näraliggande teknisk möjlighet är att simulera ytstrukturer på digitalt skapade eller digitaliserade bildobjekt. Sådana fe-

[269] Jfr Olsson, Digitalteknologin s 9.

[270] Se härom Nyman, Fyra färger och en bild s 38 f.

[271] Se Petterson i Nordic Conference on Digital Transfer of Images s 18 f; Jfr Maaßen i ZUM 1992 s 339 och Pfennig i Urheberrecht und digitale Technologie 95.

nomen bidrar väsentligen till att upplösa gränserna mellan målade och fotograferade bilder och bidrar till att förbättra de faktiska möjligheterna och det ekonomiska intresset att utnyttja olika typer av bilder genom att deras såväl yttre som inre form mycket lätt kan ändras på digital väg.[272] Samtidigt uppstår en rad problem. Ett är att den tekniska upphovsmannabestämningen, försvåras. Ett annat problem är att utnyttjande av ett visst manér på bildområdet (på samma sätt som under lång tid skett på musikområdet) kan medföra otillbörliga utnyttjanden av en viss välrenommerad bildskapares alster.[273]

Morfing är en teknik som tillskapar en digital *bildskvader.* En figur kan steglöst med datorns hjälp övergå i en annan. I utgångsläget finns två i datorn lagrade bilder med olika motiv. Morfingverktyget mäter av olika punkter i bilderna och beräknar därur hur *lika* bilderna är. Därefter kan datorn åstadkomma ett slags kortaste möjliga väg mellan bildmotiven så att en förändring från det ena motivet till det andra visas. Motiven kan vara i stort sett vad som helst. De båda bilderna kan vara två olika ansikten som förändras, från det ena till det andra. Det kan också vara en tecknad hare som steglöst förvandlas till en fotograferad tjäder. Själva förändringen visas på skärmen så att den som utför morfingen kan välja en bild på valfri väg av förändring mellan de båda bilduttrycken. Morfing används inte bara i bildbehandling av stillbilder utan kan också användas i filmskapande verksamhet så att hela förvandlingsprocessen återges som rörliga bilder (se härom nedan jfr nedan s 180). Från skapandesynpunkt finns för det första två bilder. De kan vara åstadkomna av en eller flera personer. Om båda bilderna är åstadkomna av den som utför bearbetningen, är den upphovsrättsliga skyddsfrågan inte så problematisk. Är det däremot skilda personer som åstadkommit bilderna och båda eller någon av dessa är skyddade av upphovsrätt, blir det fråga om en ganska svårhanterlig fördelning av eventuella rättigheter.

Skyddet för *aleatoriska* alster (jfr ovan) aktualiserades särskilt under 1960-talet och det var då framförallt datorn[274] i skapande verksamhet som väckte en debatt om aleatoriskt skapande.[275] För att öka intrycket av mänskligt, hantverksmässigt skapande har det blivit vanligt att låta *slumptalsgeneratorer* påverka den digitalt skapade grafen så att den för-

[272] Se Vince, Computer Graphics s 138.
[273] Jfr Maaßen i ZUM 1992 s 339.
[274] Se om de tekniska förutsättningarna Steller, Computer und Kunst s 121 ff.
[275] Se Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 184 ff och 203 ff; Se härom allmänt Girth, Individualität und Zufall; jfr härtill även Rau s 14 och 24 och Degginger s 35 ff.

vrängs på ett mer eller mindre förutsebart sätt.[276] Datorn programmeras med särskild programvara som vid användning ger bilden ett oförutsett resultat.

Man kan skilja mellan *äkta* och *konstruerade* slumptalsgeneratorer. En *äkta* slumptalsgenerator använder slumpmässiga företeelser i naturen, t ex kast med tärning eller roulettespel. Ett annat exempel är ett radioaktivt ämne som faller sönder. Sönderfallet är i sig förutsägbart, men hur det sker i detalj är för människan helt okänt. En *konstruerad* slumptalsgenerator är en produkt av en matematisk funktion.[277] Genom att kombinera flera olika slumptalsgeneratorer kan förvrängningsstrukturen ändras.

En särskild form av bildbearbetning som bygger på förändring eller förvrängning med matematiska formler är s k *fraktaler*.[278] Bildfraktaler har utvecklats från ett område inom matematiken som kallas *fraktalgeometri* vars upphov härrör från matematikern *Mandelbrot*. Han utvecklade på 1970-talet de landvinningar som gjorts redan på 1920 talet av den franske matematikern *Julia*. Fraktalgeometrin skiljer sig från den euklidiska geometrin genom att den bygger på sönderbrutna former. En fraktal är enkelt uttryckt en geometrisk form som oberoende av skala upprepar sig själv – en form som kan delas upp i delar som i reducerad storlek utgör kopior av sin helhet. Fenomenet kan iakttas också i naturen. Ett exempel är kustlinjer och berg som kan brytas ned till allt mindre skala utan att förlora sin form. Bild och matematisk formel kan samverka så att bilden förändras successivt enligt fraktalformeln.

Man kan använda fraktaler på olika sätt. Genom s k *iteration* utvecklas och förändras formen successivt enligt ett visst *förutsebart* mönster. Med s k *slumpvandring* sker det oförutsebart; fraktalen kopplas samman med en slumptalsgenerator. Genom att låta datorn slumpvis välja bilder från ett bildarkiv kan man med fraktalteknik göra en ändlös resa genom ett landskap som aldrig upprepas. Med fraktaler som utgångspunkt[279] kan man också framställa särskilda bildförvrängningsverktyg, s k *mutatorer* som ständigt upprepar vissa former och utifrån enkla formelement bygger alltmer komplicerade strukturer.[280]

De från upphovsrättslig skapandesynpunkt relevanta problemen med slumptalsgenerering är desamma som när det gäller aleatoriskt skapande med analog teknik (jfr ovan s 75 f). Om slumpen tillåts ta överhanden

[276] Jfr Vince, Computer Graphics s 27 ff.
[277] Jfr Rau s 15 f.
[278] Ordet fraktal har grund i latinets frangere som närmast betyder att *bryta* – därav ordet fragment.
[279] Jfr Vince, Computer Graphics s 161.
[280] Se härom op cit s 165 ff.

över skapandet, är det lätt insett att upphovsmannens skaparinsats reduceras. Vid medveten användning får slumpen emellertid karaktären av verktyg med vilket alstret skapas. Med fraktaler kan slumpens verkningar träda tillbaka. Istället riktas problemet mot gränsdragningen mellan en skapandeinsats eller bearbetning av bilden som sker på bearbetarens initiativ och den som har grund endast i fraktalformeln.

3.3.1.2 Digital image processing

Bilder används idag för många praktiska eller medelbara ändamål. Utvecklingen av mjukvara har kommit långt när det gäller att *analysera* bilder.[281] Digital bildanalys (*digital image processing*) har därför utvecklats för att tjäna en rad olika syften i industri och teknisk forskning m m. Den består ofta av en kombination av olika applikationer som tillsammans skapar en del av en industriell eller eljest praktisk process där *fotografier* framställs mer eller mindre utan mänsklig medverkan och sedan bearbetas eller analyseras.

Datorn kan t ex "se" och "känna igen" föremål och former i verkligheten som den kan jämföra med information om former som finns i datorns minne.[282] De bilder som framställs för sådana ändamål har i princip som enda syfte att läggas till grund för den digitala bildanalysen, som i sin tur tjänar andra än konstnärliga syften. Ett av de äldsta problem som man försökt lösa med optisk bildteknik var att få datorer att läsa handskriven och tryckt text, något som visade sig vara mycket komplicerat. Den s k OCR-tekniken (*optical character recognition*) har gjort det möjligt för datorer att känna igen mönster i sådana grafiska uttryck. Den tekniken har medfört att datorer kan känna igen skrivtecken och omskapa en text till en digital text som sedan kan bearbetas med ett ordbehandlingsprogram.[283]

Användningsområdet för *digital image processing* är i övrigt mycket heterogent. Industriell bildanalys i kombination med robotteknik är till stor hjälp vid t ex kvalitetskontroll och produktkontroll, satellitbildsanalys för väderprognoser eller för astronomiska bilder och röntgenbilder. Till området räknas också optisk postsortering, kameraövervakning, fingerav-

[281] Wilkinson/Winterflood, Information Technology s 232.
[282] Se Goldberg/Carson i Bulletin of the Copyright Society of the USA 39/1991 s 60.
[283] Se Petterson i Nordic Conference on Digital Transfer of Images s 19; Jfr Goldberg/Carson i Journal of the Copyright Society of the USA 39/1991 s 60.

trycksanalys, visuell ansiktssimulering, fotografering vid hastighetskontroller, radarbildsanalys, kamerainspektion under vattnet m m.[284]

Digital image processing används inom astronomin främst för kalibrering av rådata, som görs för att optimera den tekniska bildkvaliteten av en bild som tagits i ett teleskop. Till den grundläggande bildbehandlingen hör emellertid också kontrastförstärkning och färgläggning av bilderna. Här kan också möjligheterna att förbättra bildskärpan utnyttjas. Om effekten av jordatmosfärens inverkan är känd, kan man rekonstruera stora delar av den ursprungliga bildskärpan. Därefter kan tekniken tillämpas för analys av bildmaterialet. Stjärnornas ljusstyrkor kan bestämmas med stor noggrannhet. Därav kan också bedömas deras positioner.

Uppmärksammat är också det s k *Adam-projektet* där en död människokropp frusits ned och sedan sågats upp i tunna skivor som fotograferats och sammanställts digitalt till en komplex bild av kroppen inifrån.

En fråga som mer har bäring på det rättsliga skyddet är hur långt skyddet för de på mekanisk väg tagna fotografierna sträcker sig i det slutresultat som ges av processen. Huvudregeln bör vara att man inte kan åberopa bildskydd till processresultatet ens om det väsentligen bygger på skyddade bilder. Det bör dock inte hindra att resultatet av många bildprocesser kan redovisas med hjälp av i sig skyddade bilder. De ursprungligen fotograferade bilderna kan också mer eller mindre automatiskt sättas samman till en helhet där en bild inte kan skiljas från en annan varvid ett nytt gränsdragningsproblem uppstår.

3.3.2 Subjektproblemet: människa – maskin

När det gäller att fastställa skyddet hos verk som skapats eller bearbetats med digitalteknik, måste upphovsmannens insatser och kontroll över maskinen analyseras. Rent principiellt är ramarna givna av den gällande upphovsrätten. Men den verklighet som reglerna skall appliceras på är ny. Vanligen skapar eller bearbetar upphovsmannen sina bilder med i princip full kontroll över tillblivelsen. Upphovsmannen har emellertid genom valet av verktyg i form av program, algoritmer och teknisk utrustning möjlighet att i större eller mindre omfattning påverka resultatet. Den senare datorteknikens förmåga att simulera mänskliga manér och mänsklig felbarhet gör att man kan tveka om vem som står bakom enskildheter i verksresultatet.

[284] Wilkinson/Winterflood, Information Technology s 323 f.

Komplikationerna med att fastställa vem som skall tillerkännas rätten till ett alster som åstadkoms med hjälp av datorteknik tilltar i takt med utvecklingen av alltmer avancerad programvara.[285] Utvecklingen av expertsystem i kombination med uppbyggnad av stora databaser och CAD-teknik har klart bidragit till att komplicera upphovsmannafrågan.[286] I databaserna kan stora bildmängder finnas lagrade. Datorn kan programmeras att själv välja ut och bearbeta bilder enligt komplicerade mönster.

Med den ökade tillgängligheten av bildinformation som ges i den digitala miljön suddas också gränserna mellan verk och bearbetning ut. Den relevanta informationen lagras på användarens persondator och bearbetas eller sammanställs till ett nytt alster som tjänar nya ändamål.[287] För att resultatet skall skyddas måste det finnas adekvat kausalitet mellan upphovsmannens insatser av skapande slag och det grafiska resultatet.

Skapande med hjälp av datorteknik har i utländsk doktrin åskådliggjorts i ett spektrum där den digitala tekniken i den ena änden blott tjänar som ett verktyg och där den mänskliga insatsen helt träder i bakgrunden i den andra, d v s att datorn utför hela arbetet själv.[288] Mellan dessa ytterligheter finns ett område, där det sker ett slags *samarbete* mellan upphovsman och maskin.[289] Spektrum kan schematiseras till *tre huvudfält:*

- I det första finns sådana alster för vilka datorerna använts endast som *mekaniska hjälpmedel* eller *verktyg.*
- I det andra fältet bidrar datortekniken med egna, självständiga beståndsdelar, som genererats ur t ex slumptalsgeneratorer eller sådana bearbetningar som *förvränger* verksinnehållet enligt särskilda matematiska formler. I detta mellanområde kan lokaliseras två skapande bidragsgivare: den som åstadkommit programvaran och den som med hjälp av den programmerade hårdvaran åstadkommer ett alster.
- I det tredje fältet finns alster som inte innebär upphovsmannaskap. De kan i sin tur delas in i sådana utnyttjandeformer vars resultat är oförutsedda, t ex därför att de helt är resultat av slumptalsgeneratorer och sådana utnyttjanden av datorn där de yttre gränserna för utövandet är fastställda på förhand, såsom t ex vid spel med spelprogram (vilket emellertid inte inskränker möjligheterna till skydd för bildskärmslayouten som sådan, se härom nedan 3.6.2.4).

[285] Jfr Gervais i IIC 1991 s 629.
[286] Jfr Sookman i IPJ 5/1990 s 171 och Goldberg/Carson i Journal of the Copyright Society of the USA s 39/1991 s 59 f.
[287] Jfr Dreier i Digitalisering s 125.
[288] Gervais i IIC 1991 s 641; jfr Miller i Harvard Law Review Vol 106/1993 s 1047.
[289] Jfr Gervais i IIC 1991 s 634 och 641 ff.

3.3.2.1 Datorn som hjälpmedel

En fundamental utgångspunkt för skapande med digitalteknik är att det inte skall finnas någon principiell skillnad mellan att skapa bilder med traditionell teknik och att skapa dem med datorns hjälp.[290] En annan utgångspunkt är att det ur datorn aldrig kan komma mer än vad operatören begär ur den.[291] Det skapade resultatet förutsätts kunna skyddas om det uppfyller kraven enligt 1 § URL. I UUs betänkande om *Upphovsrätt och datorteknik* angavs att det bakom verk som skapats med hjälp av datorteknik alltid fanns en mänsklig skapande verksamhet i bakgrunden, där åtminstone den allmänna inriktningen av det åsyftade verkets utformning hade angivits eller förutsatts. Följaktligen kunde man konstatera att datorer som användes för skapande av verk i huvudsak endast var tekniska hjälpmedel för att uppnå det åsyftade resultatet. I princip rörde det sig om något som liknade t ex en skrivmaskin, fastän det var oändligt mer sofistikerat.

Om datorns insats endast är ett verktyg, blir resultatet av den skapande insatsen varken mer eller mindre än vad som härrör från den som använt datorn för sin skapande verksamhet. Den som med maskinens hjälp frambragt resultatet bör kunna yrka på upphovsmannaskap till resultatet[292] om det funnits ett konstnärligt syfte bakom det av maskinen åstadkomna och om det kan spåras en skapande insats i verket.[293] Det bör emellertid inte finnas något generellt krav på en *närmare* eller *bestämd* förbindelse mellan upphovsmannen och det frambragta alstret. Det skall heller inte spela någon roll om det tillkommit av en händelse, av ett misstag eller i ren distraktion.

3.3.2.2 Datorn som kreativt tillskott

Så länge det konstnärliga syftet finns bakom en medveten användning av verktyg i form av filter, raster eller parabler för slumptalsgeneration, bör alstret kunna tillskrivas upphovsmannen som ett utflöde av en kreativ

[290] Jfr Miller i Harvard Law Review 106/1993 s 1047.
[291] Se SOU 1985:51 s 83; jfr Kummer i Homo Creator s 107 och Andersen i NIR 1995 s 621.
[292] Jfr ibidem.
[293] Se Olsson, Digitalteknologin s 13.

process. Mer problematisk blir situationen när datortekniken tillför sådant som med traditionell uppfattning kan uppfattas som kreativa moment eller sådant som kan uppfattas som uttryck för upphovsmannens individualitet, men som kommer till utan konstnärens skapande medverkan. Sådana bidrag kan i princip inte grunda upphovsmannaskap, eftersom det saknas ett konstnärligt syfte bakom dem.

Om programmeraren i anslutning till programmet lagrar en uppsättning bilder som kan användas av någon, kan användaren inte få rätt till bilderna bara genom att skriva ut dem från sin egen dator. Lika litet kan *programmeraren* få rätt till bilder som skapats med datorprogrammets hjälp, om det enda som tillhandahålls är penslar, palett och duk i digital form.[294] Har undantagsvis både den som åstadkommit utrustningen och den som använder den bidragit till det slutgiltiga resultatet på ett skapande sätt bör dock båda tillmätas upphovsrätten till resultatet. En viktig bidragsgivare i ett sådant sammanhang är den som skapar det program med vilket bilderna har skapats eller bearbetats. Bilderna kan ju ha tillkommit genom ett samarbete mellan bildskapare och programmerare enligt 6 § URL.[295] Det gäller enligt allmänna principer att skilja olika bidragsgivares insatser från varandra och urskilja dem i det konstnärliga resultatet. Om konstnären tar hjälp av digitala verktyg som han inte råder över, måste den skapande insatsen skiljas från den som härrör från utrustningen, varvid det kan uppkomma bevisproblem vid gränsdragning mellan de båda slagen av bidrag.

UU konstaterade också att konstnären kunde ha bidragit endast med idén om hur verket skulle se ut, medan programmeraren stod för hela den konkreta utformningen i den meningen att hans program helt avgjorde hur slutprodukten skulle komma att se ut. Eftersom upphovsrätten inte skyddade idéer som sådana, kunde i sådana fall programmeraren bli att anse som upphovsman också till det slutliga verket.[296]

3.3.2.3 Datorn som "upphovsman"

Eftersom en maskin inte kan vara upphovsman, måste sådant som utan programmerarens eller användarens medverkan matas ur datorn falla utanför det skyddade området. Frambringar datorn alster som för såväl programmeraren som bearbetaren är oförutsedda, kan det inte finnas nå-

[294] Se Olsson i NIR 1981 s 115; jfr SOU 1985:51 s 84 och Sookman i 5 IPJ 1990 s 175.
[295] Se SOU 1985:51 s 84 jfr Gervais i IIC 1991 s 645.
[296] SOU 1985:51 s 84.

got konstnärligt syfte bakom alstret. Det har helt enkelt inte skapats och kan därför inte omfattas av upphovsrätt i traditionell mening.[297] Eftersom en dator arbetar endast efter givna anvisningar, måste en sådan utmatning av till synes kreativt material väsentligen framstå som en ren illusion. (Angående subjektsfrågan vid användning av spelprogram se nedan s 172 f.)

Den moderna digitala tekniken har ansetts vara så avancerad att den, utan människohjälp, i många fall kan åstadkomma alster av en sådan originalitet att det är objektivt omöjligt att avgöra om alstret är frambragt av en *maskin* eller av en *människa*.[298] Det har, främst i angloamerikansk litteratur, därför ansetts ändamålsenligt att ge själva *datorn upphovsrätt* till alstret.[299] Grunderna för denna teori har rötter i 1960-talets forskning i AI. Då förutspåddes att framtidens datorer skulle kunna tänka. Om de hade sådan kapacitet, skulle de också kunna åstadkomma med människors jämförbara konstnärliga verk. Man kan dock fråga sig vilket ändamål en dators ensamrätt skulle tjäna.

Anledningen till att en sådan teori uppstått i USA är förmodligen att den ligger nära till hands i hägnet av det amerikanska rättsinstitutet *works made for hire*. Institutet *works made for hire* är en fiktion enligt vilken arbetsgivaren utnämns till upphovsman i anställningsförhållanden. Enligt Section 201 b i den amerikanska Copyright Act skall om verket är *made for hire* arbetsgivaren eller annan person för vilken verket framställs vara verkets upphovsman, om annat inte skriftligen särskilt avtalats. Frågan om i vilken utsträckning ett verk skall vara *made for hire* blir därmed till stor del en fråga om tolkning av anställningsavtalet eller kollektivavtal.[300] Ett verk är *made for hire* om det för det första är frambragt av en anställd inom anställningens ram eller för det andra om det beställts särskilt av upphovsmannen. Det senare gäller endast under förutsättning att parterna uttryckligen skriftligt avtalat om att verket skall var *made for hire* och att verket särskilt är beställt som *a contribution to a collective work*.

Ett scenario skulle då vara att tillgången till datorn licensierades och att den som hade rätten till utrustningen var legitimerad att nyttiggöra de till synes konstnärligt skapade alster som kunde vinnas därur.[301] Situationen liknar i allt väsentligt den att ett programvaruföretag tillsammans med licensieringen av ett bildbehandlingsprogram levererar ett antal färdiga bilder för utnyttjaren att fritt använda i sin skapande verksamhet, något som är mycket vanligt.

Den som åstadkommer ett verktyg som kan simulera upphovsrättsligt skapande bör inte ges en med upphovsrätt jämställd ensamrätt. Att ge maskinen en med upphovsmannen jämställd rätt skulle dessutom kollidera med upphovsrättens grundläggande syfte att fungera som incitament för mänskligt konstnärligt skapan-

[297] Gervais i IIC 1991 s 652 f.
[298] Se Butler i Comm/Ent 4/1981/82 s 733 ff.
[299] Op cit s 739 ff; jfr Gervais i IIC 1991 s 641 ff.
[300] Se Stewart s 501 f.
[301] Jfr t ex Butler i Comm/Ent 4/1981/82 s 737.

de.[302] Äganderätten till en dator bör inte innebära någon ensamrätt till det konstnärliga resultat som åstadkoms av den på samma sätt som äganderätt till färg och penslar inte ger upphovsrätt till det som skapas med hjälp därav.[303] Istället måste rätten till resultatet länkas till de *personer* som har legal eller materiell koppling till hur datorutrustningen i fråga används.[304]

3.3.2.4 Sammanfattning

Datorer måste programmeras för att kunna fungera. De arbetar – *rebus sic stantibus* – efter den algoritm som de blivit programmerade med. Datorer är därför inte ägnade att åvägabringa helt oförutsedda resultat. Det är klart att om slumpen skulle ta överhanden, så att någon skapande insats över huvud taget inte kan urskiljas, skyddsfrågan bör övervägas. Ett närmare studium av hur de som använder slumpen i sitt konstnärliga skapande arbete förfar torde dock ge vid handen att slumpen som regel används på ett medvetet sätt. Inom datorkonsten används den som ett konstnärligt *verktyg* bland andra, med hjälp av vilket konstnären prövar sig fram till ett resultat som han kan acceptera såsom ett verk av hans hand.[305]

Under förutsättning att en traditionell verksuppfattning skall accepteras för skapande med hjälp av digitalteknik bör huvudregeln vara att skapandet tenderar att dras mot den första polen i skapandespektret, d v s att datorn endast är ett verktyg. Den som använder datorn presumeras vara upphovsman till det resultat som kommer ur den. För det första har användaren den starkaste kopplingen till det som han begär ur datorn. För det andra kan det antas att den som står för inmatning inte kan styra över dess användningsområde och dess överensstämmelse med utmatning.[306] Vid bearbetning av i datorn lagrat bildinnehåll måste en sedvanlig fördelning av bidragsgivarnas skilda insatser göras.

I fall av rent objektiva skapandekrav (jfr ovan s 53 f) skulle istället frågan bli om alstret skiljer sig från mängden av redan skapade verk. Om objektiva skyddskrav anlades skulle alltså andra skyddsmöjligheter öppnas. Då skulle upphovsmannens skaparinsatser och konstnärliga syfte träda tillbaka till förmån för bildinnehållets yttre beskaffenhet. Det skulle räcka med att bildalstret företedde nyhet i förhållande

[302] Jfr Gervais i IIC 1991 s 642.
[303] Op cit s 643.
[304] Op cit s 644.
[305] Olsson i NIR 1981 s 114; jfr Schmieder i UFITA 52/1969 s 111.
[306] Se Gervais i IIC 1991 s 644.

till vad som funnits tidigare. Tanken att upphovsmannaskap i princip kunde tillmätas även utrustningen låg då närmare tillhands.[307] Det är därför inte konstigt att problemet särskilt analyserats i angloamerikansk doktrin och att särskilda regler för datorgenererade verk införts i den engelska upphovsrättslagen, eftersom länder med *common law*-system intar en uppfattning till skapande verksamhet som ligger närmare ett objektivt nyhetskrav än vad som gäller i Europa (jfr nedan s 389 f).

Problemet med digitalt skapade bilder stannar väsentligen vid ett bevisproblem – ett problem om gränsdragning mellan skilda skaparinsatser. Detta faktum indikerar också att bildens faktiska uttryck, till skillnad från vad som gäller på området för den rena bildkonsten, inte ändrats väsentligt av den digitala tekniken. Bilduttrycket är ju inte avhängigt av de verktyg med vilka det skapats. I detta hänseende är den digitala tekniken inte ens på långa vägar så omvälvande som fotografitekniken var på sin tid. Det är istället de nya verktygen vid skapande som förändrats.

3.3.2.5 Postumt "skapande"

När skapandet genereras med hjälp av digital teknik såsom *Cohens* bilder (jfr ovan) eller med mekaniska maskiner, såsom *Tinguelys Méta-matic*-maskiner (jfr ovan), uppstår frågan hur man skall ställa sig till alster som åstadkoms på initiativ av någon annan än upphovsmannen och/eller efter upphovsmannens död.

Här kan man tänka sig ett val mellan en generös och en restriktiv tolkning av upphovsrätten. Med en generös tolkning skulle det tekniskt sett inte göra någon skillnad om upphovsmannen faktiskt är närvarande vid tillkomsten av alstret, om han ändå har sörjt för att alla alstrets skaparegenskaper kan konstateras såsom tillkomna utan hans hjälp. Därmed skulle bilder som åstadkoms med hjälp av en *Méta-matic*-maskin eller med en digital bildalstringsutrustning alltjämt kunna krediteras konstnärens skaparverksamhet och skyddas av upphovsrätt.[308]

Med en restriktiv inställning skulle man på goda grunder kunna hävda att om alstren inte tillkommit med upphovsmannens vilja eller med hans

[307] Se op cit s 642; jfr Samuelson som hävdar att originalitetskravet enligt angloamerikansk rätt var så lågt att det skulle finnas grund för upphovsrätt i vad som uteslutande emanerade från datorn (Samuelson i 47 University of Pittsburgh Law Review 1986 s 1199).

[308] *Harold Cohen* lär också ha uttalat att han en dag kanske kom att bli den förste konstnären som har en egen utställning med nya konstverk efter sin död (se Steller, Computer und Kunst s 337).

hand, de inte kunde omfattas av skyddet, eftersom den skapande ambitionen saknades.

Något generellt svar på frågan om skyddsbarheten för sådana alster torde knappast kunna sökas i den upphovsrättsliga lagstiftningen. En obesvarad fråga är också om alstren kan omfattas av följdrätt.[309] Eftersom någon inskränkning till originalexemplar inte finns för följdrätt enligt nordisk rätt borde något hinder inte finnas för det.[310] Efter skyddstidens utgång borde den som föranstaltar en utmatning med upphovsmännens utrustning och anvisningar få rätt enligt 44 a § URL, s k *editio princeps*.

3.4 Tredimensionella verk

Tredimensionella alster skiljer sig från tvådimensionella genom att de förutom linje och yta har en kroppslig utsträckning i rummet.[311] Någon åtskillnad mellan två- och tredimensionella verk görs – anmärkningsvärt nog – inte i upphovsrättslagstiftningen annat än i 12 § 3 st 2 URL. Alster av bildkonst kan vara såväl två- som tredimensionella. Till tredimensionella verk hänförs skulpturer av alla slag. I 1914 års motiv konstaterades *att i rummets tre dimensioner gestaltade bildhuggarkonsten*. Ordet bildhuggarkonst skulle förstås i sin vidsträcktaste betydelse. Den innefattade inte bara det egentliga bildhuggeriet – stenskulpturen – utan även bildgjuteri, elfenbens- och träskulpturer samt plastisk framställning i andra material. Inte endast fristående skulpturalster utan även relief och medaljkonst hörde till området.[312]

När det som ovan konstaterats att alster av bildkonst under lång tid varit förenade med sina materiella uttryck, så gäller det kanske i särskilt hög grad tredimensionella konstuttryck. Äldre skulptur var i stor utsträckning ett komplement till måleriet. Människogestalten stod alltid i centrum, oavsett om den var i två eller tre dimensioner. För skulpturens del var möjligheterna begränsade av vad som kunde balansera, stå och gjutas. De

[309] Analogin ligger nära grafiska blad som trycks efter den bestämda upplagan. Traditionellt har sådana *inofficiella* alster ansetts inte utgöra originalgrafik och därmed inte vara omfattade av följdrätt.

[310] En omständighet som kan vara värd att uppmärksamma är dock att någon legal rätt att frånsäga sig ett upphovsmannaskap finns inte i nordisk rätt (se härom särskilt Strömholm i NIR 1975 s 359 ff.

[311] Jfr Lund, Billedkunsten s 75.

[312] 1914 års betänkande s 151; jfr Lund, Billedkunsten s 76.

klassiska skulpturala reglerna betingades alltså inte minst av rent praktiska förutsättningar.

Det går förvisso att avbilda en skulptur och den avbildningen kan på samma sätt som tvådimensionella alster av bildkonst bli föremål för vidareutnyttjanden. Men komplikationerna tilltar i avbildningen på grund av skulpturens tredimensionella karaktär. Ett tredimensionellt alster kan i och för sig lämpa sig för avbildning genom teckning, fotografi eller film, men det är först sedan denna omvandling skett, vilken i de flesta fall innebär *kategoribyte,* som verket kan bli föremål för *sekundära utnyttjanden* (se härom nedan 5.7.3).

För tredimensionella verk är en fullständig avbildning vanligen hänvisad till en teknik som medför att verkets alla dimensioner kan upplevas. De kan delvis återges med *hologramteknik*, men det är i princip endast med filmteknik eller annan *audiovisuell teknik* som hela bilden eljest kan återges – en teknik som i sig har en relativt sett högre immaterialitet.

3.4.1 Brukskonst

Alster av byggnadskonst eller *brukskonst* anges som skyddade kategorier i 1 § 1 st 6 URL. Ordet *brukskonst* infördes i den svenska lagen 1970. Tidigare hade där talats om alster av *konstindustri eller konsthantverk*. Ändringen var endast redaktionell. Medan *konstindustri* avsåg industridesign, d v s bruksföremål som främst var industriellt men undantagsvis också hantverksmässigt *serietillverkade*, avsågs med alster av *konsthantverk* bruksföremål som var unika – handgjorda i ett exemplar.[313] Gränsen mellan konstindustri och konsthantverk kan emellertid vara flytande. Därför kan man lika gärna tala om brukskonst som ett samlingsbegrepp för dem båda.[314] Ibland används uttrycket *tillämpad konst* som ett övergripande begrepp för dessa företeelser, men tillämpad konst är vidare. Till den tillämpade konsten kan ju hänföras även byggnadskonst, landskapsarkitektur och tvådimensionella bilder som tillkommit med företrädesvis praktiskt syfte, såsom t ex reklamalster (jfr ovan).

Bland olika förekommande former av konstindustri nämnde AK *glas, porslin, keramik, möbler, tapeter, textilier och modevaror, juvelerararbeten och smide i olika metaller.*[315] Betoningen av föremålens funktionella egenskaper gör

[313] Se Lund, Billedkunsten s 81 f.
[314] Jfr SOU 1956:25 s 79.
[315] Ibidem.

att brukskonsten skiljer sig väsentligt från den rena bildkonsten. De är tänkta att utnyttjas i det dagliga livet till att tjäna mer eller mindre praktiska ändamål. Även om möbler och andra bruksföremål formges i första hand med sikte på funktion, ingår också många fria element i utformningen. Resultatet kan bli ett alster som förenar skönhet med funktion. Brukskonsten har alltså, liksom flera av de ovan studerade kategorierna, dubbelt syfte.[316] Möjligheten till registrerat *mönsterskydd* kan sedan 1970 i förekommande fall ytterligare stärka den immateriella integriteten hos brukskonstalster. Därtill har i de nordiska länderna utvecklats ett ganska omfattande marknadsrättsligt skydd mot otillbörlig efterbildning. Det betyder att det kan föreligga *dubbla skydd* för sådana alster. Även om den nordiska lagstiftningen huvudsakligen är likalydande på området, finns större eller mindre skillnader i den praxis som utvecklats i de nordiska länderna. Det förklaras kanske främst med att skyddet mot *otillbörlig konkurrens* utvecklats olika i de skilda länderna.[317]

Den nordiska brukskonstens väg mot upphovsrätt är lång och delvis oländig. Länge hade brukskonsten karaktären av utsmyckningskonst.[318] Det som skyddades var t ex dekorationsmålning på porslin, etsning på glas, ornamentering eller skulpturell utformning av lampor m m. En förutsättning för skydd var att den konstnärliga friheten och variationsmöjligheterna i skapandet i princip var obegränsade.[319] Vid början av 1900-talet ansågs i regel konstnärliga alster behöva ha en prydnadsfunktion som syftade till *att framkalla en psykisk verkan av estetisk art*[320] hos åskådaren. En sådan verkan hade man emellertid ofta svårt att finna hos de bruksföremål som började åstadkommas under 1900-talets första decennier, t ex i *Bauhausskolan.*

316 Op cit s 77.

317 I Danmark och Norge innefattar marknadsföringslagarna ett starkare skydd mot otillbörlig efterbildning. I Finland och Sverige har inställningen varit mer restriktiv och efterbildningsskydd har primärt fått sökas i immaterialrätten (Se Koktvedgaard/Levin s 73). Ett intressant fall i anslutning härtill kan dock vara den s k Fiskars sax som i Danmark (Østre Landsrets dom den 20 december 1978) och Finland (ON 607/1982) kunnat stoppas med regler mot illojal konkurrens men som i svenska MD inte ansågs särpräglad (MD 1977:25). Den svensk Opinionsnämnden ansåg däremot att den var ett skyddat alster av brukskonst (Yttrande nr 121). I vad mån den nya svenska marknadsföringslagen (1995:450) kan medföra ett stärkt skydd mot otillbörlig efterbildning är oklart i väntan på praxis. Utanför Norden kan också konstateras att skyddet för brukskonst varierar mellan olika länder. Någon direkt förenhetligande kraft har BK inte haft på detta område.

318 Se Levin, Formskydd s 288 f.

319 Jfr Koktvedgaard/Levin s 69.

320 1914 års betänkande s 149.

I den svenska konstnärslagen från 1867 fanns liksom i den danska upphovsrättslagen från 1886 en regel som tillät hantverkare och fabrikanter att begagna konstverk som förebild för utsmyckningar av husgeråd och andra till förbrukning ämnade varor eller prydnadsföremål.[321] Utvecklingen från mitten av 1800-talet till sekelskiftet 1900 visar emellertid hur den allmänna entusiasmen för industrialismens möjligheter till masstillverkning övergick till en sträng inställning till det ökade utnyttjandet av konst. Reproduktion av konstverk på bruksföremål av skilda slag hade setts som en möjlighet för konsten att nå ut till folket.[322] Möjligheten förbyttes i ett missbruk och det resulterade i att det i 1904 års danska lag 1908 infördes ett 50-årigt brukskonstskydd sedan den välkända danska porslinsservisen *Musselmalet* hade förvägrats skydd av danska HD 1907.[323]

Den finländska upphovsrättslagen av 1927 omfattade även konsthantverk och konstindustri. I den finländska lagberedningen hade starkt propagerats för att den sociala betydelsen av konsthantverk och konstindustri skulle erkännas och att formgivaren skulle ha samma rätt som den frie konstnären att skörda frukten av sitt arbete.[324] 1919 års *svenska* konstnärslag innefattade till en början inget skydd för brukskonstalster. Det dröjde till år 1926 innan riksdagen antog utredningens förslag om ett tioårigt skydd för konstindustri och konsthantverk.[325] Till stöd för sin ståndpunkt hade 1914 års sakkunniga citerat ett parti ur en uppsats av *Hedberg*.

I sin uppsats presenterade *Hedberg* en för den tiden helt ny syn på brukskonsten. Funktionella moment skulle ha ett eget konstnärligt värde. Han ansåg bl a att det i den moderna konsten fanns en *aktning för ändamålet* och att man i en oavbruten förbindelse mellan livet och konsten allt mer börjat inse att konst var allt som fått en för sitt ändamål lämpad, av sitt material betingad, och av en viss stilkänsla präglad formgivning.[326]

[321] Se prop 1867:2 s 24; jfr 1914 års betänkande s 156 och Schmidt, Teknologi og immaterialret s 55.
[322] Se Schmidt, Teknologi og immaterialret s 55.
[323] U 1907 s 619 (Musselmalet stel I); jfr Levin, Formskydd s 290 och Schmidt, Teknologi og immaterialret s 56 f.
[324] Lagberedningens förslag till upphovsmannarätt s 52 f; jfr Levin, Formskydd s 290.
[325] En förklaring till att skyddet för brukskonst låtit vänta på sig ligger säkert inte minst i att BK inte ställer något krav på att brukskonst skall skyddas (art 2.7 BK).
[326] Hedberg, Konsten och livet, några reflektioner vid sekelslutet 1900 (1914 års betänkande s 162).

Det praktiska syftet och närheten till den industriella produktionen har fått genklang i praxis. Till skillnad från andra verkskategorier kan brukskonstområdet uppvisa en rik flora av domstolsavgöranden där fråga varit om rättsintrång. Det kommersiella intresset, främst för industridesign, har också motiverat ett starkare skydd mot efterbildning än vad som kunnat tillgodoses inom upphovsrättens ramar.

För den upphovsrättsliga skyddsbedömningen av brukskonstalster enligt URL har på initiativ av *Föreningen Svensk Form* (tidigare *Svenska Slöjdföreningen*) i Sverige inrättats en opinionsnämnd (Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd, nedan *Opinionsnämnden*). Opinionsnämnden började sin verksamhet redan 1926. Sedan 1953 träffar den sina avgöranden under domstolsliknande former. Opinionsnämndens utlåtanden har i huvudsak kommit att följas av domstolarna.

Äldre praxis ger stöd åt uppfattningen att domstolar hade svårt att acceptera skydd för moderna och funktionsinriktade föremål. De inledningsvis relativt stränga kraven på konstnärlighet och individualitet luckrades dock successivt upp. För svensk rätts del kan på brukskonstområdet urskiljas en förändrad uppfattning i och med ett avgörande som gällde formgivning av etsade glas.[327] Härigenom stärktes uppfattningen att även funktionella egenskaper hos s k *vackrare vardagsvaror* kunde tillmätas värde vid bedömning av konstnärligt skydd.

Ett karaktärisktiskt uttryck för denna brytningstid är ett avgörande om stålrörsstolar i funktionalistisk utformning.[328] HDs majoritet fann stolarna inte vara skyddade. RRn hade begärt in ett yttrande av *Konstakademien*. Akademiens majoritet ansåg inte att stolarna hade sådan originalitet eller individualitet att de ägde det tillskott som kunde ge ett fabriksmässigt framställt föremål karaktären av konstnärlig skapelse. *Svenska Slöjdföreningen*, som också avgav ett yttrande, uttalade emellertid enhälligt att stolarna måste vara att anse som alster av konstindustri.

De s k Bauhausstolarna ansågs vid mitten av 1930-talet av den danska HD inte heller vara skyddade.[329] Detsamma gällde den s k PH-lampan.[330] Däremot befanns redan 1926 några delar av den servis *(Musselmalet)* som 1907 förvägrats skydd värdiga att tas in i det skyddade hägnet.[331]

[327] NJA 1931 s 506 (Orrefors).
[328] NJA 1935 s 712 (Bauhausstolen). Skyddet för den stolen är intressant inte minst därför att dess upphovsrättsliga skydd har blivit föremål för prövning i en rad länder vid flera tillfällen med varierande utgång (se härom nedan angående stolens skyddsvärdighet i Sverige och Danmark och för en internationell överblick Wandtke i UFITA 130/1996 s 57).
[329] U 1935 s 692 (H) (Bauhausstolen).
[330] U 1931 s 376 (Ø) (PH-lampa).
[331] U 1926 s 251 (H) (Musselmalet stel II).

Enligt AK skulle till *bildkonsten* hänföras även vissa sådana tekniker som i de flesta fall används inom konsthantverket, men som även kunde brukas i rena konstsammanhang med uteslutande estetiska syften, såsom keramik, mosaik, glasarbeten, intarsia, konstvävnad och tygtryck.[332] 1960 överfördes skyddet för konstindustri och konsthantverk till den nya URL. Verkshöjdskravet skulle som följd av den korta skyddstiden inte vara lika högt som för övriga verk. Den stränga inställning till brukskonstskydd som präglade det tidiga 1900-talet kom fram till mönsterskyddslagens (ML)[333] införande därför att bli allt mer liberal. Även Opinionsnämnden intog en allt frikostigare inställning till de alster som var föremål för dess prövning.

Ett avgörande av HD 1958 gällde en fåtölj.[334] HRn hade funnit att stolen inte var skyddad, men HovRn och HD var av motsatt uppfattning. Opinionsnämnden hade uttalat att stolen var att anse som ett alster av konstindustri. Den hade en estetiskt tilltalande linjeföring beroende bl a på samspelet mellan sitsen och ryggen.

Slutstenen i den liberaliseringsprocess som ägde rum fram till 1970 års reform utgörs av ett avgörande om skydd för en spegel infattad i en rund träram.[335]

Alla instanser fann att spegeln var upphovsrättsligt skyddad. HD konstaterade dock att skyddsomfånget måste vara mycket snävt med tanke på att elementen var få och tidigare kända. Också Opinionsnämnden hade funnit att spegeln var skyddad enligt upphovsrättslagstiftningen. Trots sin enkelhet hade den sådan god och personlig formgivning att den kunde åtnjuta skydd.

Den liberaliseringstrend som pågick fram till 1970 kan ha flera förklaringar. En kan vara att tesen om att det nyttiga också kan vara det sköna fick allt större genomslag efter funktionalismens genombrott. En annan kan vara att avsaknaden av ett effektivt mönsterskydd före 1970 krävde att vissa uttryck för funktionell formgivning måste finna skydd någonstans. Eftersom brukskonstskyddet endast var tioårigt fanns det heller ingen större anledning att vara restriktiv. Generositet kunde inte vara till nämnvärd skada.

När mönsterskyddet infördes 1970 uttalades emellertid att skyddsförutsättningarna för brukskonstverk skulle skärpas. Samma skyddsförutsättningar och samma villkor som för övriga verk skulle alltså ges för

[332] SOU 1956:25 s 76.
[333] SFS 1970:488.
[334] NJA 1958 s 68 (Rudastolen).
[335] NJA 1964 s 532 (Luxusspegeln).

brukskonst.[336] I och med införandet av ML ändrades följaktligen det upphovsrättsliga brukskonstskyddet. Nu skulle brukskonst skyddas enligt allmänna upphovsrättsliga regler, d v s 50 år *post mortem auctoris*. Brukskonstalster kom därefter att bedömas i ljuset av 1956 års motiv. Någon ändring av de produktkategorier som omfattades av den tidigare lagstiftningen avsågs inte.[337] Införandet av ML och ändringen i URL medförde att en övergångsbestämmelse infördes i URL. Enligt den skulle sådana alster som ansetts uppfylla kraven för det tioåriga skyddet i URL få behålla det fram till 1980.[338]

Frågan i vad mån tekniska eller eljest praktiska ändamål kunde omfattas av brukskonstskyddet berördes också i 1965 års Mönsterskyddsutredning. För utredningen framstod det som både tvivelaktigt och vanskligt att göra en avvägning mellan ett föremåls estetiska och funktionella element. Det var istället helhetsintrycket i estetiskt hänseende som måste bli avgörande. Utredningen konstaterade visserligen att de inom estetiken tidigare hävdade grundsatserna om estetiska yttringars oavhängighet av det praktiska livets syften inte längre torde vara gällande, men i praktiken fanns det all anledning att räkna med att renodlad funktionell formgivning sällan eller aldrig motsvarade kraven att alstret skulle vara konstnärligt och präglat av upphovsmannens individualitet.[339]

På grund av de ändringar i URL som vidtogs i och med införandet av ML vände synen på verkshöjdskravet vad gäller brukskonst till att bli mycket sträng.[340] Ett par avgöranden som belyser den utvecklingen på ett karakteristiskt sätt gällde möbler formgivna av *Bruno Mathsson*. Han hade år 1970 fått fullt upphovsrättsligt skydd enligt de nya reglerna för sin fåtölj *Karin*. Skyddet ansågs emellertid mycket snävt.[341] När hans säng *Ulla* år 1981 var föremål för bedömning ansåg Opinionsnämndens majoritet att alstret över huvud taget inte uppfyllde kraven för URLs 50-åriga skydd.[342] Därefter har kraven åter lättats upp.

Det är idag tydligt att gällande originalitetskrav sänkts till ungefär den nivå som tidigare krävdes för det tioåriga skyddet. Det råder heller inte någon tvekan om att den skyddsförtjänta originaliteten när det gäller brukskonst till inte ringa del ligger just i förmågan att kombinera form

336 Se Koktvedgaard/Levin s 76; jfr Levin i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1987 s 321 ff.
337 SOU 1965:61 s 338.
338 Dessa slags verk skulle alltså framdeles uteslutande kunna påräkna mönsterskydd.
339 SOU 1965:61 s 110 f; jfr Levin, Formskydd s 292 f.
340 Se Levin, Formskydd s 306.
341 Svensk Forms Opinionsnämnds yttrande nr 95 (Karin).
342 Svensk Forms Opinionsnämnds yttrande nr 131 (Ulla).

och funktion. Redan AK uttalade att det ansågs som självklart att estetiska synpunkter och nyttohänsyn var intimt förenade. I fråga om nyttoföremål var det knappast längre god konst att underordna nyttosynpunkten den estetiska. Det resultat som inte tillgodosåg båda var ett dåligt resultat. I många fall hade man enligt AK t o m gått längre och sagt att det som var dåligt från funktionssynpunkt varit oskönt.[343] I praxis har senare också utpräglat funktionella produkter ansetts skyddade.[344]

Det är uppenbart att många av senare brukskonstalster som varit föremål för prövning har aktualiserats på grunder som mer har karaktär av *otillbörlig efterbildning* än intrång i en upphovsrätt. Det är sannolikt att upphovsmännen till flera sådana alster som blivit efterbildade ursprungligen inte haft ett konstnärligt syfte. Syfte har endast åberopats inför Opinionsnämnden. En sådan efterkonstruktion har då varit ett försök att säkra en rätt till föremålets form för att på så sätt få ett starkare skydd mot otillbörlig efterbildning.

Exempel på alster som inte ansetts skyddade är en ölförpackning[345] och en flagga.[346] Motiveringen härför var väsentligen att föremålen inte skapats med konstnärlig ambition. I ett par andra fall, rörande en yxa och en kofot, förvägrades skydd på grund av att det inte var fråga om konsthantverk utan endast hantverk.[347] Synnerligen praktiskt betingade alster (såsom t ex en ficklampa[348]) har dock medgivits skydd av Opinionsnämnden.

Brukskonstens väg mot upphovsrätt, som till en början gick över karg och stenbunden mark, förefaller, i vart fall för svensk rätts del, slutligen ha nått sanka och vattensjuka områden. Flera av Opinionsnämndens avgöranden har varit föremål för relativt stark kritik i den juridiska doktrinen.

Ett avgörande om en ergonomisk sittmöbel[349] har kritiserats i doktrinen bl a av *Karnell* som konstaterade att enligt Opinonsnämndens språkbruk verket inte bara skulle ha en individuell utformning. Det skulle dessutom vara ett uttryck för *upp-*

[343] SOU 1956:25 s 77.
[344] I ett par hovrättsavgöranden ansågs en plastmotorbåt (Svea HovR dom den 17 april 1974 (Observer 17)) respektive en möbelrulle (Göta HovR dom den 27 april 1978 (Kevi)) uppfylla kraven för skydd. Till skillnad från det senare fallet där HovRn inte uttalade sig om skyddets omfattning, ansågs motorbåten uttryckligen vara skyddad endast enligt 1970 års övergångsregler.
[345] Svensk Forms Opinionsnämnds yttrande nr 144 (Kaiserdom Edel).
[346] Ärende 2/1993 (Norrlands flagga).
[347] Ärende 4-5/1993 (Yxa och Kofot).
[348] Ärende 11/1993 (Ficklampa).
[349] Svensk Forms Opinionsnämnds yttrande 148 (Sittmöbel).

hovsmannens individualitet. Formen skulle dessutom uttrycka *ett sådant mått av konstnärlighet att upphovsmannens särprägel och individualitet framträdde och övertygade om att det var självständigt skapat och unikt.* Detta slags språk hörde enligt *Karnell* till stor del hemma i sekelskiftets upphovsrätt. Värst var emellertid att Opinionsnämnden fört in ett kvantitativt bestämt konstnärlighetskriterium, ett krav på *mått av konstnärlighet* uttryckt i verket. Verkets kvalitet, dess mått av konstnärlighet, var upphovsrättsligt helt irrelevant. Det var en gammal upphovsrättslig sjuka att använda psykologiserande ord för yttre verklighet. *Karnell* kritiserade också Opinonsnämndens användning av dubbelskapandekriteriet som verkshöjdsmätare i det enskilda fallet.[350]

I ett bemötande av *Karnells* kritik av Opinonsnämndens praxis uttalade dess dåvarande ordförande, *Uggla,* att, som alla dömande organ, Opinionsnämnden måste räkna med att dess praxis, som förvisso skulle vara konsekvent så långt det gick, också skulle vara flexibel inom de gränser som lagen medgav. Det var därmed att märka att upphovsrättsligt mer eller mindre *sjuka* uttalanden i lagstiftningens förarbeten med tiden kunde förlora sin magiska kraft. Enligt *Uggla* var det emellertid själva domslutet som var kärnan i nämndens verksamhet och det var där som dess speciella kompetens väsentligen fann sitt uttryck. Den mer eller mindre vidlyftiga motiveringen var mer att se som ett traditionellt bihang. *Ugglas* tidigare erfarenheter av motivskrivning i samband med bedömningen av åtskilliga generalklausulsbetonade grundkriterier i immaterialrätten hade lett honom till den mycket bestämda åsikten att motiven skulle vara så kortfattade som det bara var möjligt. För tolkning av grundkriterierna gav förarbetena ofta hjälpkriterier såsom risken för dubbelskapande. Realiteten i detta var väl åtminstone delvis att man tillhandahöll hjälpkriterier som också hade generalklausulsliknande egenskaper och som var ungefär lika svårtolkade som huvudkriterierna.[351]

I och med det ovan berörda avgörandet om efterbildning av tygmönster med smultronmotiv har skyddsförutsättningarna för det fulla upphovsrättsliga skyddet för brukskonst åter prövats av HD.[352]

Enligt HD uppvisade smultronmönstret den självständighet och särprägel som krävdes för att det skulle skyddas enligt upphovsrättslagen. Mönstret var emellertid uppbyggt av förhållandevis enkla element som var naturalistiskt återgivna. Det påstådda intrångsmönstret med jordgubbsmotiv var visserligen gjort med smultronmönstret som forebild, men de båda mönstren hade ett flertal skillnader i olika detaljer. Även om mönstren vid en jämförelse kunde förefalla lika, medförde likheten inte att de låg inom samma skyddsomfång.

HDs dom gav upphov till en ny debatt i den svenska upphovsrättsdoktrinen, inte bara om tolkningen av HDs domskäl, utan även om upphovsrättens skyddsförutsättningar i stort och om Opinionsnämndens ställning som sakkunnigorgan.

[350] Karnell i NIR 1990 s 91 ff.
[351] Uggla i NIR 1990 s 95.
[352] NJA 1994 s 74 (Smultron).

Karnell frågade sig vad HD velat med sina domskäl annat än att röra om i *brukskonstsumpen*.[353] Han konstaterade att HD med gängse upphovsrättsligt sätt att se på saken kunnat nå sin slutsats genom att välja mellan att antingen konstatera att efterbildning inte skett eller genom att fastställa att jordgubbsmönstret fallit utanför smultronmönstrets skyddsomfång. Efter allmänt ordande om bevisbördeförhållandena, utan att anknyta till omständigheterna i det konkreta fallet hade domstolen istället i näst sista meningen av domskälen *dunsat* tillbaka en bedömning av hur stor olikheten mellan mönstren var och därefter konstaterat att olikheten sammantagen var så stor att jordgubbsmönstret inte låg inom smultronmönstrets skyddsomfång.[354]

I ett bemötande av *Karnells* kritik av smultronmålet konstaterade justitierådet *Knutsson* att domskälen kunde synas ha följt två vägar som ledde till samma slut, medan det hade kunnat räcka med en. Domskälen hade mynnat ut i ett konstaterande att det påstådda intrångsalstret legat utanför skyddsomfånget för det skyddade mönstret. Tidigare i skälen hade emellertid behandlats också frågan om en efterbildning faktiskt ägt rum. Enligt *Knutsson* hade domstolen nog kunnat nå sin slutsats utan att gå in på efterbildningsfrågan. Det var därmed möjligt att skälen blivit något otydliga genom att HD sålunda uttalat sig om mer än som varit strikt nödvändigt för att motivera domslutet, men så utformade domskäl var inte ovanliga.[355]

Bernitz pekade särskilt på att domstolen inte hade berört 1970 års lagändring och de där gjorda motivuttalandena, varför HDs verkshöjdsbedömning i målet var av vikt. Även om textilmönster var mer obundna med avseende på det konstnärliga skapandet än t ex möbeldesign och därmed stod närmare den fria konsten torde det vara mer av en gradskillnad än en artskillnad. HDs uttalanden om verkshöjd borde därför vara intressanta inte bara för textilmönster utan för verkshöjdsbedömningen av brukskonst i stort.[356] Intressanta var enligt *Bernitz* också några av domstolen fastlagda måttstockar för likhetsbedömningen mellan två alster, nämligen dels att skyddsomfånget borde vara relativt begränsat, dels att det samtidigt inte skulle avse skydd endast mot direkt kopiering.[357]

HD kom i smultronavgörandet till ett annat slut än Opinionsnämnden, som tidigare ansett att intrång förelegat. Opinionsnämnden motiverade också sitt ställningstagande på ett sätt som avvek väsentligt från domstolens. Opinionsnämnden tillämpade bl a, till skillnad från HD, ett dubbelskapandekriterium. Opinionsnämnden blev här kritiserad i doktrinen. I nämndens avgöranden efter smultronmålet ger Opinionsnämndens avgöranden också uttryck åt ett stramare språkbruk och knapphändigare kriterieval i sina skäl.[358]

[353] Karnell i NIR 1994 s 89.
[354] Op cit s 91 f.
[355] Knutsson i NIR 1994 s 235.
[356] Bernitz i NIR 1994 s 356.
[357] Op cit s 359.
[358] Se t ex ärende 1/1996 (Gatubelysning).

Enligt *Bernitz* borde det särskilt noteras att HD vid sin bedömning i likhetsfrågan helt frångått Opinionsnämnden, vars utlåtande inkallats på domstolens begäran. Detta var givetvis ett bakslag för Opinionsnämndens prestige, men kunde ha sin förklaring i domstolens utformning i övrigt av domskälen. Enligt *Bernitz* borde även framgent liksom dittills stor vikt läggas vid den kvalificerade bedömningen av konstnärlig expertis inom Opinionsnämnden av verkshöjds- och likhetsfrågor. Däremot kunde eventuella uttalanden av juridisk och rättspolitisk natur inte tillmätas motsvarande vikt.[359]

Enligt *Karnell* borde Opinonsnämnden hålla sig till rena verkshöjdsfrågor, men avhålla sig från intrångsbedömningen. Opinionsnämnden saknade såväl det sakliga underlaget som den nödvändiga juridiska kompetensen för bedömning av konkreta intrångsfrågor. *Karnell* såg som en entydig konsekvens av HDs dom att det inte fanns anledning att lita på eventuella framtida ställningstaganden av Opinionsnämnden i frågor om just efterbildning i annan mening än vad som gällde det egentliga konstnärliga skapandet.[360]

Uggla konstaterade i bemötande av *Karnells* kritik att nämnden, precis som en underdomstol, måste räkna med att den instans som till sist skulle döma i målet någon gång gjorde en annan bedömning[361] och nämndens dåvarande sekreterare, *Halén*, poängterade särskilt värdet av sakkunnig expertis på formgivningsområdet.[362]

Att frånta Opinionsnämnden kompetensen att bedöma intrångsfrågan generellt vore enligt min mening att gå för långt. Med synen på verket som *jämförelseobjekt* blir det naturligt att verkshöjd och efterbildning blir två aspekter av samma bedömning. Emellertid kan det finnas mycket fog för ståndpunkten att opinionsnämnden inte bör gå in på sådana efterbildningsfrågor som gäller lagtolkning i övrigt eller som kräver särskild bevisning som nämnden inte har tillgång till.

3.4.1.1 Brukskonst och bildkonst

Det finns många viktiga skillnader mellan alster av bildkonst och alster av brukskonst. Skillnaden finns inte bara i själva uttrycket utan också i tillkomstsätt, syfte och användningsformer. En tillverkare av bruksföremål måste för att få avsättning på marknaden ge sina alster en form som svarar mot tidens smak och stil.[363] Rätten till brukskonst har traditionellt också varit mer fixerad vid sina fysiska bärare än bildkonst. Att brukskonsten är stadigt förankrad i sitt materiella föremål framgår om inte annat av att det här – till skillnad från på andra konstområden – tas hänsyn

[359] Op cit s 359.
[360] Karnell i NIR 1994 s 88 f.
[361] Uggla i NIR 1994 s 362.
[362] Halén i NIR 1995 s 90 f.
[363] Jfr Koktvedgaard/Levin s 71.

till *materialbehandlingen.*[364] Intrång i rätten sker som regel endast genom att exemplar av brukskonstalster framställs och förs ut på marknaden. Även om det undantagsvis kan ske, är brukskonstalster inte särskilt väl ägnade för kategoribyten. Det finns likväl ett relativt oklart gränsområde mellan brukskonst och bildkonst.[365] Någonstans finns en gräns där en slips, ett tygmönster eller en lampfot övergår till att vara ett konstverk och tvärtom kan ett bildmotiv återges i tre dimensioner för att tjäna som ett bruksföremål. Det kan då tänkas att utnyttjandeformerna av sådana alster närmar sig dem för annan bildkonst.

Intressant i sammanhanget kan vara ett yttrande av Opinionsnämnden[366] angående seriefigurer. Ett företag hade registrerad rätt till *Batman* och *Superman* i USA. Rättigheterna hade licensierats till bl a ett svenskt företag. Därefter hade plastdockor som föreställde figurerna förts ut på marknaden av tredje man. Någon rätt att utnyttja verken till att framställa plastdockor hade inte upplåtits i Sverige. Den svenske licenstagaren gjorde gällande att rätten till bilderna av *Batman* och *Superman* enligt 2 § URL också omfattade verken i ändrat skick eller i annan teknik. Opinionsnämnden konstaterade dock att de i färgbild återgivna bilderna av *Batman* och *Superman* som ingivits till Opinionsnämnden för bedömning *inte var brukskonst.* Några dockor i original förelåg inte. Eftersom de tvådimensionella bilderna inte utgjorde brukskonst, hade Opinionsnämnden enligt sina stadgar inte rätt att uttala sig om det upphovsrättsliga skyddet för bildkonst och mot intrång som kunde föreligga.

Bildkonst och brukskonst närmar sig varandra främst när de estetiska momenten i ett brukskonstalster överväger. 1914 års sakkunniga delade konstindustrins och konsthantverkets alster i två grupper, mellan vilka någon fast gräns emellertid inte lät sig dra. Till den första gruppen skulle höra sådana bilder eller bildkonstalster som inordnades i en bruksmiljö, såsom t ex en statyett som fick tjäna som lamphållare, en figurmålning som anbragtes på en solfjäder eller på en vas eller som återgavs i mosaik på en bordskiva. Till den andra gruppen skulle hänföras alster av konsthantverk och konstindustri i egentlig mening, såsom vaser, skålar och andra keramiska föremål, möbler, alster av textilkonst, armatur för elektrisk belysning och liknande metallarbeten.[367] Medan den förra typen av

[364] Se SOU 1956:25 s 77. Detta kan framskymta i fler av Opinionsnämndens avgöranden, se t ex yttrande nr 152 (Viken) där det påpekas att stolen är gjord av *teak med runda tappar av ask* och nr 154 (Ripsmönster) där det konstateras att mönstrets helhetsintryck betingades av samspelet mellan färg och form och att dess enskildheter samverkade på ett okomplicerat men ändå särpräglat sätt i enlighet med *ripsmönsterteknikens* variationsmöjligheter.

[365] Jfr Lund, Billedkunsten s 86.

[366] Yttrande nr 151 (Batman- och Supermanfigurer).

[367] 1914 års betänkande s 156 f.

brukskonst innebar en sammanbindning av ett självständigt konstverk med ett industriföremål, var den egentliga konstslöjden av mer abstrakt karaktär.[368]

I fokus för undersökningen står här ändå främst brukskonst av det förra slaget. Intresset för skydd av den typen av brukskonst i reell mening har dock minskat betydligt under 1900-talet. Medan det tidigare var vanligt att möbler och andra bruksföremål utsmyckades med bilder, skulpturer eller andra ornament, har de estetiska värdena under 1900-talet istället strävat efter att form och funktion skall förenas. Trots det förekommer idag inte sällan bruksföremål som utsmyckas med det slaget av ornamentik, t ex på glas och keramikföremål.

Att alster av textil vid 1900-talets början hänfördes till den *egentliga konstslöjden* kan ha sin förklaring i att man vid den tiden, i enlighet med *Kohler*, fortfarande uppfattade *nonfigurativa* mönster och *ornamentik* som uteslutna från bildkonstområdet i egentlig mening. Den härskande meningen idag torde emellertid vara att textilmönster av alla förekommande slag hör till den del av brukskonsten som ligger bildkonsten i egentlig mening närmast. Även om också tvådimensionella brukskonstalster i form av tapeter och tygmönster i väsentlig grad är ändamålsbestämda till material och mönster,[369] är det kanske framförallt på det tvådimensionella brukskonstområdet som gränserna mot bildkonsten kan bli svåra att se.

Beklädnadsartiklar av skilda slag har tidigare ansetts normalt inte ha upphovsrättsligt skydd.[370] Det betyder inte att särpräglade tyg- eller stickmönster generellt skall falla utanför skyddsområdet.[371] Att textilmönster av relativt enkelt slag kan tillräknas upphovsrättsligt brukskonstskydd har inte bara fastslagits av den svenska HD[372] utan vinner också stöd i en rad avgöranden av Opinionsnämnden.[373] Däremot har Opinionsnämnden intagit en synnerligen, enligt min mening alltför, sträng inställning till textila leksaksdjur.[374]

Skapande av brukskonst bör idag också relateras till ny teknik. Som ett resultat av att all slags formgivning har kommit allt närmare den digitala

[368] Se op cit s 156 f.

[369] Jfr Levin, Formskydd s 24.

[370] Se Levin, Formskydd för modeprodukter s 11 ff; jfr prop 1960:17 s 47 och 50; jfr också Koktvedgaard/Levin s 80. Enligt AK var skyddet för beklädnadsartiklar inte uteslutet (se SOU 1956:25 s 79 f).

[371] Se härom främst Levin, Formskydd för modeprodukter 1984.

[372] NJA 1994 s 74 (Smultron) och NJA 1995 s 264 (Tunika).

[373] Svensk Forms Opinionsnämnds yttrande nr 145 (Röllakansmatta) yttrande nr 154/1991 (Ripsmönster); yttrande nr 156 (Tulpantröja).

[374] Se Opinionsnämndens Yttrande 142 (Tusenfoting) och 147 (Kalikå).

tekniken, öppnas nya möjligheter för kategoribyten också i brukskonstens värld. Med hjälp av CAD-system kan bruksföremål skapas digitalt. Den digitala tekniken möjliggör också att föremålen kan prövas i en digital miljö. Datorernas förmåga att upprepa sekvenser och möjligheterna till utbytbarhet av formdetaljer gör att stort arbete kan besparas t ex textilformgivare. Hur ett tygmönster ser ut i det slutgiltiga klädesplagget kan visualiseras genom att en fotografisk bild på en modell scannas in i datorn. Ett visst klädesplagg på modellen markeras och förses med ett valt tygmönster.[375] Med CAD-tekniken kan datorn lätt nå fram till den "bästa kombinationen av möjliga varianter vars förutsättningar med avseende på form och materialval samt funktion programmerats in."[376] Det betyder att, med datorns hjälp, den rätaste linjen mellan form och funktion lättare kan nås, vilken under lång tid ansetts vara kärnan i det skapande arbetet på brukskonstområdet.

När horisonten sedan vidgas mot *cyberspace* och *virtual reality* (VR) (se härom utförligare nedan (3.9), står det klart att många av de objekt som ingår i den digitala miljön också måste formges. Ett simulerat digitalt rum kan innehålla *virtuella* möbler, bruksföremål och arkitektur. På sikt kan tillgången till en sådan *virtuell* verklighet bli en inspirationskälla att räkna med för formgivare som därmed tar objekten ur en digital värld till den analoga världen. I den digitala miljön har traditionella brukskonstalster på så sätt fått en helt ny *immateriell* karaktär. När digitala rumsliga miljöer skall skapas, måste de fyllas med föremål. Frågan är då om de skall skyddas som en del av en digitalt skapad bildvärld eller som ett digitalt bruksföremål. Frågan bör, såsom andra liknande frågor, övervägas från fall till fall. Om någon efterbildar ett bruksföremål i den digitala världen, så gäller, liksom för andra verk, att en exemplarframställning och därtill ett för upphovsmannen intressant utnyttjande kan ha skett.

3.4.2 Byggnads- och landskapsarkitektur

I 1 § 1 st 6 URL anges alster av byggnadskonst som en skyddad kategori. Tills skillnad från brukskonst tillhör byggnadskonst sedan 1908 års Berlinrevision av BK det obligatoriskt skyddade området enligt art 2.1 BK. AK konstaterade att arkitekturen av ålder torde ha räknats till de sköna

[375] Jfr Vince, Computer Graphics s 78.
[376] Levin i NIR 1994 s 240.

konsterna, men att den numera borde likställas med nyttokonsten.[377] Bevisligen har också karaktären hos de byggnader som kan komma ifråga för skydd förändrats. Det arkitektoniska formspråket präglades tidigare väsentligen av dekorativa inslag i form av friser, kolonnader, metoper och triglyfer till vilka fogades mer eller mindre skulpturala detaljer – karyatider, maskaroner och ornament. Här liksom på brukskonstområdet har det förbytts i ett stramare formspråk, som i många fall försvårat gränsdragningen mellan det skyddade och det oskyddade.[378] *Lund* konstaterade också att en ny riktning trängde igenom som avskydde alla överflödiga element och framhävde att det just i de lugna, klara och enkla fasaderna låg en särskild estetisk verkan. Själva beteckningen funktionalism angav en total sammansmältning av de praktiska bruksmässiga syftena med den estetiska verkan. Enligt *Lund* måste det dock anmärkas att arkitektens uppgift ofta ändå gav större utrymme för individualitet än den som skulle utforma ett bruksföremål.[379] Stundom skapas emellertid ännu byggnadsverk som mer har karaktär av skulptur än just byggnad och där den konstnärliga insatsen är av sådan art att tvekan om dess upphovsrättsliga skydd knappast råder.[380] Ett för mig näraliggande exempel kan vara *Stockholms universitetsbibliotek* som ritats av *Erskine*, vars formförtjänster framträder särskilt när det ställs mot de av *Helldén* ritade s k *Södra husen* av mindre originellt slag.

Under byggnadskonsten hörde enligt AK inte endast större hela byggnader utan (om än med någon reservation) även sådana arbeten som fartygsbyggnad och trädgårdsarkitektur.[381] Att trädgårdsarkitekturen hänfördes till byggnadskonsten tedde sig enligt AK naturligt om man såg saken i historisk belysning. I äldre tid hade trädgårdsarkitekturen huvudsakligen monumentala syften och arbetade gärna med inslag av byggnadsverk såsom terrasser och paviljonger så att trädgården tillsammans med byggnaden bildade en arkitektonisk enhet. Konsten att skapa sådana anläggningar räknades helt klart till arkitekturen. Principiellt borde därför trädgårdsanläggningar betraktas som ett arkitektoniskt uttrycksmedel och trädgårdsarkitektur som en art av byggnadskonst. Slutligen konstaterades att kraven på självständigt

[377] SOU 1956:25 s 76 f.

[378] Jfr SOU 1956:25 s 77. Trots det rika formspråk som präglade byggnadskonsten vid början av 1900-talet ansågs enligt 1914 års betänkande (s 155) att skyddet praktiskt sett kunde komma att sträcka sig endast till en ganska ringa del av antalet existerande byggnader.

[379] Lund, Billedkunsten s 96.

[380] Jfr det Österrikiska fallet OGH, 26 augusti 1994 Ob 51/94 (Hundertwasserhaus).

[381] SOU 1956:25 s 76 f. I en dom från Svea Hovrätt (Svea HovR dom den 17 april 1974 (Observer 17)) ansågs en motorbåt i plast på grund av dess egenartade linjeföring och konstnärligt samordnade insatser kunna skyddas som alster av brukskonst enligt de då gällande övergångsbestämmelserna.

konstnärligt skapande endast sällan var uppfyllda. Ofta var arkitekturen betingad av naturliga och tekniska förutsättningar och utrymmet för originella skaparinsatser av egentlig konstnärlig art var begränsat.[382]

När det gäller landskapsarkitektur blir gränsen svårdragen mot naturens egen medverkan till formen. Landskapsbilden kan utnyttjas av landskapsarkitekten för att skapa ett konstnärligt helhetsintryck, men i enskildheter kan naturens egna formationer inte tillmätas skydd.[383]

Inte minst inom arkitekturen har den digitala CAD-tekniken länge varit till hjälp för arkitekter och konstruktörer.[384] Den har utvecklats till ett viktigt hjälpmedel för att konstruera och simulera byggnadsverk. Här har utvecklingen kommit mycket långt. Hela byggprojekteringsarbetet har förändrats. Den digitala tekniken används genom hela projekteringen. De klassiska byggritningarna ersätts av alltmer tillförlitliga datorprojekteringar. 3D-projektering kan på ett överskådligt sätt beskriva skilda skeden i en byggproduktion. Byggnaden kan simuleras tredimensionellt med hjälp av VR-teknik för digitala presentationer. Med datorns hjälp kan man stiga in i byggnaden redan på projekteringsstadiet. Där gör man sig en rumslig uppfattning av hur den kan komma att se ut. Med tekniken kan man känna hur höga trappstegen skall vara och var ledstång och dörrhandtag skall placeras. Byggnaden kan sättas in i sin yttre miljö och rummen kan inredas och möbleras med digitalt skapad utrustning.

Med hjälp av tillämpningsprogram kan montage- och tillverkningsritningar enkelt skapas utifrån en ritad 3D-modell. Önskad information kan sparas i en databas för att sedan kunna återanvändas för automatisk framställning av ritningar och bearbetning för andra projekt. Olika delritningar kan framställas var för sig och sedan visas var för sig eller tillsammans. Med dimensioneringsprogram kan modellen utnyttjas för statistiska och dynamiska beräkningar.

Ett upphovsrättsligt problem som kanske tydliggörs särskilt när det gäller CAD i byggandet är att den som använder ett CAD-system ofta utnyttjar delar ur ett s k symbolbibliotek, d v s formelement som kan kombineras och sammanfogas till helheter. Symbolbiblioteken kan innehålla i sig skyddade element, de kan också vara skyddade i sig som helhet. Man kan eljest också tänka sig att de åtnjuter katalogskydd eller utgör en databas.[385] För att kunna utnyttja i sig skyddade delar eller för att få göra uttag ur symbolbiblioteket kan då krävas tillstånd av den som skapat bib-

[382] SOU 1956:25 s 78.

[383] Jfr Olsson som hävdat att tuktade växtformationer i form av s k *bonsaiträd* inte kan skyddas av upphovsrätt (Copyright s 35).

[384] Se Danowsky m fl, CAD i byggandet s 73 f.

[385] Se op cit s 72 f.

lioteket. Detta är vanligen löst på det sättet att biblioteken får användas fritt för alla ändamål av en lovlig användare.

3.4.3 Luminism

Inom konsten har under mycket lång tid ljuskällor använts som medium eller objekt. Kanske med *Platon* som inspirationskälla har från 1700-talet och framåt otaliga försök gjorts att använda just ljuset som en väsentlig beståndsdel i konstnärliga uttryck. Det elektriska ljuset har sedermera banat vägen för dagens möjligheter att använda neonljus och laser som komponenter i bilduttryck.[386]

Ljusets skyddsförtjänthet ger upphov till främst två upphovsrättsliga skyddsproblem. För det första saknar ljus en egen verkskategori. Det låter sig inte heller självklart inordnas i existerande kategorier. För det andra uppstår ett följdproblem genom att ljuset antingen kan vara objekt eller medium. Det ger upphov till svårigheter med att lokalisera det konstnärliga innehållet: skall det sökas i det projicerade *ljuset* eller i *apparaten* som avger ljuset eller i den som *handhar* apparaten? Här liksom på andra håll besvaras frågan genom att företeelsen i det enskilda fallet jämförs med de i lagen uttryckligen skyddade företeelserna, men även det kan ge upphov till problem. Något direkt problem är det inte när ljus är starkt förbundet med sin källa, som då kan vara ett annat konstnärligt objekt:

> Ett klassiskt exempel är *Laszlo Moholy-Nagys ljusåtergivningsmaskin.* Där var ljuskällan en i sig relativt komplicerad mobil skulptur. Ett annat exempel är bildkonstnärer, vilkas verk utgörs av neonljus eller annan belysning eller som anbringar sådana på sina verk. I så fall bör verken kunna skyddas som bildkonstalster vare sig de lyser eller inte.[387]

När ljuskällan träder i bakgrunden, såsom vid t ex projektion av ljusbilder, tilltar svårigheterna att lokalisera ett skyddat objekt. Undantagsvis kan man tänka sig att ljussättning får betydelse för upphovsmannaskap till t ex fotografi (se vidare ovan s 103) eller i audiovisuella verk (jfr nedan s 169). Skydd för ljussättning av teaterföreställningar, baletter, filmer m m är en såväl i svensk som internationell doktrin diskuterad fråga.[388]

[386] Jfr Claus s 74.
[387] Jfr Claus s 76 och Lucie-Smith, Konsten i dag s 437 ff.
[388] Se ang ljussättning i audiovisuella verk Karnell i NIR 1991 s 464 ff; Hertin i UFITA 118/1992 s 69 och Prümm i UFITA 118/1992 s 32 f.

Att sådana insatser under förutsättning av verkshöjd kan skyddas enligt nordisk rätt råder det inte något tvivel om.[389] En mer komplicerad fråga är dock om skyddet i så fall avser alster av bildkonst. En annan svår fråga är om ljussättaren kan anses vara en utövande konstnär. Så borde vara fallet om han kan anses *utföra* ett verk. Här framträder också skillnaden mellan teaterföreställningar och balett å ena sidan samt film å den andra. När det gäller den förra kategorin kan, med ett traditionellt synsätt, ljussättaren ha en närstående rätt, medan hans ljussättning i filmen kan ge honom upphovsmannaskap.[390]

Om det är en bild som projiceras med hjälp av ljus, står det dock som regel klart att bild och projektion måste skiljas åt. Ljusprojektionen i sig bidrar ju som regel inte till att dana det projicerade objektet.

Med digital bildbehandling suddas även gränsen mellan bild och ljussättning ut ytterligare. Avancerade bildbehandlingsprogram är idag utrustade med verktyg som kan rikta ljus från skilda håll, vilket gör att man inte är beroende av en ursprunglig ljuskälla.

3.4.4 Scenografi

Scendekor, dräkter m m till teater och film kan skyddas av upphovsrätt under förutsättning av verkshöjd. Att scenkulisser kan skyddas som konstnärliga verk oftast helt fristående från regissörens och manusförfattarens insatser har bekräftats i såväl svensk som utländsk doktrin.[391] Scendekoren skyddas då som faktiska alster t ex av bildkonst, brukskonst eller byggnadskonst.[392] Att scenkulisser kan utgöra konstnärliga verk har också accepterats av den svenska HD.[393] I den internationella doktrinen har det inte varit lika lätt att tillerkänna skydd för den rumsliga *helhet* i sig

[389] Se härtill Hammarén, som konstaterade att ljussättning normalt gjordes av en professionell ljussättare i samarbete med regissören. Hur de fördelade arbetet sig emellan varierade, men det var ändå klart att regissören hade sista ordet om det fanns motsättningar (Hammarén s 56); se även Karnell, Programinnehållet i TV s 370 f, dens i NIR 1991 s 465 ff och Schønning, Programmedarbejderes Ophavsrettighetder s 23.

[390] Jfr Hammarén s 219 ff, som dock huvudsakligen beskriver regissörens medverkan. Hammaréns egentliga och välgrundade huvuduppfattning är ändå att någon skillnad inte bör göras mellan de skilda kategorierna – bidragen bör lika mycket kunna tillmätas upphovsmannaskap oavsett verkets kategoritillhörighet (se Hammarén s 266 ff).

[391] Hammarén s 234; jfr Rehbinder i Urheberrecht und kulturelle Entwicklung s 190.

[392] Jfr Lögdberg, Auktorrätt och film s 129 och för tysk rätts del Loewenheim i UFITA 126/1994 s 112 ff.

[393] NJA 1981 s 313 (Två herrars tjänare).

som scenkulisser, tillsammans med annan scendekor och ljussättning m m kan åstadkomma.[394] Den allmänna uppfattningen vid sekelskiftet 1900 var att det i princip krävdes att scenbilden *avbildades* för att därigenom kunna skyddas i avbildningen.[395] Denna uppfattning har sedermera övergivits och idag anses scendekor/scenbilder i förekommande fall kunna skyddas i sig som alster av bildkonst, oavsett hur de kommer till materiellt uttryck.[396] Också här förefaller det allmänna kravet på den skapande insatsens omfattning successivt ha sänkts.[397]

Den traditionella inställningen till film- och teaterdekor har varit att de skall skiljas från det sceniska verket eller filmverket. Även om scendekoren bidrar till verkets konstnärliga helhet och därmed även bidrar till dess skyddsvärdighet anses den *in dubio* alltså inte falla under kategorierna *scenisk verk* (1 § 1 st 3 URL) eller *filmverk* (1 § 1 st 4 URL). I vad mån sådana företeelser skall ses som en skyddad del av själva *filmverket* eller av det *sceniska verket* är dock omdiskuterat. Den frågan får särskild betydelse vid tveksamhet om dekorens skyddsvärdighet i sig. Genom att erkänna medupphovsmannaskap till det slutgiltiga filmverket skulle i så fall arbetsprestationen ändå kunna rymmas inom det skyddade området. När det gäller ljussättning blir det i det närmaste nödvändigt att s a s hänga upp rättsskyddet på en annan av lagen uttryckligen accepterad kategori eftersom ljussättning i sig inte kunnat hänföras till någon traditionell verkskategori.[398]

I den digitala miljön skapas dekoren digitalt med ett slags CAD-teknik på samma medium som själva filmverket. Dekor och medium behöver därmed inte ha tillkommit skilda från varandra. Tekniken underlättar för en och samma upphovsman att skapa kulisser, rekvisita och digitala eller digitaliserade skådespelare. Att i en sådan miljö hänföra olika företeelser i

[394] Jfr Rehbinder i Urheberrecht und kulturelle Entwicklung s 190.

[395] Se Kohler, Kunstwerkrecht s 31 f; jfr Rehbinder i Urheberrecht und kulturelle Entwicklung s 191 f.

[396] Se Rehbinder i Urheberrecht und kulturelle Entwicklung s 206 f.

[397] Jfr *Lögdberg* som hävdade att det endast sällan torde inträffa att filmarkitektens egen skapande verksamhet i någon väsentligare grad kunde prägla filmens originella utformning (Auktorrätt och film s 130) med *Loewenheims* uttalande att "Szenbildner, Filmarchitekten und Kostümbildner erbringen bei der Herstellung von Filmwerken typischerweise unmittelbare Beiträge zur Herstellung des Filmwerks. Bei diesen Beiträgen handelt es sich typischerweise um persönliche geistige Schöpfungen. . ., also um urheberrechtlich schutzfähige Leistungen" (UFITA 126/1994 s 145).

[398] Jfr ang ljussättning i filmer Hertin i UFITA 118/1992 s 69 och Prümm i UFITA 118/1992 s 32 f där kameramannen har ansetts kunna bidra med skapande genom sin ljussättning av filmen.

filmverket till skilda kategorier kan inte fylla någon praktisk juridisk funktion.

3.5 Objekt för följdrätt[399]

Sedan 1996 tillerkänns bildkonstnärer i Sverige en särskild s k *följdrätt* eller *droit de suite*,[400] d v s en konstnärens rätt till ersättning vid kommersiell vidareförsäljning av konstverk (26 j § URL). Regleringen infördes huvudsakligen i enlighet med UUs slutbetänkande från 1990.[401] Anledningen till att reformen inte genomförts tidigare var främst att lagstiftaren ville invänta en eventuell europeisk harmonisering av följdrätten. När regleringen genomfördes skedde det emellertid trots att något konkret förslag om EG-reglering ännu inte kommit till uttryck. Följdrätt finns, förutom i en mängd andra länder, sedan några år i Danmark (§ 38 DURL) och har nyligen införts i Finland (26 i-m §§ FURL). Norge har inte någon följdrätt i egentlig mening, men norska konstnärer kompenseras på visst sätt genom en särskild statlig fond.

Följdrättens objekt har förorsakat stora avgränsningssvårigheter. Det gäller bl a avgränsningen mot kategorier som inte skall omfattas av följdrätten, såsom t ex brukskonst och arkitektur,[402] och frågan om gränsen mellan original och reproduktion. För nordisk rätts del är den av intresse främst vid gränsdragningen mot brukskonst.

Följdrätt har vid flera tillfällen övervägts av de nordiska lagstiftarna. Ersättningsformen togs upp redan 1925 i det norska lagförslaget till 1930 års *Lov om åndsverker*.[403] Någon följdrätt infördes inte då, men 1948 infördes i Norge en särskild lag enligt vilken en avgift på offentlig vidareförsäljning av konstverk skulle betalas till en hjälpfond för konstnärer (den s k *lex Ulrik Hendriksen*).[404] 1929 års svenska sakkunniga med uppgift att se över 1919 års konstnärslag avstod från att lägga fram något lagförslag, eftersom tillräckliga skäl för att införa en sådan rätt inte ansågs föreligga.

[399] Framställningen om följdrätt bygger här väsentligen på min artikel i Ånd og Rett s 773 ff.

[400] Det svenska ordet följdrätt är egentligen en felaktig översättning av tyskans *Folgerecht*. Ibland har därför istället ordet *följerätt* använts eftersom det är en rätt som *följer* konstverket inte, *till följd av* konstverket. Eftersom ordet *följdrätt* hittills varit den allmänt förekommande svenska benämningen på detta rättsinstitut används det här.

[401] SOU 1990:30 s 497 ff.

[402] Jfr Katzenberger, Das Folgerecht s 83 ff.

[403] Jfr Eberstein, Immateriellt rättsskydd s 20.

[404] NOU 1987:28 s 20; jfr Katzenberger, Das Folgerecht s 31.

Då ansågs rätten få betydelse endast i ett litet antal fall. Invecklade och kostsamma kontrollbestämmelser ansågs också nödvändiga för att systemet skulle bli effektivt. En värdestegring av det slag som motiverade rätten ansågs inte heller vara någon normal företeelse.[405]

I det danska betänkandet från 1955 med förslag till ny upphovsrättslag förordades dock en följdrätt,[406] men eftersom inget av de övriga nordiska länderna ville införa en sådan rätt genomfördes inte någon följdrättsordning. Istället inrättades en särskild fond (*Eckersberg-Thorvaldsenfonden*) som skulle ge understöd till äldre förtjänta och unga begåvade danska konstnärer.[407]

AK konstaterade att det inte ens från konstnärshåll hade visats något intresse för införande av en följdrätt. Från principiell synpunkt var det knappast möjligt att införa ett system som byggde på omsättningsprincipen. Däremot fanns det en viss grund för en följdrätt som var utformad som en andel av värdestegringen, eftersom den skulle kunna hänföras till konstnärens egen fortsatta produktion. Emellertid fanns det även andra faktorer som gjorde det svårt att avgöra vad värdestegringen egentligen grundade sig på. AK anförde som argument mot följdrätt att det fanns kontroll- och hanteringsproblem. En avgiftsbeläggning kunde dessutom hämma omsättningen, som medelbart skulle kunna bli till nackdel för konstnärerna.[408]

Efter 1960 års nordiska upphovsrättsreform har följdrätten behandlats inom de nordiska upphovsrättsutredningarna. I den danska utredningens betänkande om *Billedret*[409] föreslogs att den tidigare ordningen skulle förstärkas genom att en upphovsrättslig följdrätt infördes i den danska upphovsrättslagen. Utredningen grundade sitt förslag på att vidareförsäljningen av ett konstverk normalt innebar att verket fick en ny publik och att konstnären då rimligtvis borde få ersättning på samma sätt som en kompositör fick kompensation när hans verk framfördes.[410] Efter omfattande riksdagsbehandling kunde det danska folketinget 1989 anta ett med betänkandet i stora drag överensstämmande förslag.

Under 1987/88 års riksmöte väcktes i Sverige flera motioner om införande av följdrätt. Motionerna innehöll i huvudsak förslag om att en avgift skulle tas ut vid yrkesmässig andrahandsförsäljning. De influtna

[405] SOU 1929:37 s 69; jfr Ebersteins liknande argument från samma tid i Immateriellt rättsskydd s 23.
[406] Udkast s 84 ff.
[407] Se Betænkning 1063/86 s 93.
[408] SOU 1956:25 s 109 ff; jfr SOU 1990:30 s 499.
[409] Betænkning 1063/86.
[410] Op cit s 116.

medlen skulle placeras i en särskild fond.[411] UU föreslog i sitt slutbetänkande att en följdrättsordning skulle införas. Enligt utredningen borde rätten gälla endast offentlig vidareförsäljning på auktioner. Ersättningen borde utformas som en individuell rätt tillkommande konstnären eller hans arvingar. Viss del av medlen skulle dock kunna avsättas för kollektiva ändamål. Ersättningen skulle beräknas som en procentsats av försäljningspriset. För uppnående av *önskvärd effektivitet* skulle administrationen av de influtna medlen handhas av en av regeringen godkänd organisation.

I det Norska betänkandet om *Billedkunst* gjordes inte något förslag till införande av en följdrätt i upphovsrättslig mening.[412] Den norska fondordningen reviderades 1989 och är numera även tillämplig på förvärv som sker för offentlig visning och förvärv direkt från en konstnär, om det skapats som offentligt utsmyckningsuppdrag. Lagen gäller målning, skulptur, teckning och grafik. Avgiften utgår oberoende av skyddstid och av verkets ursprungsland. Stöd utgår årligen som ett fast bidrag från fonden till konstnärer eller deras efterlevande.[413] Vid offentlig omsättning av bildkonst skall köparen betala en särskild avgift på tre procent av bruttoförsäljningspriset. Regeln gäller för konst av såväl norska som utländska upphovsmän. Avgiften betalas till fonden. Medlen avsätts för äldre norska konstnärer och deras efterlevande och delvis även för unga begåvade konstnärer.[414] Eftersom avgifterna inte fördelas individuellt till de upphovsmän vilkas verk direkt utnyttjats, har den norska fondordningen inte någon egentlig upphovsrättslig form.

Följdrätt erkänns av BK (art 14ter), men den är där inte bindande för medlemsländerna.[415] Följdrätt har länge också funnits på sina håll utanför Norden. För lagstiftarnas ögon i de nordiska länder där följdrätt införts har inte minst legat en sedan länge förutskickad reglering av följdrätten i EU. En majoritet av de europeiska länderna erkänner följdrätt, men några länder (t ex England) saknar följdrättsreglering. Följdrättens materiella innehåll varierar även mellan de länder där den finns. Olikheterna mellan de europeiska ländernas reglering av följdrätt har enligt EG-kommissionen en negativ inverkan på förverkligandet av en inre gemensam europeisk marknad. Även om det länge varit tal om en harmonisering av följdrätten, är det först nyligen som ambitionerna tagit sig konkretare ut-

[411] Motion 1987/88:Kr222; SOU 1990:30 s 499.
[412] NOU 1988:22 s 21.
[413] SOU 1990:30 s 513 f.
[414] Se Sijthoff Stray s 158.
[415] Se Karnell i NIR 1977 s 316. Om den internationella följdrätten enligt BK se Katzenberger i UFITA 85/1979 s 47 ff.

tryck i ett direktivförslag.[416] Enligt förslaget skall följdrätt bli obligatorisk i alla medlemsländer.[417]

Det är i *fransk* och *belgisk* rätt som följdrätten fått sina tidigaste uttryck.[418] I Frankrike infördes följdrätten redan 1920 och i Belgien 1921. Den franska följdrätten infördes sedermera i 1957 års franska upphovsrättslag och återfinns nu i art L 122-8 i den franska *Code de la propriété intellectuelle*. Följdrätt infördes i tysk rätt 1965 (§ 26 UrhG).[419] Då skulle endast *en* procent av bruttoförsäljningspriset avsättas. 1972 höjdes ersättningen till fem procent. I Frankrike tillämpas en treprocentsats. Följdrätten hanteras i Tyskland av organisationen VG BILD/KUNST.[420] I Frankrike finns flera organisationer som administrerar följdrätten: ADAGP och SPADEM.[421]

Någon följdrätt finns inte reglerad i *angloamerikansk* federal rätt. Följdrätten har också haft vissa problem att inordna sig under *common law*-system, där den centrala rätten är just en *copyright* i egentlig mening, och därmed i sig själv skild från originalet.[422] Avsaknaden av federal lagstiftning medför dock inte något principiellt hinder för de enskilda delstaterna att själva lagstifta om följdrätt. Så har också skett i Kalifornien.[423]

Följdrättens upphovsrättsliga särställning tar sig inte minst uttryck i förfogandeobjektet. Utgångspunkten är att det skall vara fråga om ett alster av bildkonst eller konsthantverk som når verkshöjd, d v s vanliga skyddsförutsättningar skall gälla. Objektets avgränsning döljer vid närmare studium emellertid flera gränsdragningsproblem. Främst är det kanske rättens *de facto* fokusering inte på ett immateriellt verksuttryck utan på ett

[416] KOM(96) 97 slutlig - 96/085.

[417] Se om den europarättsliga utvecklingen på följdrättsområdet, Katzenberger i GRUR Int 1997 s 309 ff.

[418] Om följdrätt i fransk rätt se Duchemin i RIDA 19/1958 s 341 ff; dens i RIDA 62/1969 s 78. Se om den belgiska ordningen utförligt i Katzenberger, Das Folgerecht s 35 ff.

[419] Om följdrätt i tysk rätt se framförallt Katzenberger, Das Folgerecht s 64 ff.

[420] Ohly i Urhebervertragsrecht s 433.

[421] Se om de franska organisationerna Direction de l'administration générale, sous-direction des Affaires juridiques, La gestion des droits d'auteur et des droits voisins, Paris 1990, s 143 ff.

[422] Jfr Vickers i Boston College International and Comparative Law Review III/1980 s 436 och Warren i Pepperdine Law Review 9/1981 s 127 f.

[423] Se om den kaliforniska lagstiftningen Karlen i Copyright World 65/1996 s 23. Frågan om den kaliforniska lagstiftningens eventuella överensstämmelse med exemplarrättens konsumtionsregler enligt den federala amerikanska upphovsrättslagen har dock skapat en animerad debatt i amerikansk doktrin (se bl a Ashley i The Hastings Law Journal 29/1977 s 249 ff; Warren i Pepperdine Law Review 9/1981 s 127 ff; Sherman i 18 Copyright Law Symposium 1970 s 50 ff).

materiellt förfogandeobjekt och dess pris vid vidareförsäljning, som gör att objektet särskiljer sig från upphovsrättens föremål i övrigt.

I 26 j § 2 st URL anges ett *lägsta pris* under vilket följdrätt inte gäller. Om försäljningspriset inte överstiger en tjugondel av basbeloppet enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring, kan någon avgift inte tas ut. Enligt dansk rätt är minimibeloppet två tusen danska kronor. Beloppet bestäms enligt § 38 3 st DURL av kulturministeriet.[424] Ersättningen uteblir enligt tysk rätt när beloppet understiger hundra tyska mark. Också enligt förslaget till EG-direktiv skall ett visst minimibelopp avgränsa vad som skall omfattas av följdrätten. Beloppsgränsen skall vara högt tusen ecu, men medlemsstaterna får fastställa ett lägre belopp.

Enligt den svenska regeringen kunde man komma ifrån de eventuellt negativa konsekvenserna av att någon inskränkning till originalexemplar inte angavs i lagen genom att ställa krav på visst minimipris vid försäljning.[425] Liknande resonemang har också förts både i svenska och danska motiv när det gäller gränsdragningen på fotografiområdet. Det kan vara värt att särskilt uppmärksamma hur lagstiftaren valt att reducera betydelsen av ett objektsavgränsningsproblem genom att sätta ett visst minimipris för följdrätt.

Någon avgränsning för fotografier finns varken i den svenska eller danska lagen. I finländsk rätt är fotografiska verk (och därmed även fotografiska bilder) uttryckligen undantagna från följdrätt. UU konstaterade att fotografier vanligen lämnades utanför följdrättens område i många utländska lagstiftningar. Anledningen därtill tycktes vara att man ansåg att det inte fanns något vedertaget och användbart sätt att avgöra om och när ett originalfotografi förelåg. Enligt UU fanns det inte någon anledning att inte anse att alla av fotografen godkända kopior var original. Fotografen borde därför i princip behandlas på samma sätt som andra bildkonstnärer. Från praktisk synpunkt kunde problemet minimeras om man införde ett lämpligt avvägt minimipris, vilket skulle innebära att det övervägande antalet fotografier kom att falla utanför ersättningsordningen.[426] I Sverige omfattas också fotografiska bilder enligt 49 a § URL av följdrätten, eftersom där hänvisas till 26 j § URL.[427] Kravet på visst för-

[424] Se Bet 1063/1986 s 118; jfr Ophavsretsloven s 354.
[425] Prop 1994/95:151 s 20.
[426] SOU 1990:30 s 531.
[427] Jfr motsvarande lagrum i § 70 3 st DURL där någon hänvisning till § 38 inte görs.

säljningspris vid vidareförsäljningen torde emellertid även här medföra att fotografiska bilder sällan kommer att omfattas av följdrätten.[428]

Frågan om fotografiska bilder skulle omfattas av följdrätt övervägdes i Danmark i samband med fotorättens integration i upphovsrätten. Även om företrädare för bildupphovsmän ansåg att fotografier borde höra till följdrättens område, eftersom det förekom att fotografiska verk såldes på konstauktioner, ansåg de att några avgränsningsproblem mellan fotografiska verk och bilder inte så lätt kunde uppstå, p g a att minimiförsäljningspriset för alster som skulle omfattas av följdrätt var begränsat. Det danska kulturministeriet höll visserligen med om de framförda synpunkterna, men fann det riktigast att låta den valda ordningen fungera oförändrad i praxis några år innan nya verkskategorier infördes på området.

Enligt förslaget till EG-direktiv skall även fotografier omfattas av följdrätten under förutsättning att de, i enlighet med övriga av följdrätten omfattade företeelser, är gjorda av konstnären och ansedda som originalkonstverk.

Inga särskilda överväganden med hänsyn till konstverk som skapats med *digital* teknik eller andra nya uttrycksformer såsom *videokonst* eller *konceptkonst* har gjorts av lagstiftaren vare sig i Sverige eller i övriga Norden. Det är tydligt att det är bildkonst i traditionell mening som lagstiftarna haft för ögonen. När det gäller digitalt skapad konst ställs gränsdragningsfrågan mellan original och reproduktion ytterligare på sin spets, eftersom alla digitala exemplar av verket kan ha samma form och kvalitet.

Naturligtvis kan också i digital form uttryckta konstverk omsättas genom vidareförsäljning i handeln. Redan idag sprids konst digitalt via nätverk. Överlåtelse enbart av t ex en CD-ROM med ett digitalt konstinnehåll bör ändå inte omfattas av följdrätten. Stöd för att konstverk i digital form inte är tänkta att omfattas av följdrätten finns i den av lagstiftaren valda begränsningen till *konstverk,* varmed bör avses en *materiellt uttryckt iakttagbar* form.

Ett annat problem som tangerar originalproblemet och som även kan väckas av de ovan berörda frågorna om digitalteknikens inverkan på följdrätten är att dra gränsen mellan konstverk och bearbetning. Så länge ett alster framställts av upphovsmannen, bör det anses vara ett original även om det är en ren replik av ett tidigare skapat verk.[429] Skisser har alltid ansetts omfattade av följdrätt. Tidigare skisser hindrar inte heller att

[428] Det kan på goda grunder ifrågasättas om hänvisningen i 49 a § URL till 26 j § URL, vilken medför att också fotografiska bilder omfattas av följdrätten, inte är en ren lapsus från lagstiftarens sida.

[429] Jfr SOU 1990:30 s 530; jfr härtill Samson i GRUR 1970 s 450 f.

det slutgiltiga verksexemplaret kan vara original.[430] Om någon annan än konstnären bearbetar verket borde både ursprungskonstnären och bearbetaren ha rätt till ersättning enligt huvudregeln i 4 § 1 st URL. Detta kan dock få besynnerliga konsekvenser, om den bearbetning som ger alstret ett högt värde inte i sig är konstnärlig.[431]

UU konstaterade att valet av kriterium för originalbegreppet inte endast var ett juridisk-tekniskt problem. Det gav också konstpolitiska konsekvenser. Om man ställde stränga krav på originalbegreppet kunde det få till följd att man behandlade konstnärer olika i ekonomiskt avseende bara för att de valde olika exklusiva uttrycksformer.[432] Allmänna krav på verkshöjd skulle därför gälla för att avgränsa vad som kan omfattas av följdrätten. Man kan ändå ifrågasätta om de nordiska lagstiftarna riktigt övervägt vilka konsekvenser som bortseendet från originalkravet medför i praktiken. På många områden finns betydande eftermarknader för föremål som *de facto* är konstverk samtidigt som de har eller har haft andra mer praktiska syften. Frimärken, telefonkort, mynt och sedlar är några exempel. Sådant kan knappast kategoriseras som bruksföremål i lagens mening. Däremot är de konstverk om skyddskraven i övrigt är uppfyllda, eftersom de utgör i materiell form uttryckta alster av bildkonst.[433] En annan gränstrakt som uppmärksammats i tysk rätt är handilluminerade böcker.[434]

Även om lagen inte uppställer särskilda krav på alster som kan bli föremål för följdrätt än andra av upphovsrätt skyddade uttryck, är det uppenbart att bestämningen av följdrättens föremål blir styrd av de konstnärliga alster som *de facto* vidaresäljs såsom *konst*. Trots att avtalsföremålen i konsthandeln vanligen är upphovsrättsligt skyddade verk, blir frågan vad som skall utgöra ett konstverk vid följdrätt kanske mer en fråga om sedvänja inom konsthandeln än en upphovsrättslig verkshöjdsfråga.[435] Ett alster som blir föremål för utnyttjande enligt 2 § URL kan tänkas falla utanför det skyddade området, eftersom det i en intrångsprocess skulle kunna anses sakna verkshöjd, men väl kunna bringa följdrättsersättning

[430] SOU 1990:30 s 530.

[431] Om t ex ett frimärke blir värdefullt på grund av ett feltryck, måste det bli konstnären som skapat frimärkets motiv, men inte den som gjorde feltrycket, som får del i värdestegringen.

[432] SOU 1990:30 s 531.

[433] Att medaljkonst kunde omfattas av upphovsrättens bildkonstbegrepp uttrycktes redan i 1914 års betänkande (s 151). Enligt Lund gällde skyddet för medaljkonst till skillnad från mynt (Billedkunsten s 76). Angående omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet för sedlar se det danska avgörandet U 1993 s 183 (Ø) (100 kr. sedler).

[434] Se Katzenberger, Das Folgerecht s 89 ff och 109 ff.

[435] Jfr Samson i GRUR 1970 s 450.

eftersom det är ett konstverk till försäljning. Vad gällde gränsdragningen på fotorättens område konstaterade UU träffande att det ytterst var marknaden som avgjorde vilka fotografier som hade tillräckligt konstnärligt värde för att omsättas.[436] Kravet på visst minimipris har lagstiftaren också uttryckligen accepterat som en måttstock – eller i vart fall en presumtion – för vad som skall vara originalkonst eller för vad som skall anses vara tillräckligt originellt. När det gäller följdrätt är verksobjektet således väsentligen *funktionellt* avgränsat. Följdrättens objekt blir det som säljs som konst.

3.6 Verk i rörelse

Ett flertal verkskategorier förutsätter framförande och därmed en tidsdimension för att kunna upplevas. De är *verk i rörelse*. Sådana kan ta sig skilda uttryck, men hit hör inte alster av bildkonst. Det följer av *samtidighetsprincipen* som ju förutsätter att verket skall kunna upplevas i sin helhet samtidigt (jfr ovan). Det finns emellertid undantag. Till verk i rörelse som mer direkt träffar bildrättsområdet hör *mobila* konstverk av varierande slag. Audiovisuella verk kan också ha medelbar betydelse för undersökningen. Även om de normalt inte är alster av bildkonst i sig, kan audiovisuella verk återge bildverk eller bearbetas till sådana i förekommande fall.

3.6.1 Kinetisk konst

S k *op-konst* (d v s optisk konst) och *kinetisk* konst kan sägas vara två ytterligheter på en skala av rörlig bildkonst. Medan op-konst är stillbilder som skall ge illusion av rörelse, d v s är skenbart rörliga, så är kinetisk konst rörlig i sig. Mellan dessa poler finns en rad mellanformer. Op-konst kan delas in i sådana bilder som ger rörelseeffekter genom användning av t ex *moiréemönster* eller vissa färger såsom varit vanligt förekommande hos t ex *Vasarely* och sådana bilder som kräver att åskådaren rör sig för att kunna uppfatta hela bilden, såsom t ex hos *Soto* eller *Eric H Olssons* skulpturer av polariserande och dubbelbrytande glas. I den kinetiska konsten kan skiljas mellan verk som rör sig genom

[436] SOU 1990:30 s 530.

användning av en yttre kraftkälla, t ex en motor såsom i *Tinguelys* och *Ultvedts* mobiler och sådana som rör sig av sig själva utan att vara maskindrivna (t ex *Calders* mobiler). En viktig skillnad mellan dessa båda former av kinetisk konst är att rörelsen vanligen blir helt förutsedd i det förra fallet men i högre grad beroende av slumpen i det senare. Många konstobjekt är också skapade så att åskådaren kan se vad som sker om han vidrör verket på visst sätt men att det inte är ämnat att han skall göra det. Andra konstnärer använder ljus och ljud eller rörelse av annat slag i sin konst. Också organiskt liv av skilda slag kan användas för att skapa rörelse i konsten såsom *Haackes kycklingkläckningsmaskin* och *Kienholz'* skulpturer med simmande guldfiskar i. Här blir gränsen flytande mot aktionskonst och happenings där konstnärerna själva agerar såsom i *Beuys' Förklaring av konsten för en död hare* eller *Gilbert & George* som utnämnde sig själva till skulpturer.

Medan den rent kinetiska konsten i princip har sina rötter i dadaismen, bör op-konst ses mer som en utveckling av den s k *futurismen*. Redan 1920 gjorde *Duchamp* de första mekaniska konstobjekten i modern tid, de s k *Rotary glass plaques*. Samma år gjorde dadaisten och surrealisten *Man Ray* en liten av vinden driven pappersmobil som han kallade *Abat-jour* och en skulptur av klädgalgar som i sin hängande balanskonst i stor utsträckning föregrep de självbalanserande mobiler som *Calder* utvecklade under början av 1930-talet.

En mycket medveten kombination av kinetisk och optisk konst framställdes av *Duchamp* 1924-25. Hans s k *Rotary demispheres* bestod av en halv glassfär som bemålats med excentriska cirklar. Globen var anbragt på en skiva som var monterad på ett metallstativ och försedd med en motor som kunde få sfären att rotera. När den roterade såg cirklarna ut att alstra en spiral som skruvade sig ut i rummet mot betraktaren.[437]

Upphovsrätt är inte utesluten av att skyddsobjektet har rörliga delar.[438] Därför kan en rad olika konstnärliga företeelser med mer eller mindre fasta former skyddas, såsom mobiler, installationer, videokonst m m. Frågan om den upphovsrättsliga skyddsvärdigheten av mobila konstverk i trängre mening (s k mobiler) är kanske ändå mer av teoretiskt än praktiskt intresse.

Eftersom mobila konstverk är avsedda att röra sig, måste till verkens form hänföras även *rörelsen*. Det övervägande flertalet mobiler är avsedda att röra sig endast inom ett begränsat område. Alstren har därmed inte

[437] Se Linde, Duchamp s 165 ff.
[438] Koktvedgaard/Levin s 79.

bara en direkt synbar form, utan också en hypotetisk form. Om det framgår hur verket är tänkt att kunna röra sig, bör det inte spela någon direkt roll om det faktiskt är i rörelse och alla tänkbara formvariationer kan studeras. Så länge den individuella formgivningen kan uppfattas med tillfredsställande säkerhet, finns möjlighet att avgränsa ett skyddsobjekt.[439]

När det däremot är oklart hur verket tar sig ut i rörligt skick eller när rörelsen inte kan förutses blir den upphovsrättsliga bedömningen svårare. Visserligen behöver verket inte vara beständigt för att skyddas,[440] men förgängligheten försvårar bedömningen. Till skillnad från vad som torde gälla när rörelsemönstret är begränsat, finns då en möjlighet att alstret i vissa skepnader uppfyller de upphovsrättsliga kraven, medan andra utesluter det från skydd.

Ett exempel är *Tinguelys* klassiska självdestruerande skulptur som byggdes på en allmän plats utomhus i New York och som under några timmar sågade, slog och brände sönder sig själv.[441] Konstverkets ursprungliga yttre former existerade endast för en kort tid i originalutförande, men har – liksom förstörelseprocessen – utförligt dokumenterats genom fotografi och i film.

3.6.2 Audiovisuellt verk

Audiovisuella verk är en huvudtyp av verk som beststår av bilder i kombination med ljud. Riktigt hur gränsdragningarna skall göras mot andra verkskategorier eller verkstyper står inte klart. Till skillnad från många andra länders upphovsrättslagar anges i de nordiska länderna audiovisuella verk inte som någon egen verkskategori.

Enligt Section 101 i den amerikanska Copyright Act är audiovisuella verk *works that consist of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied.* I den franska upphovsrättslagens art L 112-2 (6) talas om *œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles.* Enligt WIPOS modellag skall med audiovisuellt verk förstås *a work consisting of a series of related images and accompanying sounds, if any, which are intended to be shown by appropriate devices.*

[439] Ibidem.
[440] Jfr Blomqvist i NIR 1984 s 164.
[441] Se Hultén, Méta s 130 ff.

Det som kommit att betecknas som audiovisuella verk i upphovsrättslig mening är något annat än vad själva ordet indikerar. Det ligger visserligen nära till hands att förstå ett audiovisuellt verk som ett verk som måste upplevas med såväl ögon som öron,[442] men ett audiovisuellt verk behöver *inte* innehålla *ljud*. Vissa verk som upplevs både med ögon och öron faller ändå utanför området för audiovisuella verk. Opera och teater m m är inte audiovisuella verk. Inte heller torde en konstinstallation där en bild beledsagas av ljud vara audiovisuell i upphovsrättslig mening. Det är däremot film-, videogram- och TV-verk. Det som får relevans här är främst *tekniken*. För att vara ett audiovisuellt verk, skall det vara ämnat att förmedlas med något slags tekniskt hjälpmedel, vilket innebär att en opera eller en teaterpjäs kan bli ett audiovisuellt verk genom att filmas.

Som en följd av EGs direktiv om närstående rättigheter[443] talas numera i 45 § URL också om *rörliga bilder*.[444] Området för rörliga bilder är snävare än det för *audiovisuella verk*. Det motsvaras närmast av vad som i tysk rätt kallas *Laufbilder*, varmed förstås *Bildfolgen und Bild- und Tonfolgen, die nicht als Filmwerke geschützt sind* (§ 95 UrhG),[445] eller vad som i den amerikanska upphovsrätten kallas *motion pictures* och som är en underkategori av audiovisuella verk. *Motion pictures* innefattar alla typer av verk som innehåller en illusion av rörelse, till vilka räknas traditionella filmverk, inspelade TV-program, inspelade videofilmer av alla slag, och datorinspelningar med simulerade rörelser.

Något krav på att bilderna i sig skall vara rörliga bör inte ställas för att ett alster skall vara ett audiovisuellt verk. Till de mer konkreta formerna av audiovisuella verk hör därför s k *ljudbildband*.[446] De har större principiell betydelse för undersökningen än andra audiovisuella verk såsom film och videogram, eftersom de i sig består av *stillbilder*, d v s alster av bildkonst som alltså *inte* skall ge illusion av rörelse. För att utgöra ett audiovisuellt verk skall sekvensen väsentligen vara förutbestämd. Men den behöver inte vara helt förutbestämd för alla utnyttjanden. Sådana företeelser där sekvensen är varierbar inom vissa ramar, som TV- eller spelprogram, har t ex ansetts utgöra audiovisuella verk (se nedan 3.6.2.5).

[442] Enligt Karnell skulle audiovisuella verk kunna fylla en funktion som en samlingsbeteckning för filmverk och TV-verk som hade en livesändning som grund. Emellertid skulle termen inte vara rättvisande för de fall bilden inte beledsagades av ljud (Programinnehållet i TV s 255).
[443] Rådets direktiv av 19 november 1992 (92/100/EEG).
[444] SFS 1995:1273.
[445] Se om gränsdragningen mellan Laufbilder och filmverk i tysk rätt Straßer, Die Abgrenzung der Laufbilder vom Filmwerk.
[446] Jfr Lahore i Congrès du Premier siècle du cinéma s 60 och 77.

3.6.2.1 Film

Några decennier efter fototeknikens upptäckt utvecklades möjligheterna att ordna sekvenser av fotografiska bilder till film. Erkännandet av upphovsrättsligt skydd för film innebar på sätt och vis också en upphovsrättslig revolution. Beslutet föregicks av en omfattande diskussion om filmverkets rättsliga karaktär.

Filmverk anges i lagen som en egen verkskategori (1 § 1 st 4 URL). Till skillnad från vad som gäller på sina håll utomlands finns det i nordisk upphovsrättslagstiftning inte någon definition av begreppet filmverk. Det traditionella filmbegreppet (kinematografi) definierades i 1914 års motiv som att av en handling eller en tilldragelse med mycket korta mellanrum togs negativa fotografier, av vilka framställdes en serie positiva kopior som upptogs på ett långt celluloidband (den s k filmen) som i samma hastighet projicerades starkt förstorad så att åskådarens ögon kunde sammanställa bilderna till en kontinuerlig rörlig bild.[447]

BKs ursprungstext innehöll inga regler om filmverk. I den reviderade konventionstexten från 1908 intogs dock regler om skydd för filmverk. Eftersom de svenska upphovsrättslagarna från tiden före 1919 inte gav skydd för filmverk kunde Sverige inte anta den reviderade BK.[448] Konventionens krav på filmskydd motiverade därför en relativt utförlig genomgång av filmverkens skyddsförutsättningar i 1914 års motiv. Skydd för filmverk ansågs huvudsakligen komma ifråga när de i bildserien innehållna momenten innefattade en dramatisk handling. Endast *litterära* egenskaper hos verket kunde skyddas. Fotorättsligt skydd skulle ges för de separata bilderna. Skyddsförutsättningarna för filmverk skulle i princip vara desamma som för andra litterära verk, men återgivningar av gatuscener, resebilder, sporttävlingar, naturscenerier m m ansågs inte grunda ett litterärt skydd för filmverket. Sådana ansågs sakna skapande auktorsverksamhet.[449] Det uppställdes alltså ett med nutida mått mycket strängt skyddskrav.

Enligt nu gällande rätt presumeras filmverk vara att betrakta som konstnärliga verk. Det gäller oberoende av filmens innehåll. Därmed presumeras film vara konstnärlig även om den huvudsakligen återger text.

[447] 1914 års betänkande s 72.
[448] Se Lögdberg, Auktorrätt och film s 18.
[449] 1914 års betänkande s 73 f; jfr Lögdberg, Auktorrätt och film s 19.

Presumtionen har förmånen av att vara lätthanterlig, men skapar tillämpningsproblem om presumtionen undantagsvis bör brytas.

Enligt AK avsåg termen filmverk i första hand ett resultat av inspelningsverksamheten som var så beskaffat att ett verk kunde anses föreligga. AK konstaterade vidare att naturscenerier på film i princip inte kunde anses som verk,[450] men att utvecklingen av filmens uttrycksformer hade gjort saken mer komplicerad än så. Även om vissa icke-dramatiska filmer otvivelaktigt kunde skyddas, torde enligt AK en del upptagningar för pedagogiskt bruk och de flesta journalfilmer inte nå skyddsgränsen. I fråga om de beskrivande icke-konstnärliga formerna låg ett krav på en självständig skapande insats, som från det skyddade området avskilde enklare produkter såsom ett blott registrerande i bild och ljud av ett händelseförlopp.[451]

Depch anförde i propositionen till URL att såsom filmverk kunde räknas inte bara dramatiska filmer, utan även andra filmer, såsom kortfilmer, reportage- och journalfilmer o dyl. Han kommenterade AKs mening att en del icke-dramatiska filmer av beskrivande karaktär var att hänföra till de litterära verken. Även om skäl kunde anföras för denna ståndpunkt fann depch – i anslutning till vad som allmänt var godtaget inom Bernunionen – naturligare att anse filmverk generellt tillhöra det *konstnärliga* området i vidsträckt mening. Med hänsyn härtill torde det enligt depch inte vara erforderligt att särskilt ange att även beskrivande filmer var skyddade. Det borde enligt depch också framhållas att frågan om ett verk skyddades som litterärt eller konstnärligt alster saknade betydelse såvitt angick de grundläggande reglerna, som var gemensamma för alla slags verk. Däremot var frågan praktiskt viktig vid tillämpning av vissa specialregler som endast gällde litterära verk.[452]

En film är regelmässigt resultat av ett flertal medupphovsmäns insatser, vilkas delaktighet i större eller mindre grad bidrar till tillkomsten av det slutgiltiga filmverket.[453] Kameramannen intar därvid en säregen mellanställning eftersom hans insatser kan skyddas både som filmverk med hänsyn till bildsekvensen och som fotografi i vad avser de separata filmbilderna.[454] I det senare fallet är hans insatser intressanta från bildrättssynpunkt. Medan en tidigare inställning till kameramannens konstnärliga skaparinsatser var att de endast undantagsvis kunde anses skyddsvärda som filmverk,[455] torde den allmänna uppfattningen idag vara att sådana

[450] Jfr 1914 års betänkande s 73.
[451] SOU 1956:25 s 75.
[452] Prop 1960:17 s 48 f.
[453] Se Godenhielm i JFT 1966 s 370 ff.
[454] Jfr Lögdberg, Auktorrätt och film s 126 f.
[455] Se op cit s 127; jfr Hertin i UFITA 118/1992 s 61.

prestationer ofta kan komma ifråga för skydd.[456] En väsentlig del av filmarbetet sker också genom redigering av den inspelade filmen. Ett sådant montagearbete, som ur upphovsrättsligt skapandeperspektiv i stora drag kan jämföras med mörkrumsarbetarens insatser vid tillkomsten av fotografi, utförs ofta som ett samarbete mellan regissören och en särskild klippare.[457] Även om regissören ofta kan anses som filmens främste upphovsman, tar han i stor utsträckning hjälp av sina medarbetares tekniska och konstnärliga kunskaper.[458]

3.6.2.2 Tecknad och datoranimerad film

Det som skiljer vanlig film från den tecknade eller animerade filmen är främst framställningstekniken. Medan vanlig film bygger på ett fotografiskt eller därmed jämförbart förfarande och återger verkligheten, bygger den tecknade filmen på mer eller mindre traditionellt konstnärligt bildskapande. En tecknad film från *Walt Disney* kan bestå av över en miljon teckningar. Till filmen kan ha gjorts mer än tusen bakgrunder och flera hundra tusen filmrutor. Bilderna har traditionellt varit handtecknade. Tidigare användes genomskinliga celluloidark med bakgrundsmålningar, på vilka figurerna överfördes för hand. Senare förfinades tekniken medelst fotostatkopiering. Ett avsnitt av en tecknad film som spelas upp på två minuter kan ta flera animatörer år att skapa och i en tecknad film från *Walt Disney* kan flera hundra konstnärer, animatörer och tekniker vara inblandade.

Lögdberg konstaterade i sin monografi om *Auktorrätt och film* att de teckningar som låg till grund för en tecknad film i och för sig kunde erhålla skydd enligt konstnärslagen. Ofta var det emellertid blott en eller ett par av ett stort antal vid filmens tillkomst verksamma tecknare som utförde det egentliga skapandearbetet och som stundom till och med kunde fungera som regissörer. Andras uppgifter var huvudsakligen av reproducerande karaktär. Det kunde knappast göras gällande att de som presterade en individuellt skapande verksamhet kunde anses bidra till sådana moment i filmverket till vilka de författarrättsliga reglerna anknöt, om de endast satte prägel på t ex vissa i filmen använda figurer eller enstaka bilder men inte på den egentliga dramatiska utformningen av filmens hand-

[456] Jfr Hertin i UFITA 118/1992 s 73 och Prümm i UFITA 118/1992 s 54.
[457] Se Lögdberg, Auktorrätt och film s 124 f.
[458] Jfr angående samarbete mellan kameraman och regissör Prümm i UFITA 118/1992 s 38 ff.

ling.[459] *Lögdberg* hävdade dock att tecknarens roll, trots sin begränsning, i regel var av större betydelse än kameramannens i den mån kameramannens verksamhet bestod i att ta bilder efter regissörens anvisningar.[460]

3.6.2.3 Video

Videogramtekniken har utvecklats under de senaste trettio åren till att bli en i vissa hänseenden egen medieform. I stort kan den ändå betraktas som en vidareutveckling av filmtekniken till att kunna framföras i en TV-monitor. Film och video som tidigare var lätt åtskiljbara både med hänsyn till tillkomstsätt och projektionsteknik har allt mer kommit att flyta samman. Några särskiljande egenskaper finns dock i videogramtekniken. Videograminnehållet kan lagras på ett återanvändbart medium. Kamerautrustningen är liten och lätthanterlig och verket kan visas direkt på en TV-skärm. Videoutrustning kan kopplas samman med bilddatabaser. Befintliga bilder kan skapas och bearbetas med digital teknik och dessa bilder kan slutligen animeras och lagras på videogram. Vad som i övrigt återstår av särskiljande karaktäristika mellan traditionell filmteknik och vieogramteknik förefaller mer ligga i skilda förhållningssätt till tekniken och hur den skall användas.

Videogramteknikens särskilda egenskaper har medfört att det utvecklats en specifik konstart – videokonst, som under senare år kommit att inta ställningen av vedertagen konstform. Naturligtvis har filmmediet alltid kunnat användas för att skapa rent bildkonstnärliga kinetiska alster. I ett sådant perspektiv får också videokonsten rötter i dadaismen. Redan 1925 gjorde *Duchamp* en av världens första abstrakta filmer genom att filma sina *Rotary demispheres* (jfr ovan) i rörelse. Syftet med videokonsten idag är främst att utnyttja videogramteknikens särskilda egenskaper, d v s att skapa konstnärliga uttryck med videogramteknik, vilka i princip inte kan återges på annat sätt. En särskild egenhet hos videokonsten är relationerna mellan objekt, medium och åskådare, vilka ger stor variationsvidd i videokonstens uttrycksmöjligheter. I mer traditionell filmkonst används tekniken för att förmedla ett audiovisuellt budskap. I denna form har videokonsten fått stor ekonomisk betydelse i marknadsföring av musik i s k *rockvideo*. I vissa fall utgör själva monitorn, kanske tillsammans med andra objekt, en väsentlig del av konstverket, varvid betydelsen av

[459] Lögdberg, Auktorrätt och film s 128 f.
[460] Op cit s 129.

det audiovisuella alster som framförs på monitorn träder tillbaka. Ibland är videoinnehållet tänkt att ge överraskande effekter, t ex genom att monitorn hålls dold. På senare tid har kunnat iakttas ytterligare upplösningstendenser mellan film och video i och med att även videogram kan projiceras från en projektor, vilket också kommit att utnyttjas flitigt såväl inom videokonsten som vid annat framförande av videografiska verk.

Att rätt kunna kategorisera videoalstren är av betydelse inte bara för att få klarhet i vilka regler som gäller för videogram utan även för upphovrättslagstiftningens terminologi.[461] UU anmärkte att med *videogram* kunde förstås både det materiella *underlaget* och *programinnehållet*.[462] För att åstadkomma en entydig distinktion mellan underlag och innehåll förordades därför att den av *Karnell* föreslagna skillnaden mellan *videogram* och *videograminnehåll* skulle upprätthållas, där *videogram* avsåg det materiella underlag på vilket *videograminnehållet* lagrades.[463] Utredningen definierade ordet *videokopia* som återgivande av ett förut existerande verk. Ett *videografiskt verk* skulle vara ett verk som tillkommit särskilt för fixering på ett videogram.[464] Det betyder att videokonst skall vara ett videografiskt verk enligt UUs terminologi. På motsvarande sätt görs nedan åtskillnad mellan videografiskt verk och videogram.

För åskådaren är det oftast omöjligt att avgöra om verket är lagrat på en film eller på videogram. Det är numera vanligt vid filminspelningar att de görs med videogramteknik. I motiv och doktrin har därför uttryckts en *presumtionsregel* enligt vilken filmverk skall omfatta videografiska verk.[465] Motiven för presumtionsregeln och dess gränser har presenterats av UU. Först och främst fastslogs att ett *filmverk* förelåg oavsett om själva innehållet hade formen av bilder på en filmremsa eller fanns lagrat i digital form.[466] Det ansågs naturligt att det som återgavs i ett videogram lika gärna kunde återges genom film. Frågan om åtskillnad mellan videogram och filmverk var utan betydelse från upphovsrättslig synpunkt. Utredningen konstaterade också att begreppet *videogram* i vanligt språkbruk användes på sådana elektroniska inspelningar som förmedlade rörliga bilder, d v s vad som under de givna förutsättningarna var att anse som filmverk. Utredningen ansåg därför slutligen att ett videografiskt verk

[461] Jfr SOU 1983:65 s 156 och NOU 1983:35 s 52.
[462] SOU 1983:65 s 155.
[463] Op cit s 156; jfr Karnell i NIR 1982 s 278 och dens Programinnehållet i TV s 22 och 33.
[464] SOU 1983:65 s 155.
[465] Se op cit s 157; jfr Schmidt, Teknologi og immaterialret s 80.
[466] SOU 1983:65 s 156.

som nådde verkshöjd var ett filmverk i lagens mening.[467] Den norska utredningen hänvisade till den svenska lagen (1978:487) om pliktexemplar enligt vilken videogram endast omfattar *rörliga bilder*. Verkstillhörigheten för videografiskt verk som inte kunde anses som filmverk, fick då bero på dess innehåll. Det kunde vara fråga om litterära eller vetenskapliga verk, om musikaliska verk eller om konstnärliga verk, eventuellt också en kombination av flera former av verk eller samlingsverk.[468] En presumtion är viktig främst på grund av att videografiskt verk eller videogram inte är egna verkskategorier.

Det videografiska verket intar alltså, med hänsyn till den faktiska upplevelsen hos betraktaren, regelmässigt ett med filmverk identiskt uttryck, men det kan inte direkt tas för givet att videografiska verk i alla sammanhang är jämförliga med filmverk. Den digitala bildbearbetningstekniken gör det möjligt att skapa fiktioner på ett sätt som knappast kan åstadkommas med hjälp av traditionell filmkonst. Någon slutgiltig och uttömmande lösning av frågan om det videografiska verkets kategorisering verkar därför svår att finna.[469] Även om presumtionsregeln säger att ett videograminnehåll som når verkshöjd bör vara ett filmverk i URLs mening, kan det antas att presumtionen kan brytas. Så bör kunna ske när det inte är fråga om rörliga bilder, t ex videogram som förmedlar serier av stillbilder eller som är underlag för arkivering av skriftligt material.[470] I och med den tekniska utveckling som skett av videogramtekniken har den traditionella filmtekniken och videogramtekniken sammanförts i en digital miljö,[471] där verksinnehåll av skilda slag kan såväl utgöra som återge alster av bildkonst. I slutet måste bedömningen göras från fall till fall med avseende på vilket själva verksinnehållet är.[472]

[467] Op cit s 157; jfr Bet 1000/1984 s 18 och NOU 1983:35 s 53.
[468] NOU 1983:35 s 53; jfr Bet 1000/1984 s 18.
[469] Karnell, Programinnehållet i TV s 268 f.
[470] SOU 1983:65 s 157.
[471] Jfr Schwarz i Urheberrecht und digitale Technologie s 108 ff.
[472] SOU 1983:65 s 161; Karnell i NIR 1982 s 282 och i NIR 1984 s 268.

3.6.2.4 TV

Någon särskild verkskategori för TV finns inte heller i URL. Lagstiftaren har helt enkelt ansett att TV-program bör kunna inordnas under andra redan existerande kategorier.[473]

I förarbetena till 1960 års nordiska upphovsrättslagstiftning skymtar inte desto mindre på skilda håll propåer om införande av radiosändningar och TV-verk som självständiga kategorier. I Norge propagerade t ex *Norsk Filmforbunds regi- og forfattergruppe* för att *televisjonsverk* skulle införas i lagen som en självständig kategori. Departementet ansåg emellertid detta inte nödvändigt, eftersom TV-verk alltefter omständigheterna kunde anses vara t ex skrift, föredrag, sceniskt verk, filmverk m m. *Televisjonsverk* kunde enligt allmänt språkbruk närmast uppfattas som beteckning för hela det program som visades, varför det var möjligt att ordet i lagens katalog av skyddade företeelser felaktigt skulle leda tanken från upphovsmän av skilda slag till TV-företaget.[474]

Den televiserade teatern skulle enligt AK vara hänförlig till kategorin filmverk.[475] Försåvitt programinnehållet inte var rent konstnärligt, innebar den tidigare upphovsrättslagstiftningens enumerativa verksavgränsningsteknik att skydd för TV-program kunde ges endast om det utgjorde *kinematografiskt verk* eller verk som var avsett att återges genom ett med kinematografi likartat förfarande eller om det sända medieinnehållet eljest innehöll skyddade uttryck i form av muntligt föredrag, musik, mim eller skrift, teckning eller verk av bildande konst. Detta tolkningsproblem hade betydelse för regissörers, programproducenters, kameramäns, mixares, ljus- och ljudsättares insatser i annat programinnehåll än sådant som kunde klassificeras som kinematografiska verk. Den exemplifierande lagstiftningstekniken i 1960 års URL har delvis eliminerat problemen för TV-verk som bygger på litterära eller musikaliska skaparinsatser,[476] men i fråga om sändning av bildinnehåll har 1960-års lag inte medfört någon ändring.

Stor möda har i doktrinen också lagts ned på att karaktärisera TV-programmets upphovsrättsliga former. *Karnell* inringade TV-verket genom att utgå ifrån film. Han definierade TV-verks programinnehåll i liveframförande som konstnärligt verk, men påpekade samtidigt att be-

[473] Jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 251 ff och SOU 1956:25 s 72 angående TV-teater.
[474] Se Ot prop nr 26 1959-60 s 14; jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 253.
[475] SOU 1956:25 s 72.
[476] Karnell, Programinnehållet i TV s 41.

teckningen TV-verk eljest brukade användas för verk som skapats för TV, för att skilja en krets av upphovsmän från en annan.[477]

Det till verklighetssituationer relaterade TV-programmet kan bestå av en rad olika skyddade eller oskyddade företeelser som når mottagaren förpackade i TV-programmets form. Annat kan knappast konstateras än att TV-program och dess verksinnehåll är heterogena till sin karaktär. De kan såväl bära som i sig vara medieinnehåll hänförliga till skilda kategorier.[478] TV-programmets grundstomme är i övrigt inte beskaffad på annat sätt än filmverk och videografiska verk. Det som möjligen kan särskilja TV från andra audiovisuella verk har främst med yttre faktorer att göra. Många program har i jämförelse med filmverk relativt sett låg originalitet. Andra program är mer särpräglade med hänsyn till den bakomliggande idén än till ett konstnärligt uttryck.[479] I flera fall har intresset att efterbilda det i sig oskyddade programformatet lett till att frågan om det upphovsrättsligt skyddsvärda i programformat uppmärksammats.[480] Särskiljande är också den teknik med vilken verket förmedlas. Ursprungligen var det radiovågor som togs upp analogt i varje TV-mottagare för sig. Satelliter har möjliggjort överföring av radiovågor över stora områden och till platser som förr legat i radioskugga. Därefter har omfattande kabelnät byggts ut för vidarebefordran av programinnehållet. Den digitala tekniken möjliggör idag överföring av större mängder programinnehåll och med en markant förbättrad kvalitet. Idag kan TV också förmedlas till datorer via digitala nätverk.

3.6.2.5 Bildskärmsdesign

I många datorprogram finns sekvenser lagrade som ger bilder på datorskärmen vid körning av programmen. Man måste skilja mellan skyddet för själva programmet såsom litterärt verk och skydd för den visuella bilden.[481]

Bilder kan utgöra en viktig del av datorprogrammens användargränssnitt, d v s som användarens *kontaktyta* mot programmet vid programan-

[477] Op cit s 255.
[478] Jfr op cit s 256.
[479] Jfr Barr-Smith i ZUM 1990 s 322 f.
[480] Se angående skyddsvärdigheten hos TV-show-format Karnell i Festskrift till Strömholm s 489 och vad avser tysk rätt v Have/Eickmeier i ZUM 1994 s 269 ff.
[481] I USA har The Copyright Office uttalat att skydd kan registreras för program och bildskärmslayout var för sig (Se Bendekgey i UFITA 114/1990 s 81).

vändningen.[482] De figurer som återges på skärmen kan vara antingen litterära i den mening som avses i 1 § 2 st URL eller konstnärliga, såsom alster av bildkonst – allt beroende på alstrets karaktär. Medan den skärmbild som visas vid användning av ord- och bildbehandlingsprogram eller kalkylprogram mer är av litterär karaktär i det att struktur och ikoner finns till hjälp för programanvändaren, så är skärmbilder i spelprogram väsentligen av konstnärlig karaktär.[483] Sådana skärmbilder skall ge illusion av miljöer och figurer på ett sätt som närmar sig spelfilm eller animerad film.

Konstnärligt bildskydd för datorprogram har varit föremål för rättslig belysning särskilt när det gäller spelprogram. Spelaren kan påverka det som sker på bildskärmen inom vissa av programmet givna ramar. Det som händer på skärmen beledsagas vanligen också av ljud. Därmed ligger det enligt den internationella doktrinen nära till hands att inordna sådana skärmbilder under *audiovisuella verk*.[484] Skyddet för bildskärmslayout har preciserats genom en omfattande utländsk praxis. En rad avgöranden från USA bekräftar att bildskärmsutstyrslar kan falla inom ramen för *audiovisual works*.[485] I flera av dessa fall har frågan gällt om skydd kan ges för det audiovisuella verket antingen som alternativ till eller i kombination med skydd för det bakomliggande programmet.[486]

I ett vägledande avgörande, *Midway Manufacturing Co v Strohn*, konstaterade domstolen att frågan om upphovsrättsintrång i ett datorprograms audiovisuella uttryck måste ses skilt från intrång i programmets objektkod. Även om det underliggande datorprogrammet hade efterbildats, hade inte de särpräglade audiovisuella *Pac-Man*-figurerna efterbildats.[487]

[482] Se Bender i NIR 1997 s 69; jfr Bendekgey i UFITA 114/1990 s 73.

[483] I doktrinen talas omväxlande om TV-spel, videospel och datorspel. De skilda uttrycken speglar mer en teknisk utveckling än någon skillnad i vad avser typ av företeelse. Nedan används *spelprogram* som ett enhetligt begrepp för företeelsen.

[484] I den tyska doktrinen har uttalats att spelprogram kan skyddas som *Laufbilder*. När spelprogrammet körs uppstår bild- och tonföljder i den i § 95 UrhG avsedda meningen. I förekommande fall har fullt skydd som *Filmwerk* enligt § 1 UrhG också ansetts möjligt (se Nordemann i GRUR 1981 s 893 f; jfr Fromm/Nordemann § 95 (4)). I svensk praxis finns endast ett hovrättsavgörande som mer specifikt gällde efterbildning av spelprogram. Både TRn och HovRn ansåg att spelprogrammen var upphovsrättsligt skyddade. Domstolen prövade dock aldrig skyddet för själva bildskärmslayouten (HovR för västra Sverige dom den 19 november 1987 (Datorprogram)).

[485] *Se Midway Mfg Co v Dirksheiner*; se också Bendekgey i UFITA 114/1990 s 75 f och där åberopad praxis.

[486] Se Bendekgey i UFITA 114/1990 s 75.

[487] Jfr avgörandet *Stern Electronics v Kaufman* där registrering sökts för bildskärmslayouten men inte för det bakomliggande programmet; se härtill Patry i Journal of the Copyright Society of the USA 31/1989 s 54 f.

I avgörandet *Midway Manufacturing Co v Strohn* använde domstolen uttrycket programmets *look and feel*[488] för att skilja utformningen av användargränssnitt från dess underliggande litterära datorprogram. I några avgöranden har amerikansk domstol på liknande sätt använt lokutionen *total concept and feel*[489] som objekt för de otillåtna efterbildningarna av spelprogram. *Look and feel* som skyddsobjekt har sedan också kommit att omfatta visuella element i andra datorprogram än spelprogram. Domstolen har då ofta refererat till praxis som gällt intrång i rätten till bildskärmslayout i spelprogram.

I ett uppmärksammat fall[490] har domstolen också uttalat att intrång förelegat på grund av att programmen haft samma *structure, sequence and organization* eller att ett programs *structure, sequence and arrangement of the screens, text, and artwork, all of which is included as part of the software's audiovisual displays*, omfattades av upphovsrätten.[491]

Det är inte möjligt att skydda sådana visuella uttryck i ett spelprogram som inte framstår som resultat av konstnärlighet, utan endast som ett uttryck för en abstrakt idé. Ställningstagandet har av amerikanska domstolar uttryckts i termer av varierbarhet inom ett av idén givet område.[492]

I *Atari v North American Philips Consumer Electronics Corp*[493] uttalade domstolen att det audiovisuella alstret primärt var *an unprotectable game, but . . . at least to a limited extent the particular form in which it is expressed (shapes, sizes, colors, sequences, arrangements, and sounds) provides 'something new or additional over the idea'.*

I några fall har i amerikansk praxis frågan ställts om ett spelprogram med hänsyn till skärbildeni någon mening kan betraktas som ett skapande

[488] Jfr Bendekgey i UFITA 114/1990 s 74 ff.

[489] Se *Roth Greeting Cards v United Card Co, Atari Inc v North Am Philips Consumer Elecs Corp* och *Midway Mfg Co v Dirksheiner.*

[490] *Whelan Associates Inc v Jaslow Dental Laboratory Inc.* Whelan-fallet har främst uppmärksammats för den metod som anvisades för fastställande av upphovsrättsligt skydd för programvara, men som därefter kommit att modifieras och delvis överges genom senare praxis (se *Computer Associates International Inc v Altai Inc* och *Lotus Development Corp v Paperback Software International)* vilken i den delen medfört att fallet ansetts överspelat (se om den utvecklingen utförligt Miller i Harvard Law Review 106/1993 s 991 ff; jfr Walker, Jr i Journal of the Copyright Society of the USA 44/1996 s 79). Det förtar emellertid inte avgörande betydelse av att vara den första gång som domstolen givit skydd för datorprogram utöver käll- och objektkod (se Jones i Loyola Law Review 21/1987 s 255).

[491] I fallet *Brodebund Software Inc v Unison World Inc* uttalade domstolen att "the structure, sequence, and layout of the audiovisual displays" i programmet följde främst av konstnärliga och estetiska och inte av ändamålsenliga eller mekaniska överväganden.

[492] Jfr Stewart s 574.

[493] Jfr härtill Bennett i Marquette Law Rewiew 66/1983 s 829.

samarbete mellan programmeraren och den som spelar spelet, eftersom spelaren själv kan påverka den grafiska skärmbilden. Att verket är interaktivt torde i sig inte lägga grunden för gemensam upphovsrätt. Eftersom alla möjliga kombinationer av skärmbildens utseende är förutsedda och förprogrammerade av programmeraren, har svaret på frågan blivit nekande.

I det amerikanska fallet *Midway Manufacturing Inc v Arctic International Inc*[494] konstaterade domstolen att rätten till ett videospel inte kunde tillmätas spelaren av spelet. Domstolen uttalade att spelaren *does not have control over the sequence of images that appears on the video game screen. He cannot create any sequence he wants out of the images stored on the game's cirquit boards. The most he can do is choose one of the limited number of sequences the game allows him to choose. He is unlike a writer or a painter because the video game in effect writes the sentences and paints the painting for him; he merely chooses one of the sentences stored in its memory, one of the paintings stored in its collection.*

Emellertid kan lätt åberopas näraliggande situationer där svaret är svårare att ge. Ett exempel är bildskapande med hjälp av slumptalsgeneratorer eller fraktaler (jfr ovan 3.3.1.1). När det gäller slumptalsgeneratorer är ofta utrustningen i sig skyddad som verk av olika slag och den som använder sådana redskap kan med hjälp därav i sin tur skapa verk och gränserna kan vara oskarpa mellan den enes och den andres bidrag.

3.6.2.6 Bildskydd i audiovisuella verk

Bildskyddet har betydelse för audiovisuella verk i främst tre hänseenden, varav två är av traditionellt slag, medan det tredje är nyare. För det första består en film av bilder, som sammansatts till ett verk. Så gäller i vart fall för traditionell film. För det andra kan filmen i sig återge bilder och för det tredje kan stillbilder – även fotografier – idag animeras med digital teknik.

Filmens kategoritillhörighet och därmed skyddsbarhet just i egenskap av filmverk har en naturlig gräns mot bildverket. Film är en följd av bilder.[495] Filmskyddet inträder när de bildsekvenser som filmen består av framförs i rörelse.[496] Redan i 1914 års motiv påpekades att ett filmverk kunde skyddas både som ett *litterärt verk och som fotografiskt verk.*[497] Medan

[494] jfr *Williams Electronics Inc v Arctic International Inc.*
[495] SOU 1956:25 s 73.
[496] Se Schmidt, Teknologi och immaterialret s 83.
[497] 1914 års betänkande s 72 f.

de fotografiska stillbilder som tillsammans skapar filmen kan skyddas även utan krav på verkshöjd, måste däremot filmverket i sin helhet nå verkshöjd. Det betyder att det idag finns möjlighet för kameramannen att få skydd för filmbilderna antingen som fotografiska verk enligt 1 § 1 st 5 URL eller som fotografiska bilder enligt 49 a § URL. Om det fulla upphovsrättsliga skyddet aktualiseras kan alla som bidragit till det slutgiltiga konstnärliga bildresultatet – till vilka t ex kan räknas regissören och ljussättaren – påräkna medupphovsmannaskap. Är det kameramannen ensam som står för filmverket, behåller han samtliga dessa rättigheter hos sig.[498] Eftersom rätten till de enskilda filmbilderna följer reglerna för alster av bildkonst eller *sui generis-skyddet* för fotografiska bilder, bör stillbilderna inte omfattas av producentskyddet i 46 § URL där det talas om *film eller annan anordning på vilken ljud eller rörliga bilder har tagits upp.*[499]

Det finns en markant skillnad mellan kameramannens ställning i en vanlig film och filmtecknarens i en animerad film. Medan kameramannen kan förlita sig på sitt *sui generis*-skydd enligt 49 a § URL för alla stillbilder, är tecknaren hänvisad blott till det upphovsrättsliga skyddet för sina bildalster. Båda får emellertid i förekommande fall rätt till de rörliga bildsekvenserna. Tecknarens ställning är på ett annat sätt ändå starkare än kameramannens. Medan det i de flesta spelfilmer finns utövande konstnärer som kan göra anspråk på närstående rättigheter till de rörliga bildsekvenserna (men förmodligen inte i stillbilder[500]), lyser utövande konstnärer med sin frånvaro i tecknade filmer.

Skydd för livebilder

Ett problem som väcktes i och med TV-tekniken var om och i så fall hur s k livesändningar i TV skulle kunna skyddas. I och med TV-mediet har livebilder kunnat överföras utan att först fixeras i traditionell mening. Problemet ligger alltså i bildernas brist med hänsyn till fixeringen på ett fast medium och har uppstått som en effekt av att teknik och dogmatik gått skilda vägar. Anledningen till att krav på fixering över huvud taget ställts har varit grundad i tekniska förutsättningar som i och med det fotorättsliga skyddet fick en praktisk juridisk funktion som objektsavgränsare. Fotografiska bilder skyddas ju inte som en effekt av skapande

[498] Se om det fotorättsliga filmskyddet i tysk rätt, där inställningen till fullt upphovsrättsligt skydd för filmbilder förefaller vara påfallande restriktiv, Hertin i UFITA 118/1992 s 82 f.
[499] Jfr dock op cit s 83 ff.
[500] Se NJA 1976 s 282 (Hem till byn).

handling, utan som ett resultat av ett visst tekniskt eller mekaniskt förlopp. Det har därför i nordisk och kontinental rätt länge antagits att en livesändning som inte fixeras faller utanför skyddet.[501]

Medan det i princip är ett tekniskt krav för fotorättsligt skydd att verket har fixerats, saknas sådana krav för upphovsrättsligt skydd i övrigt. I doktrinen har det också ansetts att fotorätten inte skyddar live-bilder, d v s bilder som sänds direkt via TV utan att vara materialiserade i ett underlag.[502] Fotorättens krav på fixering på ett fotografiskt original gör att möjligheterna för att få en live-sändning skyddad tenderar att bli små. Situationen kompliceras av att en eventuell bandupptagning kan vara oberoende av kameramannens vilja.[503]

Några lagtekniska hinder borde visserligen inte finnas mot att låta fotografen i förekommande fall få upphovsrätt till det som sänts *live*. Lagen antyder emellertid inte att livebilder, d v s direktförmedlade bilder utan fixering, skulle kunna omfattas av lagens *med fotografi jämförligt förfarande*.[504] Några tecken på att det varit avsett att skydda fotografiska bilder som direktförmedlas i t ex TV finns varken i den nordiska lagstiftningen eller i dess förarbeten.[505] Tvärtom leder motivens tolkning av lagtexten till anspråk på fixering av bilden.

Den i propositionen till URL gjorda sammanställningen av remissyttrandena ger vid handen att en live-sändning enligt SR inte kunde betraktas som ett filmverk. Däremot ansåg SR att en dylik sändning kunde betraktas som vad som framställdes genom ett med fotografi jämförligt förfarande.[506]

Det är alltså i princip endast i förhållande till rätten till fotografisk bild och dess utsträckning till film som fixeringsfrågan aktualiseras. För att komma till rätta med problemet måste för det första tas ställning till om fixering verkligen är nödvändig för skydd. Om så är fallet skall för det andra fastställas vad som avses med ordet fixering. Om bilden måste fixeras kan innebörden av ordet bild också få betydelse.

Frågan om skydd för livebilder aktualiserades i en *promemoria* med syfte att se över den svenska upphovsrättslagstiftningen med anledning av den i Stockholm 1967 reviderade BK. I samband med ändringarna av art 2.1 BK intogs i art 2.2 BK en bestämmelse om att unionsländerna för vissa

[501] Problemet blir av något annorlunda slag i angloamerikansk rätt där fixering är en förutsättning för skydd enligt Section 102 Copyright Act (jfr ovan 2.1).
[502] Karnell, Programinnehållet i TV s 238 ff, särskilt s 244.
[503] Op cit s 247.
[504] Jfr op cit s 239.
[505] Jfr op cit s 238 f.
[506] Op cit s 246.

grupper av verk kunde uppställa som förutsättning att de upptagits på ett materiellt underlag. Utredningen konstaterade att huvudregeln enligt svensk rätt var att ett verk skyddas även om det inte upptagits på ett sådant underlag. Vissa verk kunde emellertid över huvud taget inte existera i annan än materiell form, varför skydd i ofixerad form inte kunde förekomma.[507]

Eftersom varken kategorin *filmverk* eller andra *audiovisuella* verk närmare preciserats i lagen, finns inte heller något uttryckligt krav på att filminnehållet skall vara fixerat för att skyddas. Det traditionella filmbegreppet har emellertid mer eller mindre förutsatt att filminnehållet är fixerat på ett materiellt underlag och det har definitivt varit en förutsättning att filminnehållet varit fixerat för att det slutgiltiga filmverket skulle kunna iakttas. Men eftersom det i den tekniska fixeringen inte ligger någon relevant skapandegärning borde det inte ställas som krav att bilden har fixerats. I den ovan nämnda promemorian konstaterades också att det med TV-teknikens tillkomst var möjligt att låta filmverken framträda även i ofixerad form. En sekvens av bilder som vid direktsänd TV framträdde på mottagarapparaternas TV-rutor kunde vara av sådan kvalitet att den var att anse som verk och det låg därvid närmast till hands att anse produkten utgöra ett filmverk (*rörliga bilder*).[508] Enligt utredningens mening var det också naturligt att en bildsekvens av sådan art skulle åtnjuta skydd. Anledningen att utnyttja den i Stockholmstexten nyinförda möjligheten att från skydd utesluta ofixerade filmverk förelåg alltså inte.[509]

En redaktionell fråga som togs upp i promemorian var om termen *filmverk* i lagen kunde anses omfatta även ofixerade filmverk när den förekom i olika stadganden i lagen. Den sannolikaste tolkningen var att termen i princip fick anses täcka även ofixerade filmverk. Allmänt gällde att kategorierna av verk avgränsades från varandra med hänsyn till verkens inre egenskaper och inte med hänsyn till den yttre form i vilken de framträdde. Man kunde överväga att klargöra förhållandet genom ett förtydligande tillägg i lagtexten, men ett sådant kunde samtidigt vara förvirrande, när något motsvarande inte förekom beträffande andra kategorier. Därtill kom att man i FotoL skulle tvingas fastslå att fotografisk bild endast kunde förekomma i fixerad form, vilket kunde anses egenartat. Någon sådan ändring föreslogs därför inte.[510]

[507] DsJu 1970:1 s 19 f.
[508] Även om fixering inte är något krav för fullt upphovsrättsligt skydd, så kan ett fixerat alster ändå komma att skyddas idag såsom rörliga bilder enligt 46 § URL (jfr nedan 5.7.4).
[509] DsJu 1970:1 s 20.
[510] Ibidem.

Om situationen frigörs från de tekniska förutsättningar som förelåg vid fotorättens och filmrättens intåg i upphovsrätten liksom från de motiv- och doktrinuttalanden som preciserat reglernas innebörd, framstår det idag lika självklart att kameramannen bör få rätt till sina inspelningsfakta i en live-upptagning som att en fotograf kan få upphovsrätt till sina fotografiska verk och en musiker kan få rätt till en improvisation.

En anslutande fråga är hur en live-bild skall hanteras om den fixeras genom att spelas in av annan på videogram eller fotograferas av från TV-skärmen. Lagutskottet ansåg i anslutning till 48 § URL att fotografering av en TV-mottagares bildruta var upptagning av en del av en utsändning och att sändningen bestod av en serie av bilder.[511] Att den som företar avfotograferingen får ett fotorättsligt skydd för sitt fotografi är den logiska följden av fotorätten men varken det eller en bandning borde kunna ge ett sådant skydd, eftersom det varken tillför någon skapandekraft eller är en *egen* yttre verklighet som tas upp. Om någon rättighetshavare över huvud taget kunde aktualiseras, så borde det vara den som står bakom *livekameran.* Den tidsförskjutning som ofta görs i direktsända program och den obligatoriska efemära bandningen av direktsända TV-program eliminerar i praktiken dock uppkomsten av den här beskrivna typen av teoretiska problem. Digitalteknikens verktygslåda tillhandahåller också i allt större utsträckning verktyg som förmedlar och fixerar bilder samtidigt som de sänds.

Sammanfattningsvis verkar gälla att fotografiska bilder av lagtekniska skäl måste vara fixerade för att skyddas. Fotografiska verk och film behöver det däremot inte. Kameramannen kan använda sin konstnärliga skicklighet till att välja motiv, vilket kan ske oavsett fixering.

Återgivning av bildkonst i filmverk eller videogram

I vissa situationer kan alster av bildkonst s a s slå igenom i ett audiovisuellt verk. Så kan vara fallet i fråga om de ovan nämnda *ljudbildbanden.* Också när det gäller film, videogram eller andra former av rörliga bilder kan verksinnehållet i så omfattande grad utgöra avbildningar av alster av bildkonst att verket, trots att det har filmens materiella form, bör anses som ett alster av bildkonst eller som en avbildning av det. Det betyder i så fall att ett i film återgivet konstverk i många fall skulle kunna behålla sina konstverksegenskaper. Upphovsrättsliga regler om filmverk konkurrerar då med regler om bildkonst eller fotografisk bild.

[511] L[1]U 41/1960 s 78 f; jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 240.

I propositionen till URL konstaterade depch visserligen att en avbildning av ett konstverk principiellt var att anse som exemplar även om den ingick i ett större helt, t ex om en skulptur på en offentlig plats medtogs vid avbildning av platsen, men att det låg i sakens natur att om konstverket utgjorde bakgrund eller eljest ingick som en oväsentlig del i bilden, det inte kunde anses föreligga något exemplar därav. Filmning eller fotografering av en interiör, i vilken ingick olika konstverk, kunde därför i regel ske utan upphovsmännens tillstånd.[512]

Värt att uppmärksamma är att det gränsdragningsproblem som enligt vad man i propositionen ansåg borde lösas genom att se till hur framträdande ett visst verksinnehåll var i ett annat, d v s främst som ett slags objektrelaterad lösning, i angloamerikansk rätt lösts genom *fair use*-doktrinen, som istället ser till utnyttjarens eventuellt vällovliga syfte.

Ett verk som återges i film borde enligt *Karnell* inte betecknas som ett *filmverk*, utan att det hade särskilda filmiska egenskaper.[513] Enligt *Karnell* borde ett alster av bildkonst som avbildats genom att filmas, genom själva filmningen inte berövas karaktären av alster av bildkonst. *Karnell* konstaterade att en teckning som visas i en TV-sändning i programinnehållet i upphovsrättslig mening kunde vara såväl konstverk som filmverk eller vad som enligt *Karnell* kunde kallas *TV-verk*.[514] Om en film visades i vilken ett alster av bildkonst återgavs, kunde det tänkas att återgivningen krävde filmiska egenskaper för att över huvud taget kunna återges. Då måste det som var filmiskt i alstret skiljas från vad som kändes igen som bildkonstalster.[515] Det uteslöt emellertid inte att filmskaparen, under förutsättning av filmskapande insats i återgivningen av det ursprungliga verket kunde få skydd för sin insats, om den uppfyllde bearbetningskraven enligt 4 § 1 st URL. Om ett konstverk inte hade bearbetats på ett filmskapande sätt, måste filmpresumtionen brytas.[516] Film kan alltså förekomma antingen i en *aktiv* eller en *passiv* eller *vilande* form. Skillnaden går mellan sådana uttryck i filmform som innebär att filmformen på ett aktivt sätt bidrar i den skapande insatsen och å den andra sidan sådana uttryck där i film ingående verk endast återges.

Motsvarande problem på videogramområdet behandlades utförligt av den norska upphovsrättsutredningen. Om ett *videogram* endast innehöll

[512] Prop 1960:17 s 61.
[513] En sådan uppfattning kunde tyckas vinna stöd i depchs anförande till 39 § URL (se Karnell, Programinnehållet i TV s 258).
[514] Karnell, Programinnehållet i TV s 256.
[515] Op cit s 264 f.
[516] Op cit s 258.

sekvenser av stillbilder och därmed snarast kunde liknas vid diabildband skulle filmpresumtionen brytas. Utredningen hänvisade till den svenska lagen (1978:487) om pliktexemplar enligt vilken endast rörliga bilder var videogram i lagens mening.[517] Ungefär samma slutsatser redovisades i den danska utredningen om film och videogramspörsmål. Dock ansågs presumtionen om att ett videograminnehåll skulle anses som filmverk vara att föredra, eftersom verket därmed gavs starkast möjliga skydd. Ståndpunkten kan naturligtvis kritiseras ur bildrättsperspektiv. Klassificeras videogrammet som filmverk, har det visserligen en stark ekonomisk rätt, men samtidigt får upphovsmannen till bilder som återges på videogrammet konkurrens av kameramannens anspråk på film- och fotorätt.[518]

Helt klart är att ett i film återgivet konstverk eller fotografi genom filmningen regelmässigt inte helt och hållet övergår till att bli ett filmverk. Enbart en återgivning av ett konstverk i film bör inte medföra kategoribyte.[519] Om återgivningen företagits genom filmskapande, gäller motsatsvis filmpresumtionen. Bildskydd och filmverk ligger i själva verket mycket nära varandra. Ovan har beskrivits hur skyddet för tecknade seriefigurer närmar sig filmens. Tecknade seriefigurer är också sekvenser av tecknade bilder. Uttryckt i filmform kan en tecknad figur träda in i filmverket och som sådan omfattas av skyddet för hela filmverket. Det gör att skyddet för figuren stärks, men endast under förutsättning att det är hela filmverket som efterbildas – inte bara själva figuren.

Animering

Hittills har talats om bildrättens ställning vid återgivning i audiovisuella verk och om extraktion av bildkonstalster och fotografier ur ett audiovisuellt verk. Bilden kan emellertid också gå den motsatta vägen. Ett bildkonstalster eller en stillbild kan *animeras*. Då intar åter fiktiva figurer en central roll. Datoranimationstekniken i tecknade filmer förenklar framförallt skapande av komplicerade rörelsemönster. Datoranimatören gör i utgångsläget en vanlig teckning av figuren. Därtill skapas ett grovt rörelseschema inom vilket figuren kan röra sig. Dessa parametrar lagras i datorn som med hjälp av ett simuleringsprogram individualiserar figuren i animerade filmer. Tekniken är särskilt effektiv vid skapande av massscener där olika figurer kan fås att följa varierande rörelseschemata i olika hastighet och i olika vinklar. Digital animationsteknik för framställning

[517] NOU 1983:35 s 52.
[518] Bet 1000/1984 s 18.
[519] Se Karnell, Programinnehållet i TV s 265.

av mer trivial animerad film finns också som verktyg i avancerade bildbehandlingsprogram, vilket gör det lättare att animera stillbilder och använda animerade bilder för traditionell bildbehandling.

Under senare tid har datoranimationstekniken kommit att användas även för andra typer av film än vad som kan kallas tecknad film. Tekniken möjliggör såväl återanvändning av verkliga karaktärer som skapande av nya. Datorer har använts för filmframställning under mycket lång tid. Vanlig film liksom datoranimerade och digitalt manipulerade bilder kan bearbetas till en fiktiv verklighet. I praktiken tillkommer också flertalet *fictionfilmer* med större eller mindre hjälp av digital bildbearbetningsteknik. Det är möjligt att skapa eller återskapa verkliga (d v s ursprungligen med fotografisk teknik avbildade) människor med den digitala tekniken. Personligheter kan också skapas genom att hela fotografiska bilder eller delar av dem *samplas* och sammanfogas digitalt. Med hjälp av datorutrustning kan figurerna sedan animeras. Karaktärerna kan bestå av såväl fotografiska som med annan analog eller digital teknik åstadkomna delar och kan med hjälp av t ex morfingtekniken förvandlas från en figur till en annan. Döda aktörer kan på digital väg animeras till att spela i nya filmer med verkliga eller fiktiva personligheter.[520] Med dagens filmteknik, där digitala verktyg hjälper till att upplösa gränser mellan det som tillkommit med fotografisk teknik och det som tillkommit genom annan grafisk verksamhet, kan det uppstå tveksamheter om den enskilda filmrutans kategoritillhörighet. Man kan fråga sig hur gränsdragningen mellan fotografi och alster av bildkonst skall göras i denna situation. Traditionellt skall det inom upphovsrätten varken företas någon uppdelning eller huvudsaklighetsbedömning. Det skall istället fastställas om bilden som helhet är hänförlig till endera kategorin, vilket kan vålla bevisproblem. När skådespelarna är digitalt skapade eller digitalt animerade finns inte längre någon grund för utövande konstnärers rättigheter. På samma sätt som på fotografiområdet uppstår problem med kombinerade utnyttjanden när äldre analog film blir föremål för digital animering. Om en skådespelare eller någon annan person animeras till ett nytt ändamål, kan det därför ifrågasättas om det inte har uppstått ett behov av en ny artificiell artisträttighet. Problemet är att hänföra resultatet till rätt upphovsmän eller utövande konstnärer. Om en skådespelare i en film byts ut mot en annan som animerats från en tredje film eller från ett eller flera fotografier, kan det vara svårt att avgöra vem eller vilka som skall erkännas ha gjort den skapande insatsen. Om dessutom *fraktaler* har använts, tillförs därtill ett

[520] Se om teknikens möjligheter och upphovsrättsliga skaparproblem, Beard i Copyright World 38/1994 s 24 ff och 39/1994 s 37 ff; jfr Kreile/Westphal i GRUR 1996 s 255.

visst slumpmoment. Programmeras en dator till att simulera en flygfärd över ett landskap som sammansatts av ett tiotal bilder tagna av flera olika fotografer eller konstnärer, vilkas motiv kontinuerligt förändras och ändras efter en algoritm som bygger på en fraktal, kan det uppstå stora svårigheter att i efterhand avgöra vems rätten är till det slutliga filmverket eller delar av det. I sådana fall får 6 § URL ytterst avgöra rättighetsfördelningen.

3.7 Databas

En gammal verksform som fått ökad aktualitet är *databasen*. Digitala lagringssystem har möjliggjort skapande av *databaser* i vilka stora mängder medieinnehåll av skilda kategorier och former kan lagras och göras åtkomligt.[521] Möjligheterna att lagra verksinnehåll i digital form är så gott som obegränsade. Verk som skapats i traditionell, analog form kan digitaliseras genom överföring till digitala informationsbärare. Den digitala tekniken har inneburit att informationen kan komprimeras i förhållande till traditionella bärare av verksinnehåll. I relation till text innebär emellertid lagring av bildinnehåll ett problem, eftersom det hittills tagit mycket minnesutrymme i anspråk.

Datorbaserade informationssystem kan vara av en mängd olika slag. De kan vara interna informationssystem i ett företag eller hos en myndighet, men det finns också databaser som är fristående och som riktar sig till eller är skapade av små självständiga utnyttjare.[522] I det lilla formatet kan enskilda individer skapa egna databaser med information för enskilt bruk eller för näringsverksamhet. Det har också blivit både lättare och vanligare att skapa interna databaser som byggs upp inom organisationer eller företag.

Databaser används idag i stor omfattning i vetenskapens tjänst. På områden som medicin och kemi kan aktuella forskningsresultat göras åtkomliga på ett effektivt sätt. På sikt kommer de även att få helt nya funktioner i vetenskapens förlängning. Museer och arkiv lagrar alltmer av sina samlingar digitalt i baser och kan därigenom enkelt, billigt och utan slitage eller utrymmesbrist exponera materialet för allmänheten.[523]

[521] Se Rosén i NIR 1993 s 267. Om utvecklingen av digitaliserade radio och TV-sändningar se Davies i Copyright World 27/1993 s 18.
[522] Jfr SOU 1985:51 s 52.
[523] Jfr Fox i Nordic Conference on Digital Transfer of Images s 43 ff och Pfennig i Urheberrecht und digitale Technologie s 98.

Databasernas typiska uppbyggnad har förändrats från 1960-talet och framåt. I de äldsta digitala databaserna förvarades informationen vanligen på magnetband, vilket gjorde sökbarheten och möjligheterna att på ett effektivt sätt utnyttja informationen i basen dålig. Under lång tid utgick man från att databaserna skulle bli allt större. De skulle vara fysiskt stationära, t ex inrymda i stordatorer hos myndigheter, företag eller andra institutioner och administreras centralt därifrån. Till en bas skulle finnas en från databashavaren tillhandahållen sökmotor. Databasen skulle kunna åtkommas antingen via lokala nätverk, eller genom uppringning via telenätet direkt till basen. Med tiden har den centraliserade databasen brutits ned. Genom utveckling av alltmer effektiva minnen, allt bättre programvara och öppna digitala nätverk, kan databaser idag finnas t ex i form av CD-ROM som användaren införskaffar och laddar i sin egen persondator. Nätverken gör det också möjligt att samtidigt vara kopplad *on-line* till flera baser. Utvecklingen kan vara bra att ha klar för sig eftersom det är under den förändringsprocessen som EGs databasdirektiv tillkommit och det är i princip en äldre typ av databaser som direktivet ursprungligen avsågs reglera.

EG-kommissionens ursprungliga förslag till direktiv avsåg endast sammanställningar i digital form, men under arbetet enades man om att direktivet borde gälla sammanställningar i varje form. Begreppet databas används följaktligen som beteckning på en systematisk samling oavsett om den förekommer i digital form eller i annan form, t ex på papper eller på film. Utvidgningen av tillämpningsområdet ledde till en diskussion om ordet *databas* verkligen var det rätta. Eftersom ordet *databas* i flera av unionens språk kunde användas för att beteckna alla sorters sammanställningar, enades medlemsstaterna om att ändå hålla sig till det. I den svenska lagen talas emellertid inte om *databas* utan om *sammanställning.* Det används i lagtexten för att beteckna systematiska samlingar av såväl verk som uppgifter eller annat material. I propositionen om införlivande av EGs databasdirektiv konstaterades att när ordet databas används i svenska språket, tankarna som regel fördes bara till sammanställningar i digital form och inte gärna till de andra typerna av systematiska samlingar, t ex vanliga telefonkataloger. Det kunde därför vara förvillande att använda ordet databaser i upphovsrättslagen som beteckning på alla slags sammanställningar.[524] Att föremålet för det upphovsrättsliga skyddet var ett skapat immateriellt verk ansågs dessutom uttryckas bättre genom or-

[524] Prop 1996/97:111 s 27.

det sammanställning än genom ordet databas, eftersom sistnämnda ord närmast anknöt till en gestaltning av verket i en viss yttre form.[525]

Informationen i en databas kan bestå av såväl upphovsrättsligt skyddat som oskyddat material. För att upphovsrättsligt bildskydd skall komma ifråga förutsätts att basen innehåller upphovsrättsligt skyddade alster av bildkonst eller fotografi enl 1 § 1 st 5 URL. Om databasen består av fotografiska bilder skyddas varje bild av fotorätten i 49 a § URL. Om det i basen finns rörliga bilder, kan de skyddas som film enligt 1 § 1 st 4 URL. De separata filmbilderna åtnjuter fotorättsligt skydd (jfr ovan). Oavsett om den information som finns i basen är skyddad som sådan, kan basen i sig utgöra ett verk. En sammanställning av skyddat material i en databas kan alltså dels rendera skydd som samlingsverk enligt 5 § URL dels som ett verk i sig, dels ock som en kombination härav.[526] I en databas som inte uppfyller de här angivna förutsättningarna för upphovsrättsligt skydd kan basen skyddas som en sammanställning av ett stort antal uppgifter och därigenom åtnjuta s k katalogskydd enligt 49 § URL.[527] Databasdirektivet innehåller och samordnar två slags skydd. Det ena, som ges i art 3-6 avser ett skydd av det slag som ges för sammanställningar av verk enligt 5 § URL. Det andra skyddet är *sui generis*-rätten i art 7-11 för sammanställningar oavsett skyddet i sig för innehållet, d v s ett skydd av det slag som ges enligt 49 § URL.

3.7.1 Samlingsverk

I databasdirektivets art 3 anges att databaser som på grund av innehållets urval eller sammanställning utgör sådana intellektuella verk som kan utgöra föremål för upphovsrätt. Databasers upphovsrättsliga skydd täcker i enlighet med 5 § URL inte dess innehåll och påverkar inte tillämpningen av de rättigheter som har sagda innehåll som föremål. Skyddet enligt art 3 avser endast basens struktur.

Enligt databasdirektivet skall uttrycket *databas* vara tillämpligt på alla samlingar av litterära, konstnärliga musikaliska eller andra verk eller sådant material som texter, ljud, bilder, siffror, fakta och data. De skall ha arrangerats på ett systematiskt eller metodiskt sätt och vara tillgängliga

[525] Op cit s 28.
[526] Se SOU 1985:51 s 53.
[527] Op cit s 54.

självständigt från varandra. Enligt preambeln hör en upptagning av ett audiovisuellt verk eller filmverk inte till direktivets tillämpningsområde. Det upphovsrättsliga skyddet enligt art 3 täcker inte basens innehåll och påverkar inte tillämpningen av rättigheterna till innehållet. Eftersom sammanställningar av skyddat eller oskyddat medieinnehåll av skilda slag alltid har kunnat åtnjuta skydd enligt 1 och 5 §§ URL har lagstiftaren inte ansett det nödvändigt att göra några ändringar i lagens 1 och 5 §§ med anledning av införlivandet av databasdirektivets art 3.

3.7.2 Katalog

I de nordiska länderna har i princip funnits ett skydd för databaser av det slag som omfattas av databasdirektivets *sui generis*-rätt sedan 1960 genom det s k *katalogskyddet* i 49 § URL. Det ansågs nämligen att den arbetsinsats som låg bakom en sammanställning av ett stort antal uppgifter i form av en katalog eller dylikt kunde vara av sådan omfattning att det var skyddsvärt mot att utomstående skulle efterbilda katalogen.[528] Skyddet konstruerades därför som en särskild närstående rättighet i 49 § URL. Skyddet avser alster av visst slag vilka inte når verkshöjd. För skydd krävs inte originalitet utan endast att alstret utgör en sammanställning av ett stort antal uppgifter (kataloghöjd). I grunden är det uppgifternas antal som ger skydd. De sätter gränsen nedåt.[529]

Enligt motiven till URL skall eftergörandet avse samma eller liknande utformning för att regeln skall vara tillämplig.[530] Regeln kan inte ta sikte på annat än smärre ändringar och syftar därmed endast till att eliminera rent *kringgående*. Av kanske störst betydelse är frågan om gränsdragningarna vid redigering av innehållet i en katalog.[531] Regeln måste ta sikte även på delar av kataloger. Skyddet avser huvudsakligen ren efterbildning av innehållet. Det innebär att det inte finns något skyddsomfång omkring katalogskyddet. Skyddsobjektets litterära karaktär medför att bilder inte står i direkt centrum för katalogskyddet. Det hindrar emellertid inte att det kan effektueras vid en sammanställning av ett stort antal bilder.

[528] Se SOU 1956:25 s 390 och Karnell i NIR 1972 s 249.
[529] Ljungman i Nordisk Gjenklang s 184; Karnell i NIR 1972 s 251.
[530] Prop 1960:17 s 270; se Karnell i NIR 1972 s 251 ff för en utförlig analys av katalogskyddets omfång.
[531] Jfr Karnell i NIR 1972 s 254.

En samling av 64 kort med uppgifter om krukväxter ansågs skyddad av HD.[532] Kortens ena sida utgjordes av färgfotografier av krukväxter. På kortens andra sida angavs vissa uppgifter om växten.

Databasdirektivets s k *sui generis*-rätt har mycket gemensamt med den ursprungliga 49 § URL. Regeringen har därför valt att införliva *sui generis*-rätten med upphovsrättslagstiftningen genom att göra vissa justeringar i 49 § URL.[533] Databasdirektivets *sui generis*-rätt i art 7 ger åt databasproducenten en rätt att hindra utdrag eller återanvändning av hela eller en väsentlig del av basens innehåll. Databaser som inte representerar en väsentlig investering kan inte göra anspråk på skydd.[534] För att skyddet skall ges måste producenten kunna visa att det finns en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering, anskaffning, granskning eller prestation bakom basen. I preambelns pp 38-41 konstateras att den ökande användningen av digital teknik utsätter databasproducenten för risken att innehållet i basen utan tillstånd kopieras och omarbetas utan lov till en ny bas med identiskt innehåll men med en annans struktur. Förutom att säkerställa basens upphovsrättsliga skydd, är målet med direktivet därför även att skydda databasproducenten mot att användare eller konkurrenter tillgodogör sig resultatet av de investeringar som ligger bakom basen. Enligt preambelns p 40 kan sådan investering bestå i pengar, tid och energi som lagts ned på projektet. Syftet med skyddet är enligt p 41 att ge databasproducenten möjlighet att förhindra olovligt utdrag eller återanvändning av hela eller väsentliga delar av databasinnehållet. Det är databasproducenten som tar initiativet till och tar på sig risken att utföra investeringarna.

Skyddet enligt databasdirektivets art 7 är således ett skydd mot obehörigt utdrag ur basen. Förbudet att utan tillstånd extrahera information ur basen gäller oavsett om det som tas ut är skyddat. Med *utdrag* avses i direktivet en varaktig eller tillfällig överflyttning av hela eller en väsentlig del av innehållet, oberoende av på vilket sätt varpå och i vilken form det sker (art 7.2 a). Med *återanvändning* avses att hela eller en väsentlig del av innehållet görs tillgängligt för allmänheten genom spridning av exemplar, uthyrning, *on-line*-överföring eller överföring i någon annan form (art 7.2 b).[535] Något skydd för de särskilda verk, uppgifter eller annat material som har samlats i databasen ges alltså inte här. Utdragsregeln gäller oberoende av om basen eller dess innehåll är skyddad av upphovsrätt (art

[532] NJA 1985 s 813 (Krukväxtkort).
[533] Prop 1996/97:111 s 38 ff.
[534] Op cit s 25.
[535] Se Prop 1996/97 s 25.

7.4). Liksom det nordiska katalogskyddet ger *sui generis*-rätten endast skydd åt databasen som sådan, d v s hela eller en väsentlig del av innehållet i den. Återkommande och systematiskt förfogande över i och för sig oväsentliga delar kan dock sammantagna anses utgöra föremål för otillåtet förfogande (art 7.5).[536] Rätten att förbjuda utdrag eller återanvändning bör enligt preambelns p 49 emellertid inte kunna innebära en rätt att hindra en behörig användare från att ta ut eller återanvända mindre väsentliga delar av basen om en sådan användning inte orsakar skada på *sui generis*-rätten eller på någon upphovsrätt till verk. I propositionen med direktivets införlivande konstaterades att orden *utdrag* och *återanvändning* inte hade någon allmänt vedertagen betydelse inom upphovsrätten. Att direktivet använde nya termer berodde främst på att gemenskapen ville göra fullständigt klart att det var fråga om en ny sorts rätt. Att man använde sig av en ny terminologi var dock inte avsett att hindra medlemsstaterna från att vid införlivandet av direktivet tillämpa de andra termer som kunde vara vedertagna i staterna.[537]

Till skillnad från det äldre katalogskyddets tioåriga skydd gäller *sui generis*-rätten till dess *femton* år har förflutit efter det år då databasen framställdes eller, om databasen har gjorts tillgänglig för allmänheten inom femton år från framställningen, efter det år databasen först gjordes tillgänglig för allmänheten (art 10.1 och 10.2). En ny och väsentlig investering i en redan existerande databas kan resultera i att det anses föreligga en ny databas med egen skyddstid (jfr art 10.3).[538]

Sui-generis-rätten i databasdirektivet kan kritiseras på upphovsrättsliga grunder eftersom det skall gälla alla utdrag. Här skall inte någon åtskillnad göras mellan skyddat och oskyddat material. På detta sätt har tillskapats ett i negativ form uttryckt nytt objekt för medieinnehåll som lagrats i databaser. För att få en heltäckande bild av problemet, är det dock viktigt att applicera databasdirektivet på allmänna förutsättningar för avtal om upphovsrättsligt utnyttjande. Till precisering av omfattningen av det skyddade området enligt databasdirektivet slås i preambelns p 45 också fast att direktivets *sui-generis*-rätt inte ger upphov till någon utvidgning av upphovsrätten till enkla fakta eller data.

[536] Ibidem.
[537] Ibidem.
[538] Op cit s 26.

3.8 Multimedia

Multimedia är ingalunda något nytt fenomen. Det har i praktiken sina rötter i det s k allkonstverket, som med dåtidens tekniska och konstnärliga möjligheter och fantasi förverkligades redan 1849 av *Wagner* i vad han ville göra gällande var *ein Kunstwerk der Zukunft*. Dess konkreta form har genom tiderna tagit sig olika uttryck inom konsten.[539]

Även om det är först på senare tid som begreppet *multimedia* kommit att bli allmänt bekant har det länge funnits till som begrepp i den digitala tekniken. Någon officiell definition finns inte heller.[540] Begreppet *multimedia* är, vilket kanske till och med framgår av själva termen, inte något i direkt mening tydligt avgränsat mediefenomen.[541] Det som karaktäriserar multimedia är främst *kombinationen* av medieformer, som tillhör skilda upphovsrättsliga kategorier såsom text, bildkonst, film och musik. I multimedia förvandlas de till samma digitala format och kan därmed lagras på samma medium.[542] På ett grundläggande plan kan multimedia beskrivas som sammansmältning av text, grafik, video och ljud till ett *dynamiskt allmedium*.[543] Det har också ett allsidigt presentationssystem som tillhandahåller inmatning, lagring, bearbetning och presentation av medieinformationen. Det sker vanligen med något slags digital utrustning där den lagrade informationen tillgängliggörs via en datorterminal. Utrustningen kan tillgängliggöra flera medieformer samtidigt. En viktig beståndsdel i det som idag kallas för multimedia är också dess *interaktivitet*, d v s att det är möjligt för användaren att bestämma själv hur det verksinnehåll som han utnyttjar skall presenteras för honom.[544]

I regeringens s k IT-proposition definieras multimedia som datorbaserade presentationer, som kombinerar två eller flera medier, t ex text, ljud, grafik och rörliga bilder. Användaren skall kunna påverka presentationen interaktivt.[545] I EG-kommissionens rapport om multimedia från 1992 anges att *multimedia is a concept of machine-processable information expressed in multiple media such as text, voice, image, audio and video. In*

[539] Jfr Olofsson s 23.
[540] Angående oenhetligheten av begreppet multimedia i Frankrike, se Muenchinger i EIPR 1996 s 186.
[541] Jfr Loewenheim i IIC 1996 s 41.
[542] Se Op cit s 42; Jfr dens i GRUR 1996 s 831.
[543] Seipel, Databasrätt s 22. På senare tid har ifrågasatts om termen *multimedia* verkligen är adekvat. Eftersom skilda medieinnehåll *de facto* presenteras på ett och samma medium, har termen *unimedium* eller *monomedium* istället föreslagits (se härom Lahore i Congrès du Premier siècle du cinéma s 61 och 78).
[544] Se Loewenheim i GRUR 1996 s 831.
[545] Prop 1995/96:125 s 136.

terms of technology, it is situated at the crosspoint of the information and communication technologies. It combines digital video, informatics and digital communications.

Multimedia bygger på en samverkan mellan två typer av mjukvara. Den ena utgör basens källmaterial, t ex stillbilder, rörliga bilder, text och musik. Den andra typen av mjukvara möjliggör effektiv tillgång till de olika källorna.[546] Det är fråga om en hybrid av digitalteknik och digitaliserat verksinnehåll som tidigare utnyttjats var för sig.[547]

Den materiella grunden i multimedietekniken utgörs av en vanlig datorutrustning, som förses med mjukvara av skilda slag, t ex bild- och textdatabaser, rörliga bilder och mjukvara som på ett effektivt sätt kan koppla samman de olika källorna genom att t ex samtidigt söka på vissa ord eller företeelser i flera databaser eller andra källor samtidigt. Därefter kan materialet från de olika källorna samtidigt, i önskad ordning och på önskat sätt, samordnas och redovisas på datorskärmen, lagras på terminalens minne eller skrivas ut på en skrivare. Multimedia är därmed, enkelt uttryckt, den mjukvarupåbyggnad som gör informationen i databaser användarvänlig. Tekniken förenklar särskilt sökmöjligheterna och förenklar användargränssnittet.

3.9 Cyberspace och VR

Ett stort område genom vilket bilder ytterligare kommit att immaterialiseras är *cyberspace* och *virtual reality* (VR). Tekniken möjliggör för människor att, inom vissa gränser, verka i en digitalt skapad värld. Denna teknik, som är en utveckling av databas- och multimedietekniken, har en rad upphovsrättsliga applikationsområden och ger upphov till flera upphovsrättsliga problem. För det första är fundamentet i *cyberspace* upphovsrättsligt skyddade datorprogram, som i sig åtnjuter skydd som litterära verk. Emellertid har programmen en väsentlig funktion att ge, inte bara en bildmässig, utan tillika en audiovisuell och rumslig eller *världslig* upplevelse. Den har naturligtvis likheter med film och videogram men är olik dem i det att en användare kan intervenera och skapa nya kombinationer av ljud och bild i den konstgjorda världen. Variationsvidden är naturligtvis given av programskaparen, men ju större möjligheterna för variationer är desto större blir också möjligheterna för intervenienten att åstadkomma situationer som varit oförutsedda av upphovsmannen.

[546] Jfr Loewenheim i IIC 1996 s 42.
[547] Ibidem.

Cyberspace[548] är ett digitalt åstadkommet globalt nätverk som styr en datorburen, multimedial artificiell värld.[549] Kopplad till ett globalt nät kan denna värld åtkomliggöras med datorn som användargränssnitt. De fenomen som sålunda åtkoms är inte fysiska utan digitala objekt och de behöver inte heller vara digitaliserade representationer av fysiska föremål. De kan lika gärna vara digitalt skapade.[550] *Cyberspace* möjliggör och inbjuder till skapande av digitala allkonstverk som lösgör sig från traditionella kategorier. *Cyberspace* möjliggör interaktion mellan konstnär och betraktare. Cyberspace har också kommit att utnyttjats av konstnärer som på olika sätt börjat utforska det virtuella rummets möjligheter. Ännu mot slutet av 1990-talet är *cyberspace* ändå mer en värld under byggnad eller en utopi än reellt existerande.

VR kan betraktas som en del av *cyberspace*[551] och är kanske dess mest utrerade form. En människa kan uppleva den digitalt skapade verkligheten genom att ta på sig en hjälm som samtidigt som den ger syn och bildintryck avskärmar verkliga intryck. Genom att anbringa sensorer på händer, fötter och huvud kan människan agera i den fiktiva verkligheten och påverka den. Om hon vrider på huvudet, ändras med datorns hjälp bilden framför ögonen på sådant sätt att det uppfattas som om hon själv rörde sig i den konstgjorda världen. VR är egentligen varken två- eller tredimensionell. Det bygger på tredimensionell grafik, s k 3D-teknik, som syftar till att skapa en illusion för den som rör sig i den virtuella verkligheten av att vara just i ett *verkligt* rum.[552] Rummet kan vara i stort sett vad som helst och variera med det syfte som skaparen av den virtuella realiteten har haft. Systemet kan hantera data om det digitala objektets tredimensionella form och det kan också skapa hydrauliskt motstånd i handsken med sensorer, så att det känns som om man håller i ett *verkligt* föremål. Om objektet är definierat som ett sammansatt objekt, kan man t ex plocka sönder det i mindre delar.[553]

I VR kan flera människor också interagera med varandra. Det kan ske på distans genom uppkoppling via telenätet till en och samma VR-utrustning. I den digitala världen kan man då, känd eller okänd, ikläda sig skepnader och uppträda inför den interagerande.

[548] Ordet Cyberspace härrör från *science fiction*-författaren William Gibson, som främst i sin bok Neuromancer (1984) beskrev hur människor flydde in i en digital konstgjord värld.
[549] Benedikt i Cyberspace s 122.
[550] Op cit s 123.
[551] Jfr Seipel i Nordic Conference on Copyright Issues s 20.
[552] Se Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering s 111 ff.
[553] Jfr op cit s 114.

VR-tekniken utvecklades ursprungligen för att användas i simulatorer för pilotutbilding och för militära ändamål. Att därifrån vidareutveckla simulatorerna till avancerade spelprogram eller anpassa dem till andra mer civilt betonade användningsområden har inte varit något avlägset mål. Även om den kanske hittills vanligaste användningsformen varit i avancerade spelprogram, finns tekniken tillgänglig för en rad olika syften. VR har fått stor betydelse för CAD-tekniken, där den används för att skapa rumsuppfattning t ex i arkitektritningar (jfr ovan 3.4.2).

Tekniken kan utnyttjas för simulerad närvaro i en verklighet som kan bestå i allt från studium av trafikplatser, städer, museer och andra sevärdheter till medicinska ändamål såsom anatomiska studier av människokroppen.[554] Den kan också tjäna konstnärliga syften såsom virtuella gallerier, där såväl digitaliserad som digitalt skapad konst kan beskådas och där galleribesökaren kan röra sig *fritt* i det digitala rummet och se alstren från skilda håll – kanske därtill också vidröra dem eller *köpa* dem och ta dem med sig hem till den egna digitala hemmiljön.[555]

Här öppnas nya frågor om vad som skall vara skyddsförtjänt inom VR. Virtuella överraskningar såsom ett digitalt skapat föremåls helt oväntade tyngd, baksida, rörelse eller förutsättningar för hur det kan plockas sönder och därefter kanske sätta samman sig självt i ursprunglig eller ändrad form är ju konstnärliga tillskott av ett delvis nytt slag. Här visar sig de kanske tydligaste upplösningstendenserna i bildkonsten med anledning av digitaltekniken. Här är det en och samma person som kan åstadkomma såväl ett konstnärligt skyddat eller oskyddat föremål som förutsättningar för hur föremålet kan upplevas. I analoga sammanhang har dessa upplevelser, t ex i filmtekniken, fördelats på ett helt annat sätt mellan olika personer – manusförfattare, scenograf, regissör och skådespelare.

3.10 Bilduttryckens gemensamma nämnare

Som ovan konstateras kan alster av bildkonst ta sig skilda uttryck. Bildkonstuttryck kan röra sig relativt fritt inte bara mellan lagens kategorier, utan också mellan det i lagen kategoriserade området och andra bildföreteelser. Detta skapar kategoriseringsproblem. Det kan vara svårt att

[554] Jfr Rötzer i Cyberspace. Zum medialen Gesamtkunstwerk s 12.

[555] Virtuella museer betecknar multimediala utställningar som ofta saknar en motsvarighet i verkligheten. Utställningarna består vanligen av nätverksburna tvådimensionella bilder, text och ljud (se prop 1995/96:125 s 63).

veta om det är fråga om ett alster av bildkonst eller brukskonst, film eller fotografi. Det kan också skapa upphovsrättsliga tillämpningsproblem. I större eller mindre mån har den legala kategoriseringen betydelse för de upphovsrättsliga förfogandemöjligheter som kan finnas över verket.

De förarbets- och doktrinuttalanden vilkas syfte varit att vägleda bedömningen av de grundläggande krav som ställs på ett verk för att det skall skyddas erbjuder sammantagna inte någon klar och entydig avgränsning av bildverkets område.[556] Att bildverkets gränser är så oklara har sin förklaring i att rättsområdets skyddsföremål kan skifta till utseende från företeelse till företeelse och över tid. Att gränserna har suddats ut har också sin förklaring i den relativt yviga debatt som förts om upphovsrättens föremål. Debattens uppkomst kan förklaras dels av att konsten i sig är ett svåravgränsat område, som vilar på subjektiva värderingar, dels av att området inte ringats in genom domstolspraxis och dels av rättspolitiska motsättningar.

Även om flertalet bilder håller sig inom ramen för det i motiven preciserade kärnområdet, har i det föregående uppmärksammats en rad företeelser i den moderna bildvärlden som tangerar det av AK preciserade områdets gränser. Skilda uttryck, såsom *ready-mades*, och datorkonst, har ansetts sakna, inte bara konstnärlig individualitet och konstnärligt syfte, utan stundtals även en upphovsman och ett materiellt uttryck. Några företeelser har förkastats för att de inte är annat än idéer, t ex konceptkonst, medan andra har förkastats för att de endast är efterbildningar av vad som redan skapats eller vad som skapats av naturen eller av maskiner – *objets trouvés*. Fotografi och brukskonstsområdet har under lång tid uteslutits från upphovsrätten därför att upphovsmannens skapandekraft inte lämnat spår i det slutgiltiga resultatet. Brukskonstalster förnekades också länge skydd, eftersom de inte uttryckte upphovsmannens konstnärlighet utan ett funktionellt syfte. Tanken går igen i utvecklingen av skyddet för reklamalster.

En jämförelse mellan skapandeförutsättningarna för den moderna bildkonsten och skapande med hjälp av digitalteknik visar med övertygande tydlighet att det är samma typer av problem som uppstår när uttrycken prövas mot traditionella skapandekrav. Ett alster som skapats med datorers hjälp har på samma sätt som ett konceptkonstverk ansetts inte vara skyddsvärt för att upphovsmannens individualitet inte kommit till uttryck i alstret. Skyddet har också ifrågasatts när bilden inte fixerats. Kategoriseringsproblem uppstår även när alster av bildkonst konfronte-

[556] Jfr Strömholms utförliga undersökning av upphovsrättens verksbegrepp som i princip mynnade ut i att verksbegreppet är oenhetligt (Upphovsrättens verksbegrepp s 231 ff).

ras med fotografier, audiovisuella verk och brukskonstverk i vilka de kan återges eller till vilka de kan omformas.

Trots att lagen i princip uppställer samma krav på allt skapande, finns det uppenbart skillnader mellan olika verkstyper.[557] Det kan antas att URLs indelning i kategorier har bidragit till att diversifiera bildobjektet. I vissa fall kommer skillnaderna också till uttryck direkt i lagen, såsom vad gäller fotografier som har fått ett skydd oavsett skapandeinsats. Även om den kreativa skaparinsatsen är desamma för ett traditionellt bildkonstverk som för ett konceptkonstverk förefaller skyddsmöjligheterna vara mindre för konceptkonstverket. Det gäller i vart fall om de kriterier som uppställts i motiv och doktrin skall vägleda. Trots att den skapande insatsen är större vid tillblivelsen av en *ready-made* än för ett fotografi, så är det enligt gällande rätt lättare att få skydd för fotografiet.

Också skyddsomfånget kring de skilda prestationerna varierar mellan olika uttryck. Det är en generell princip i immaterialrätten att alster med liten originalitet eller med utpräglat praktiskt syfte, såsom reklamalster och brukskonst, lätt får ett snävare skyddsomfång än med traditionell teknik skapad bildkonst. Medan skyddsomfånget blir relativt ointressant på bildkonstområdet, har det ofta vågmästarrollen på brukskonstens område.[558]

I doktrinen förekommer också uttalanden om ändamålsenligheten av att skilda typer av verk ges olika skyddsomfång.[559] Skillnaderna framträder enligt *Koktvedgaard/Levin* mellan det rent konstnärliga områdets alster och företeelser av mer industriell art, bl a brukskonst och datorprogram. Eftersom industriella företeelser har betydelse för näringslivet, påverkar rättsskyddet konkurrensförhållandena. "Att lagen förefaller ställa samma krav på alla verkstyper, bör alltså inte leda till missuppfattningen att allt kan skäras över en kam. Så sker inte i praxis, och så bör det inte heller vara."[560]

Några tumregler som kan läggas till grund för verksbestämningen och verksavgränsningen kan med stöd i utredningen så långt ändå presenteras: *Ju färre dimensioner bilden har desto närmare är den bildbegreppets kärnområde.* Bildkonst uppträder vanligen i två eller tre dimensioner. Men även andra än bildkonstuttryck i tre eller fler dimensioner kan skyddas såsom alster

[557] Koktvedgaard/Levin s 73 ff och Karnell, Programinnehållet i TV s 108; jfr för tysk rätts del genomgången av praxis från den tyska HD av Engisch i Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm s 369 ff.
[558] Jfr Levin i NIR 1994 s 240.
[559] Godenhielm i NIR 1981 s 296 f; jfr Bernitz i NIR 1994 s 360 och för tysk rätts del Engisch i Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm s 386 f.
[560] Koktvedgaard/Levin s 67.

av bildkonst genom att de avbildas i två dimensioner eller efterbildas i tre dimensioner. Enligt huvudregeln sker ett upphovsrättsligt kategoribyte först i och med att verket byter *dimension*. Kategoribyte sker t ex när en bild animeras, när ett byggnadsverk målas av, när en bok filmatiseras eller när en skulptur avfotograferas. Ett undantag är dock att en skulptur kan avbildas genom konstnärligt förfarande eller fotografi. Både skulptur och avbildning kan då avse skilda exemplar av skulpturen som ju båda är alster av bildkonst. Alster av bildkonst kan därmed alltid samlas inom två dimensioner, men kan stundtals också uttryckas tredimensionellt.

Ju mer av manér, idé, motiv- eller sakinnehåll bilden representerar i förhållande till bildinnehåll, desto svårare är det att bestämma skyddsområdet. Utanför området för rent figurativa bilder tilltar svårigheterna att dra gränsen mellan motiv, innehåll och form. I den s k konceptkonsten uppstår svårigheter med att ge den konstnärliga idén ett materiellt uttryck. På området för tecknade serier är det ofta svårt att dra gränsen mellan själva seriefigurens *personlighet* och dess konstnärliga uttryck. I fråga om *reklamlayout* eller TV-format kan det vara svårt att utanför området för komposition och idé finna en fast kategori som kan rymma ett upphovsrättsligt skydd. Eftersom bildkonsten är ett skydd för ett synligt bilduttryck, d v s en form, blir skyddet svagt. Formen samsas med annat som är intressant att utnyttja, såsom figuren i en serie, ett visst manér, bilder som gjorts av en ritande skulptur, reliker från en happening eller rena sakuppgifter.

Ju fastare medium bilden har, desto säkrare är skyddet. Tydligast är det kanske vid bedömningen av skydd för ljus. *Fotoner*, vars materia dryftats även inom fysiken, skapar ju också upphovsrättsliga kategoriseringsproblem (jfr ovan 3.4.3). Trots att upphovsrätten är ett skydd för immateriella prestationer, sviktar den när prestationen inte kommer till materiellt uttryck. Att skydd för livebilder står på lös upphovsrättslig grund konstateras ovan. Skyddet stärks dock avsevärt redan vid fixering vid en materiell bärare. Då finns ju typiskt sett ett fotorättsligt bildskydd för den bild, som upptagningen kommer till fast uttryck i. Objekt i aktionskonsten, där människor utför konstverket, blir lättare att skydda om de filmas. De skyddas då inom videokonstens ramar och kan preciseras till ett audiovisuellt verk. Skyddet kan också bli starkt genom att omskapas till en animerad film där aktionen eller happeningen omvandlas till tecknade bilder. Anledningen härtill är att det konstnärliga innehållet på så sätt binds i företeelser (kategorier) som traditionellt har hört till det av upphovsrätten skyddade kärnområdet. Det ligger närmare till hands att anse en tecknad bild vara ett av upphovsrätt skyddat verk än en happening i faktiskt utförande. Grunden till att problemen uppstår finns alltså kanske främst i den gamla indelningen i kategorier.

Det visar sig också att *ju mer digitaliserad en bild är, desto lättare kan den bearbetas och omskapas till nytt och självständigt bildinnehåll* och desto svårare är det att åtskilja olika bidragsgivares arbetsinsatser i det digitaliserade alstret. Bearbetningsbarheten har sin grund i såväl bildens känslighet för bearbetning som teknikens nya förutsättningar. Bildskapande är av tradition ett långsamt och tålmodigt arbete. De stora mästarna tog ofta många år på sig att färdigställa en stor oljemålning. Ur det perspektivet blir moderna digitala bildbehandlingshjälpmedel mycket kraftfulla instrument, trots att det ofta tar tid att lära sig att behärska dem.

Man söker ändå gärna efter en minsta gemensam nämnare – en för alla bilduttryck gemensam kärna. Ur upphovsrättslig synvinkel borde kärnan vara den av AK valda preciseringen av bildkonst, d v s en *fixerad framställning i (helst) varaktigt material av synliga föremål som skapats med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan.*[561] En jämförelse mellan de inledningsvis definierade bildegenskaperna *visualitet, samtidighet, känslighet* och *materialitet* och AKs definition av bildkonst ger i princip också att ju starkare de egenskaperna gör sig gällande, desto tydligare svarar det mot AKs bildverksavgränsning. Kravet på *fixering* svarar mot bildens *materialitet* och AKs *synlighetskrav* svarar mot bildens *visualitet.* Ju *varaktigare* verket är desto mer har det *samtidighetsegenskap.* Om bildföremålet har de här angivna egenskaperna, blir det också *känsligt* för bearbetning.

De angivna bildegenskaperna får antas utgöra bildverkets gemensamma nämnare. För att gränsen mellan bildverk och andra verksföreteelser skall framträda tydligare, bör emellertid hela det i detta kapitel beskrivna området beträdas. Därför får det vidare bildföremål som utforskats i denna huvudavdelning tjäna som förfogandeobjekt i den följande. Först sedan förfogandemöjligheterna och de faktiska förfogandena över verket beskrivits, kan analysen av bildverkets föremål och gränser återupptas.

[561] Se SOU 1956:25 s 65.

KAPITEL 4
FÖRFOGANDEOBJEKTET

I det föregående har gjorts ett försök att utmejsla ett objekt – ett bildverk. Det står i denna huvudavdelning till upphovsmannens *förfogande.* Det är främst upphovsmannens egna förfoganden över bildverket, men också annans lovliga eller olovliga förfoganden över det som beskrivs och analyseras.

Medan upphovsrättens *subjektsproblem* avser den i föregående huvudavdelning utförligt beskrivna relationen mellan *upphovsman* och *bildverk*,[1] rör *objektsproblemet* relationen mellan *betraktare* och *objekt.* De angivna relationerna lägger grunden för ett synsätt på bilden som budskap i en enkel kommunikationsmodell:

UPPHOVSMAN (subjekt = sändare) →
BILD (objekt = budskap) → BETRAKTARE (mottagare).

Betraktaren kan teoretiskt sett vara upphovsmannen själv, men från förfogandesynpunkt är det intressant endast när han är någon annan. Det kan t ex vara någon som har tillåtelse att utnyttja verket enligt avtal eller tredje man som eljest lovligen eller olovligen förfogar över verket. Gränsen mellan skapande och förfogande är emellertid inte alltid skarp. I en bearbetningssituation är den skapande bearbetaren samtidigt utnyttjare av det som någon annan har skapat. I en digital miljö blir den situationen särskilt tydlig, eftersom bearbetningen av digitalt eller digitaliserat verksinnehåll förenklas. Upphovsmannen kan själv finna andra verk i t ex digitala databaser, som han hämtar till sin terminal. Där använder han dem för bearbetning eller inspiration till att åstadkomma nya och självständiga verk som åter kan exploateras. Resultatet blir att gränsen suddas ut mellan upphovsman och användare. Det kan hända att upphovsmannen i traditionell mening förvandlas till en *bearbetare* i en större och oöverblick-

[1] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 93.

bar skapandeprocess. Om inte den siste bearbetaren förvärvat de rättigheter som tidigare bidragsgivare kan ha till sina bearbetningar, kommer rätten till den slutgiltiga produkten att innehas samfällt av alla dem som givit ett skyddsvärt bidrag,[2] vilket ger dialektik åt kommunikationsmodellen:

UPPHOVSMAN → BILD →
BETRAKTARE = UPPHOVSMAN →

Här möter de yttersta förutsättningarna för skapande och bearbetning i 1 och 4 §§ URL förfoganderättens yttersta förutsättningar enligt 2 § URL. 2 § URL stadgar uttryckligen att rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten avser verket inte bara i ursprunglig utan även i *ändrad form*, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik.[3] Förfoganderätten är därmed direkt kopplad till bearbetningsreglerna i 4 URL. Den som förfogar över bildverket får inte bearbeta det inom ramen för 4 § 1 st URL utan upphovsmannens tillstånd.[4]

Verket skapas visserligen av upphovsmannen, men ett upphovsrättsligt förfogande över det uppstår först när det kan upplevas av andra.[5] Från förfogandesynpunkt är relationen mellan upphovsman och verk alltså inte av intresse i sig, utan endast medelbart. Om något av de rekvisit som anger skyddsförutsättningar saknas, faller också möjligheterna för upphovsmannen eller hans rättighetshavare att förfoga över verket enligt 2 § URL. Då finns inte något objekt i *upphovsrättslig* mening att förfoga över.

Ett särdrag hos konsten är att den upplevs olika av skilda betraktare. Att verksbedömningen vilar på subjektiva värderingar har också framkommit tydligt i det föregående. Ur upphovsrättsligt perspektiv leder det till en konflikt mellan det i sig fasta, dogmatiska verksobjektet och den subjektiva upplevelsen av det.[6] Faktum att upplevelser av verket kan vara olika ger upphov både till tolkningsproblem och praktiska hanteringsproblem, eftersom det trots att det uppmärksammats i doktrinen[7] i princip inte öppet erkänts och införlivats med upphovsrättens dogmatiska teori. Eftersom upphovsrätten saknar registrering eller annat auktoriserat kvalifikationssystem, som initialt tilldelar företeelserna skydd, måste la-

[2] Jfr Dreier i Digitalisering s 125.
[3] Jfr SOU 1956:25 s 99 där det uttalas att förfoganderätten över verket gäller verket även i förändrad form, så länge verkets "inre form" är bibehållen.
[4] Se SOU 1956:25 s 99 f.
[5] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 96.
[6] Se op cit s 96 f.
[7] Se Bergström, Uteslutande rätt s 68; jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 138.

gen utgå ifrån att verksobjektet är konstant och att det inom vissa bedömningsramar upplevs enhetligt av alla betraktare eller att åskådarskaran är enhetlig.

Man kan tala om utnyttjandets subjektiva och objektiva rekvisit. De subjektiva rekvisiten kommer till uttryck när upphovsmannen hävdar att någon annans prestation eller alster gör intrång i hans rätt och den mot vilken intrångstalan riktats kan på samma sätt hävda att alstret saknar skydd. Om konstnären tror att hans verk är skyddat, så vill han kanske upplåta rätten till det. Men det är förgäves, om den som betraktar verket inte kan uppfatta det som den står inför som ett verk, utan tror att utnyttjandet av alstret är fritt. Även om upphovsrätten inte tar någon hänsyn till utnyttjandets subjektiva rekvisit i dessa hänseenden, får situationen juridisk relevans när det är en domstol som intar betraktarens roll. De beskrivna subjektiva uppfattningarna kan leda till upphovsrättslig tvist. Domstolen kan då fastställa om det finns ett verk eller inte och domarens subjektiva uppfattning får *objektiv* verkan.

Till den primära verksupplevelsen kan läggas ytterligare tre viktiga faktorer som har betydelse för om det är fråga om ett upphovsrättsligt förfogande: man kan tala om *mängd, tid* och *materialitet.* För att det skall kunna vara fråga om ett utnyttjande av verksinnehåll krävs att det är så mycket som utnyttjas att det framstår som ett verk. Det utnyttjade måste med andra ord nå verkshöjd. När det gäller *tidsdimensionen* finns inte någon lika tydlig gräns. Ett utnyttjande av en bild kan ske även under mycket kort tid.[8] Kanske är det tillräckligt med s k *subliminal perception* av verket. För att det skall vara ett utnyttjande i lagens mening, måste verket i vart fall *framträda* såsom ett verksinnehåll i någon mening. Om *visningen* av ett bildverk sålunda sker under kortare tid än vad som kan uppfattas av det mänskliga ögat eller av känd teknisk upptagningsutrustning, bör det inte vara en visning i lagens mening. Teoretiskt sett borde det därför med denna utgångspunkt för resonemang finnas en skillnad mellan bilder å ena sidan och verk som kan framföras å den andra där tiden är av en helt annan betydelse för tillgängliggöranden för allmänheten (jfr nedan 5.6.1). Även om huvudregeln är att bilden skall komma till visuellt uttryck för att åstadkomma ett upphovsrättsligt förfogande, så kan det äga rum, även om bilden inte är iakttagbar för människan. En exemplarframställning kan ske i digital form och bilden kan visas offentligt utan att någon är där och tar del av den. Såsom upphovsrätten har kommit att utvecklas i praxis, bör även en bild som visas i ett mörkt rum falla inom det

[8] Jfr för musikområdets del NJA 1986 s 702 (Wickstrand) och utförligt härom nedan.

skyddade området.[9] Ett annat näraliggande fall är tredimensionella bilder som kan upplevas med känseln.

Något direkt krav på viss *materialisering* ställs generellt inte heller för att det skall vara ett utnyttjande enligt nordisk rätt,[10] men så länge bildverket inte fått en faktisk, kroppslig gestalt, saknas i praktiken den viktiga upphovsrättsliga skyddsgrunden. Bildverket skyddas i princip oavsett fixering vid ett medium. Förhållandet har för bilder inte särskilt stor betydelse, eftersom de i så hög grad är förenade med det medium på vilket de lagrats. Enligt AK förelåg emellertid en del verk, såsom bildkonst och fullbordade filmverk, alltid i fixerad form. De kunde inte anses existera utan fixering. Andra verk kunde däremot existera utan att vara nedlagda i ett exemplar, såsom t ex memorerade dikter och musikstycken.[11] Skydd för ofixerade bildverk kan dock få viss betydelse när alla exemplar av ett verk gått förlorade. Skyddet kan leva vidare trots avsaknad av exemplar. Verket lever i minnet hos dem som faktiskt upplevt ett exemplar.[12] Till skillnad från musikaliska verk och litterära verk som kan överföras genom muntlig tradition under lång tid, torde *hörsägen* om ett bildverks utseende endast undantagsvis kunna ligga till grund för en uppfattning om hur verket faktiskt ser eller sett ut på ett så konkret sätt att det sägs vara objekt för förfogande. Det är i grunden ett utlopp av bildens känslighet. Det hindrar inte att man teoretiskt sett kan tänka sig att ett verk efterbildas ur minnet (jfr dock ovan s 72 om s k *objet fantôme*). Huvudregeln var dock enligt AK att alla verk på något sätt var fixerade i åtminstone ett föremål,[13] vilket väl i vart fall också får anses vara en huvudregel.

4.1 Förfoganderätten

Lagen ger i 2 § URL en ensamrätt (uteslutande rätt) åt upphovsmannen att förfoga över verket. Med uttrycket *förfoga* avsågs enligt AK den *ekono-*

[9] Jfr NJA 1980 s 123 (Mornington) och NJA 1996 s 79 (BBS).

[10] Jfr t ex kravet i Section 102 (a) i den amerikanska Copyright Act på att en exemplarframställning förutsätter fixerats i ett *tangible medium*.

[11] SOU 1956:25 s 93.

[12] Frågan om huruvida verket fortfarande finns till om alla exemplar gått förlorade och om alla som upplevt verket är döda, har stundom diskuterats. Vanligast förefaller den uppfattning vara att verket i sådana fall upphör att existera som sådant. Diskussionen, vilken närmast leder tankarna till Berkeleys värld, torde emellertid sakna praktisk betydelse.

[13] SOU 1956:25 s 93.

miskt betydelsefulla sidan av rätten.[14] Det innebär att upphovsmannen själv får utnyttja sitt verk medan andra inte kan göra det, om det inte sker med upphovsmannens eller hans rättighetshavares medgivande eller med stöd av någon särskild lagregel.[15] Man kan säga att lagens förfogandemöjligheter står till upphovsmannens förfogande som en exklusiv rätt om och när han vill utnyttja dem. På så sätt liknar de väsentligen en äganderätt. Förfoganderättens yttre gränser kan, alltefter *lagstiftarens vilja*, inskränkas eller vidgas. I princip sätts gränsen endast av grundlagen (RF 2:19), som garanterar konstnärer ett skydd för deras verk.

Det upphovsrättsliga utnyttjandet av ett verk kan ta sig mångahanda uttryck. Verket kan t ex framträda i ett nytt exemplar eller spridas eller visas, framföras på scenen, sändas i radio eller TV eller vidaresändas genom kabelöverföring.[16]

Man brukar skilja mellan rättens *positiva* och *negativa* sida.[17] Den positiva sidan ger åt upphovsmannen en rätt att förfoga över bildverket som ett förmögenhetsobjekt. Förfoganderätten har i lagen kommit till starkast uttryck i RF 2:19, men återkommer även i 1-2 §§ URL. Den positiva rätten har därigenom verkan av ett privilegium för upphovsmannen att bestämma vilka som skall få ta del av verket.[18] Men för att göra privilegiet till en reell rättighet måste det stå sanktioner bakom.

Bergström beskrev den negativa sidan av upphovsrätten som en *reflexverkan* av den positiva.[19] Den negativa sidan utgör upphovsmannens möjligheter att hindra intrång av oberättigade och kommer till tydligast uttryck i lagens *sanktioner* – straff, skadestånd, förbud, säkerhetsåtgärder m m. I och med att intrång är straff- och skadeståndssanktionerat, syftar upphovsrätten till att avhålla andra än upphovsmannen från att olovligen verka på ensamrättens område.

I den doktrin som berört rättens positiva och negativa sida har den negativa oftast framförts som den primära. För *Lund* var den negativa funktionen den viktigaste i rent konstnärligt hänseende.[20] *Bergström* satte också den negativa sidan före den positiva. Enligt honom var det förbudsrätten som var den faktiska förfoganderätten.[21] Enligt min mening är förbudsrätten endast ett medel för att upphovsmannens ute-

[14] SOU 1956:25 s 275.
[15] Immaterialrätt 39; Jfr Bergström, Uteslutande rätt s 140.
[16] Jfr Immaterialrätt s 38.
[17] Lund, Billedkunsten s 122 f; Ross i TfR 1954 s 85 ff; jfr Bergström, Uteslutande rätt s 133 ff.
[18] Bergström, Uteslutande rätt s 144; jfr SOU 1956:25 s 92.
[19] Bergström, Uteslutande rätt s 144.
[20] Lund, Billedkunsten s 123.
[21] Bergström, Uteslutande rätt s 144 f.

slutanderätt skall kunna upprätthållas. I nordisk rätt bestäms ju upphovsmannens förfoganderätt inte primärt av sanktionerna utan av den ekonomiska rättens omfattning. I grunden faller ordningsföljden emellertid tillbaka på frågan om vad som skall vara normaltillstånd – skyddat eller oskyddat område.[22] Den fortsatta undersökningen tar utgångspunkt i den positiva sidan. Den viktigaste följden härav är att sanktionssystemet inte tas upp till behandling.[23]

Gränsen mellan positiva och negativa förfoganden i modern upphovsrätt kan dock vara flytande. Idag binds ofta rättigheter och förutsättningarna för deras utövande samman till komplicerade system, där den positiva rätten är starkt omgärdad av inskränkningar och förbehåll, t ex där förutsättningar för kollektiv förvaltning av rättigheter är uttryckligt reglerad i lag. I många hänseenden är också förutsättningarna för rättens utövande samtidigt villkorade av andra regler, t ex genom konkurrenslagstiftning.

Det är kombinationen av *ensamrätt*, *inskränkningar* och *närstående rättigheter* som formar förfogandeobjektet. Ensamrätten bestäms genom upphovsmannens lagliga förfoganderätt enligt 2 § URL. Som kommer att utvecklas i följande kapitel innebär den en rätt för upphovsmannen att framställa exemplar av verket och att på skilda sätt göra det tillgängligt för allmänheten. En total och oinskränkt ensamrätt skulle innebära ett slags monopolrätt som hämmade effektiviteten i samhället. Till upphovsmannens ekonomiska rätt enligt 2 § URL ansluter därför i 2 kap URL ett batteri av *inskränkningar* i rätten.

Olika långtgående inskränkningar i skilda förfoganden och för skilda verkskategorier skapar därför *luckor* i den i princip heltäckande ensamrätten. En sådan lucka bildar t ex det undantag som tillåter exemplarframställning för enskilt bruk (se nedan 5.4.2.1). En annan finns i visningsrätten för alster av bildkonst (se nedan 5.6.1). En tredje utgör den inskränkning som tillåter avbildning av konstverk som är stadigvarande placerade på eller vid allmän plats utomhus (nedan 5.7.1). Luckorna ger möjlighet för andra att utnyttja verken på sätt som är till ekonomisk nytta för utnyttjaren, men som har mindre ekonomisk betydelse för upphovsmannen eller som upphovsmannen alls inte kan tillgodogöra sig på rent upphovsrättslig väg. De närstående rättigheterna såsom rätten till fotografisk bild i 49 a § URL och katalogsskyddet i 49 § URL utvidgar i motsats till inskränkningarna rätten enligt 1 och 2 §§ URL, men de närstående rättigheterna är i sig också försedda med en rad inskränkningar.

[22] Jfr Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 235.

[23] Nordisk rätt skiljer sig härvidlag från upphovsrätten i England och USA som väsentligen innebär ett skydd mot annans kopiering av ett verksinnehåll.

För att i någon mån täppa till de luckor som uppstår på grund av att upphovsmannen ansetts inte kunna tillgodogöra sig sina ekonomiska intressen, har skapats vissa upphovsrätten närstående ersättningsformer. En är *visningsersättning* till konstnärer för vissa fall när deras verk visas offentligt. En annan, med mindre betydelse för bildupphovsmannen, är *bibliotheksersättning*. Ytterligare en för de nordiska länderna dock inte existerande ersättningsform är *domain public payant*, varmed avses särskilda avgiftssystem som går ut på att den som utnyttjar ett verk efter skyddstidens utgång skall betala en avgift, vanligen till en fond för understöd, stipendier etc till upphovsmän.[24]

[24] Immaterialrätt s 48.

KAPITEL 5
UPPHOVSMANNENS ENSAMRÄTT

I detta kapitel behandlas främst upphovsmannens positiva rätt att förfoga över verket.

Uteslutanderätten att förfoga över verket avgränsas generellt av 2 § URL. Där ges upphovsmannen en rätt att *framställa exemplar av det* och att göra det *tillgängligt för allmänheten* i *ursprungligt eller ändrat skick*. Båda dessa huvudsakliga förfogandemöjligheter tjänar syftet att upphovsmannen skall kunna bestämma allmänhetens tillgång till och kännedom om verket.[1] De är gemensam grund för utgivningsbegreppet i 8 § 2 st, d v s framställning av exemplar och spridning till allmänheten.[2] De ingår också båda som oupplösliga komponenter i många upphovsrättsavtal, såsom t ex förlagsavtal[3] och merchandisingavtal.

När det gäller konstverk tenderar utgivningsbegreppet att suddas ut. Om ett konstverk säljs offentligt på den reguljära konstmarknaden, t ex i ett galleri, bör det inte råda någon tvekan om att verket är utgivet. Överlåts verket direkt utan mellanhand, bör det tvärt om inte anses utgivet. Däremellan finns en gråzon som kan rymma t ex situationen att konstnären anlitar en mellanman som säljer hans konstverk till privatpersoner vid hembesök.[4] För bildkonstens del har utgivningsbegreppet idag inte så central betydelse som för andra verkskategorier, eftersom även en överlåtelse av ett konstverk konsumerar spridningsrätten (jfr 20 § 1 st URL och nedan 5.6.2). I ett viktigt fall, nämligen kopieringsrätten i undervisningsverksamhet enligt 13 § URL, har dock utgivningen betydelse för om ett förfogande skall få ske över ett konstverk.

Den i 2 § URL åt upphovsmannen givna förfoganderätten är ett resultat av en utveckling. Efterhand har den ena efter den andra av de angivna förfoganderättigheterna vunnit erkännande i lagen.[5] För bildkons-

[1] Jfr Lund, Billedkunsten s 132 och 137.
[2] Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 95.
[3] Jfr SOU 1956:25 s 94.
[4] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 106.
[5] SOU 1956:25 s 87.

tens del var i princip alla de av upphovsrätt omfattade förfogandemöjligheterna erkända redan före lagens tillkomst. I 1919 års konstnärslag gavs i 2 § en rätt åt konstnären att efterbilda sitt konstverk, såväl om det skedde genom konstnärligt förfarande som genom mångfaldigande medelst tryck, fotografi, avgjutning eller på annat sätt. Till efterbildande hänfördes även att uppföra byggnadsverk efter ritning eller modell. Härtill anslöt ansvarsregeln i 15 § 1 st 2 för den som bl a saluförde eller eljest spred eller offentligen utställde ett skyddat exemplar.[6] I 1933 års danska lag var det tvärtom rätten att offentliggöra verket som framhölls som den huvudsakliga positiva rätten medan exemplarframställningsrätten hölls som en negativ sanktionsrätt.[7] I den äldre norska lagen var den ekonomiska uteslutanderätten något mer generellt formulerad än den svenska lagens. Den finländska lagen från 1927 innehöll mer detaljerade regler om både exemplarframställningens och offentliggörandets innehåll.[8]

Förfoganden som inte uttryckligen nämns i 2 § URL kan i princip inte göras gällande av upphovsmannen eller dennes rättighetshavare i den mening som avses i upphovsrättslagstiftningen.[9]

Rosén verkar vara av uppfattningen att de i lagen angivna typerna av tillgängliggörande för allmänheten skulle vara endast exemplifierande.[10] Flera argument talar emot att regeln skulle kunna ha en sådan innebörd. För det första anger själva ordalydelsen att ett offentliggörande sker endast på de i lagen angivna sätten. 2 kap URL har också utformats så att den rätt som givits i 2 § URL kan inskränkas, men i princip inte utvidgas. För det andra talas i motiven om 2 § URL som vore den uttömmande.[11] För det tredje är det angeläget av konkurrensrättsliga och konkurrensrelaterade skäl att avgränsa den ekonomiska förfoganderätten på ett mycket precist sätt. För det fjärde medför grundlagsskyddet att domstolen varken kan begränsa eller utvidga utrymmet för 2 § URL.

Något som å andra sidan skulle tala emot att förfoganderätten är uttömmande angiven i 2 § URL är dock att det i lagen förekommer förfoganden som inte direkt låter sig inordnas under vad som anges i 2 § URL. Ett talande exempel är *sändningsrätten*. Enligt svensk rätt har radio- och TV-*sändningar* traditionellt ansetts vara en typ av offentliga framföranden,[12] men vid närmare studium förefaller sändningsrätten idag behandlas som en egen förfoganderätt (se härom nedan s 266 angående konkurrensen mellan visningsrätt och sändningrätt).

[6] Se Lund, Billedkunsten s 135 f.
[7] Se op cit s 133 f.
[8] Se SOU 1956:25 s 89; jfr härtill om olikheterna i skilda länders förfoganderättigheter vid 1900-talets mitt Lund, Billedkunsten s 126 ff.
[9] Jfr Bergström, Uteslutande rätt s 140.
[10] Rosén i SvJT 1996 s 418.
[11] SOU 1956:25 s 101; jfr op cit s 87 där det anges att rätten är bestämd genom en uppräkning av vissa befogenheter att utnyttja verket.
[12] Olsson, Copyright s 55.

Även om rätten i 2 § URL är bestämd till endast vad som där anges, så förtar det ändå inte dess generaliserade utformning. AK betonade vikten av att finna en beskrivning av upphovsmannens rätt, som inte snabbt skulle bli omodern. Det var särskilt betydelsefullt när det gällde att ange de olika förfogandemöjligheterna över verket. En riktpunkt för AKs arbete var därför att finna en beskrivning som, i den mån utvecklingen på teknikens område kunde överblickas, blev bestående en längre tid. Valet stod mellan en allmän formel och en uppräkning av olika befogenheter. Uppgiften blev till slut att finna den allmänna formeln för upphovsmannens förfoganderätt som inte snabbt blev omodern genom teknikens utveckling.[13]

5.1 Inskränkningar i rätten

De inskränkningar som anges i 2 kap URL syftar till att tillgodose det behov av frihållning som kan bli ett resultat av att uteslutanderätten är heltäckande eller i vart fall har mycket vittgående avfattning. Det gör att inskränkningarna kan få olika karaktär i beroende av vad som skall uppnås. I vissa fall bygger den frihet som inskränkningarna ger främst på *vad* som skall mångfaldigas, visas eller spridas. I andra fall är det *resultatet* som nås genom att ett mångfaldigande sker eller vilket *ändamål* som ligger bakom visning eller spridning, som bestämmer inskränkningens art och omfattning.

Rena inskränkningar ger en rätt för envar att utan förhandsöverenskommelse och utan ersättning utnyttja verket. Rena inskränkningar täcker förutom rätten att framställa enstaka exemplar för enskilt bruk (se nedan 5.4.2.1) bl a även rätten att återge konstverk i 20 § 2 st och 23 § 1 st 1 p URL (nedan s 258 ff och 5.7.2), rätten att avbilda konstverk och byggnader i stadsbilden (24 § URL, se härom nedan 5.7.1), vissa arkivs och biblioteks rätt att mångfaldiga verk (16 § URL, se nedan s 231 ff) samt viss rätt att framställa exemplar av audiovisuella verk (nedan s 266 f).

Inskränkningar som inte är *rena* tillgodoser upphovsmannens ekonomiska intressen, även om han inte kan hindra själva utnyttjandet. *Tvångslicens* innebär att utnyttjaren får använda verket mot ersättning (se 18 och 26 a §§ URL). Ersättningens storlek kan antingen avtalas eller i sista hand

[13] SOU 1956:25 s 92.

fastställas av domstol eller av en skiljenämnd.[14] Antalet tvångslicensregler är litet. Det beror bl a på att utrymmet enligt BK för att införa sådana i nationell lagstiftning är starkt begränsat.[15] Tvångslicensreglerna medför att det i praktiken är *organisationer* som representerar upphovsmannen vid ingående av generella avtal med enskilda utnyttjare eller deras organisationer och – i aktuell uppfattning av tvångslicenssystemet – att avtal inte behöver träffas förrän efter utnyttjandet.

I och med 1960 års lag infördes i 22 § 2 st URL (sedan 1994 26 d § URL) en särskild avtalskonstruktion, nära ansluten till tvångslicensreglerna men med större avtalsdynamik. Den har kommit att kallas *avtalslicens* eller *utsträckt generellt tillstånd.* Den ursprungliga regeln gav ett radioföretag som regeringen bestämmer tillstånd att sända utgivna *litterära eller musikaliskt verk* mot ersättning.

En förutsättning för avtalslicens är att det föreligger ett avtal om verksutnyttjande mellan utnyttjaren och en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän på området. Enligt avtalslicensen får användaren rätt att utnyttja verk av det slag som avses med avtalet trots att verkens upphovsmän inte företräds av organisationen (se härom vidare nedan 7.9.1).

Lagens inskränkningar är i många fall generella med avseende på verkskategori eller verkstyp. Det betyder att några särskilda hänsynstaganden inte gjorts i dessa fall till bildens säregenskaper. Det gäller t ex för den institutionella exemplarframställningen (nedan 5.4.2.2) eller rätten att återge verk som syns eller hörs under en dagshändelse (nedan s 259 f). I andra fall har emellertid särskilda överväganden gjorts om inskränkningar i rätten till just bilder.

De inskränkningar som direkt tar sikte på alster av bildkonst är
- förbudet att genom konstnärligt förfarande efterbilda andra konstverk och att framställa skulptur (12 § 3 st 2-3 URL),
- rätten att återge konstverk i skolantologier (18 § URL),
- spridningsrätten i 19 § URL,
- visnings- och återgivningsrätten i 20 § URL,
- rätten att återge konstverk i en kritisk eller vetenskaplig framställning (23 § URL),
- rätten att återge konstverk i en tidning eller tidskrift i samband med en redogörelse för en dagshändelse (25 § URL),

[14] Jfr op cit s 98 och Andersen, Praktisk aftaleret s 649.
[15] Ibidem.

- rätten att avbilda konstverk om de finns på eller vid allmän plats utomhus,
- rätten att återge verk som ställs ut, är till salu eller ingår i en samling (24 § URL) och
- sändningsrätten i 26 d § URL.

Vissa av undantagen gäller bildkonst i viss inskränkt mening. I 12 § 3 st 2 talas om skulptur. I flera andra bestämmelser, t ex de närstående rättigheterna i 5 kap URL som gäller upptagningar, hänvisas till särskilda inskränkningar rörande bildkonst.

Medan rätten enligt 2 § URL har legat fast sedan lagens tillkomst, har inskränkningarna i 2 kap URL genomgått omfattande förändringar vid ett flertal tillfällen.[16] Också de närstående rättigheterna har ändrats. Ofta har reformerna syftat till en stärkning av upphovsmannens ekonomiska rätt, men stundtals har de varit till nackdel för honom. I viss begränsad utsträckning kan förfoganderättens gränser preciseras genom praxis. Det kan i så fall ske för att tillgodose allmänna och samhällsekonomiska intressen som verkar till att upprätthålla upphovsrättens grundläggande ändamål och syften.[17]

I det s k Wickstrandmålet berörde HD i sina domskäl förhållandet mellan ensamrätt och inskränkning. Domstolen uttalade att rätten att förfoga över verk var en fullständig och heltäckande rätt, varifrån vissa i lag särskilt angivna undantag hade gjorts i syfte att tillgodose samhälleliga intressen. Med en sådan uppbyggnad av lagen fanns endast ett synnerligen begränsat utrymme för domstolarna att i lagen intolka andra begränsningar i upphovsmannens rätt än dem som var angivna i lagen. Det syntes vara nära nog uteslutet att uppställa sådana begränsningar i syfte att tillgodose andra intressen än samhällets, såsom kommersiella intressen.[18]

Det utredningsarbete som gällt den nordiska upphovsrättslagstiftningen efter tillkomsten av 1960 års lagar har i stor utsträckning avsett reformering av 2 kap URL, d v s det område som inskränker och preciserar upphovsmannens ekonomiska uteslutanderätt. Målet har i stort varit att fördela rättighetshavarnas och utnyttjarnas positioner på marknaden och kan i det perspektivet betraktas som konkurrensrelaterat.[19] Den tekniska utvecklingen, tillsammans med de komplikationer som ligger i att många verk har ett flertal upphovsmän, som ofta är svåra att nå och träffa en-

[16] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 108 ff.
[17] Jfr Riis s 95.
[18] NJA 1986 s 702 (Wickstrand); jfr härtill domstolens motivering i NJA 1985 s 893 (Manifest) och NJA 1993 s 263 (Uppsala stadshus).
[19] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 107.

skilda avtal med, aktiverade i början av 1970-talet en utredning av möjligheterna att få till stånd kollektiva lösningar av utnyttjandeproblemen. Därmed kom motiven för inskränkningarna på detta område att successivt förskjutas från den rent konkurrensrelaterade balansen mellan ensamrätt och frihållning till intresset av att övervinna ensamrättens ohanterlighet i vissa lägen. Upphovsmannens anspråk på skälig ersättning för faktiska utnyttjanden har således fått träda tillbaka för *utnyttjarens intresse av att inte behöva söka överenskommelse* med varje upphovsman.[20]

1970- och 80-talens lagstiftningsarbete är mycket svåröverskådligt, eftersom många förslag till regleringar inte kunnat genomföras av politiska och andra skäl, i vart fall inte efter det första förslaget. Eftersom också verkligheten förändrats under utredningstiden och motiven för reglering då ofta framträtt i ny dager, har regleringsförslag ofta återkommit i nya skepnader. Det som sedan har resulterat i en reglering har i många fall måst revideras och korrigeras vid senare lagstiftning. Sådana revisioner har ibland skett för att åstadkomma största möjliga nordiska rättslikhet. Den lagstiftningsteknik som valts har byggt på väl preciserade undantag för särskilda kategorier, situationer och tekniker. Vartefter som nya situationer och ny teknik tillkommit har det ställt krav på ny revision av reglerna och på fler särregleringar. Det har givit 2 kap URL en komplicerad och teknisk utformning.

Att ge en fullständig bild av resultatet av upphovsrättsutredningarnas arbete skulle kräva en mycket ingående redogörelse för utredningarnas skilda lagstiftningsförslag, utfallet av dem och motiven bakom dem. En sådan redogörelse skulle väsentligen tynga framställningen och inte bära fram just bildrättens förutsättningar. Jag har därför valt att i flera fall endast översiktligt beskriva ett eljest komplicerat, över tjugo år löpande, nordiskt lagstiftningsarbete.

En översiktlig bild av den nordiska lagstiftningsreformeringen och de nordiska upphovsrättsutredningarnas arbete kan dock vara befogad: Redan *1970* tillsattes en samnordisk kommitté (Nordiska upphovsrättskommittén, nedan angiven som NUK). för att göra en översyn av de nordiska upphovsrättslagarna, särskilt mot bakgrund av den snabba tekniska utvecklingen. Ett betänkande[21] om fotokopiering och bandinspelning inom undervisningsverksamhet avgavs *1974*. Kommittén lyckades emellertid inte nå ett enhälligt resultat. Det Nordiska Ministerrådet beslutade därför 1975 att en allmän översyn av upphovsrätten skulle göras genom samverkande nationella kommittéer (jfr ovan s 10 f). Därefter tillsattes år 1976 nationella

[20] Jfr Immaterialrätt s 54.
[21] NU 1973:21.

kommittéer i respektive nordiskt land (bortsett från Island, som år 1972 infört sin, med vissa ändringar, alltjämt gällande upphovsrättslag).[22]

Upphovsrättsutredningarna arbetade fram emot 1990-talets början med att revidera lagen, bl a avseende de frågor som togs upp av NUK. I NOU 1987:28 och det danska betänkandet 1063/1986 berördes särskilt *bildkonsten*. SOU 1978:69, det finländska betänkandet 1980:12 och det danska betänkandet 912/1981 gällde *fotokopiering*. Fotokopiering togs också upp i NOU 1983:35. SOU 1988:31 behandlade enskilt bruk och *institutionell exemplarframställning*. I Danmark avgavs ett betänkande 944/1982 om bl a *kassettersättning*. SOU 1983:65, det danska betänkandet 962/1982, NOU 1985:30 och det finländska betänkandet 1987:7 behandlade *närstående rättigheter*. Enskilt bruk och *videogram* togs upp i SOU 1983:65, NOU 1983:35 och det danska betänkandet 962/1982. I det danska betänkandet 1000/1984 togs upp *film- och videogramfrågor*. SOU 1985:51, det danska betänkandet 1064/1985 och det finländska betänkandet 1987:8 tog upp frågor relaterade till *datorteknik*. Ett danskt betänkande, 1038/1985, behandlade *biblioteksvederlag*. *Fotorätten* togs upp i NOU 1987:16 liksom i det svenska slutbetänkandet SOU 1990:30, där också bildkonsträttigheter och åter bestämmelserna i *2 kap URL* behandlades. I det danska slutbetänkandet 1197/1990 togs upp *överlåtelse* av upphovsrätt, rättigheter till *film* och upphovsrätt i *anställningsförhållanden*. Där lades också förslag till en ny dansk upphovsrättslag som trädde i kraft 1995.

Betänkandena har i övrigt i delar och vid skilda tillfällen lett till lagändringar. I Sverige har betänkandet om fotokopiering m m lagts till grund för prop 1979/80:132 om ändringar i URL. Flera av de i SOU 1983:65 behandlade ämnesområdena togs upp i prop 1985/86:79. SOU 1985:51 resulterade i ändringar i URL om datorprogram.[23]

5.2 Rätten till oförändrad återgivning

Medan en utnyttjare av t ex ett musikaliskt verk torde kunna gå relativt hårdhänt fram med att arrangera eller orkestrera om verket, medför redan små förändringar av ett bildverk att det får ändrad form. AK anförde för bildkonstens del att en teckning eller en oljemålning kunde bli förlaga till ett verk i akvarell eller mosaik, *al fresco*, litografi, etsning, träsnitt, intarsia, konstvävnad, tygtryck o s v, men uttrycksmedlen inom de olika konstformerna var ibland så väsentligt olika, att man kunde ifrågasätta, om den *inre formen* var identisk med förlagans och om inte ett nytt och självständigt verk förelåg i den andra tekniken.[24]

[22] Se Godenhielm i JFT 1984 s 453.

[23] Prop 1988/89:85; Immaterialrätt s 22. Reformarbetets tidigare period redovisas av Peyron och av Karnell i NIR 1987 s 27 ff; redogörelse för innehållet i det svenska slutbetänkandet ges av v Greyerz i NIR 1990 s 351 ff.

[24] SOU 1956:25 s 99.

När verket utnyttjas fritt på grundval av en i 2 kap URL stadgad inskränkning, får verket inte ändras i större utsträckning än vad användningen kräver (11 § 2 st URL). Inte desto mindre är ändringar i många fall nödvändiga för att ett förfogande skall kunna genomföras på avsett sätt,[25] t ex för en i och för sig medgiven överföring av ett verk från en konstart till en annan eller från ett sätt att förmedla verket till ett annat. Ett exempel är att ett alster av bildkonst eller brukskonst fotograferas i svartvitt eller en teaterdekor filmas i svartvitt.[26] Ett på senare tid internationellt uppmärksammat problemområde är det motsatta, nämligen kolorering av svartvita filmer.[27] AK framhöll också att ett bildkonstalster inte sällan tillkom med uppgift att utgöra förlaga till ett arbete i helt annan teknik, men den hade likväl ett självständigt konstvärde i den form som den fått. Exempel härpå var skisser i akvarell till teaterdekorationer och kostymer eller en kartong i olja till en konstvävnad.[28] Det förekom alltså mer eller mindre fri bearbetning av ett verk utan någon klar gräns och så småningom gick alstret över i vad som måste sägas utgöra ett fristående självständigt verk.[29]

Enligt *Olsson* gällde beträffande konstverk att sådana ändringar fick göras som var nödvändiga genom det förfarande som användes vid reproduktionen. Det skulle t ex vara tillåtet att återge en målning i svartvitt fotografi. Ändringar som inte betingades av förfarandet var däremot inte tillåtna. Allmänt sett gällde att rätten att göra ändringar skulle tolkas restriktivt, vilket framgick av lokutionen i 11 § URL.[30]

En särskilt inskränkning i ändringsförbudet finns i 26 c § URL. Där ges ägaren till en byggnad eller bruksföremål rätt att ändra egendomen utan upphovsmannens samtycke. AK föreslog att den bestämmelsen skulle vara begränsad till att gälla endast när det krävdes av tekniska skäl eller för en ändamålsenlig användning. Under riksdagsbehandlingen ströks begränsningen med motiveringen att det ansågs vara en från ägarsynpunkt hindersam reglering.[31] UU föreslog i sitt slutbetänkande åter

[25] Se op cit s 287 f.
[26] Immaterialrätt s 49.
[27] Se Kreile/Westphal i GRUR 1996 s 257; för den internationella diskursen se bl a Kühn i ZUM 1988 s 82 ff; v Lewinski/Dreier i GRUR Int 1989 s 635 ff; Cook i Notre Dame Law Review 63/1988 s 309 ff; Kohs i Journal of Arts Management and the Law s 18/1988 s 13 ff; Landau i Journal of Arts Management and the Law 19/1989 s 61 ff.
[28] SOU 1956:25 s 99.
[29] Ibidem.
[30] Olsson, Copyright s 95 f.
[31] 1960:L[1]U 41 s 53.

att begränsningen skulle införas,[32] men inte heller den gången resulterade begränsningen i lag.[33]

Rätten till oförändrad återgivning är alltså ett slags fristående fortsättning på regeln i 4 § URL. Det förefaller emellertid oklart i vilken utsträckning det finns något bearbetningsutrymme mellan 11 § och 4 § 1 st URL.

5.3 Originalexemplarets betydelse för förfoganderätten

Bildens ursprungliga *materialitet* (jfr ovan s 14) i originalet har med utvecklingen av nya tekniker successivt gått mot ökad immaterialisering. Den upphovsrättsliga bildrätten innebar ursprungligen en rätt för konstnären att motsätta sig annans efterbildning av hans *original.* Utvecklingen har sedan gått mot att originalet spelar en allt mindre roll. Lagen tar idag inte heller hänsyn till om förfogandena rör *originalexemplar* eller kopior eller andra efterbildningar av ett verk.

Någon entydig definition av *original* finns inte.[34] Vad som skall förstås med ett *original* beror – i vart fall på den rena bildkonstens område – inte minst på förhållanden som ligger utanför det upphovsrättsliga regelsystemet. I allmänhet bestäms den av branschsedvänja.[35] Generellt kan som utgångspunkt antas att beteckningen original/originalexemplar o d tyder på att exemplaret är framställt av konstnären själv eller under hans direkta medverkan eller åtminstone att exemplaret är godkänt av konstnären själv.[36] Enligt UU kunde ett verk föreligga i original även om det fanns i flera exemplar. Avgjutningar från en och samma form skulle t ex alla var för sig vara original.[37] I tysk doktrin har hävdats att en konstnär som kopierar sitt eget verk framställer ett nytt originalexemplar.[38] Förutsättningen att originalexemplaret måste vara framställt av konstnären själv kunde enligt UU emellertid ifrågasättas. Konstoriginal skulle enligt UU inte inskränkas till enbart sådana föremål som upphovsmannen i egentlig mening lagt sin hand vid. Det var verklighetsfrämmande att minsta lilla insats från en medhjälpare skulle leda till att alstret inte kunde anses som original.[39]

[32] SOU 1990:30 s 227 ff och 630 f.
[33] Prop 1992/93:214 s 73 ff; jfr Bernitz i Ånd og Rett s 118.
[34] Jfr Katzenberger, Das Folgerecht s 91.
[35] Koktvedgaard/Levin s 108.
[36] Jfr Katzenberger, Das Folgerecht s 91.
[37] SOU 1990:30 s 531; jfr Katzenberger som utförligt analyserar originalproblemet när det gäller gjutning av skulpturer (Das Folgerecht s 91 f).
[38] Se Samson i GRUR 1970 s 450.
[39] SOU 1990:30 s 531.

Även s k originalgrafik såsom kopparstick, litografi m fl sådana grafiska tekniker anses som originalverk. Det gäller under förutsättning att inte bara förlagan, utan också tryckplåten, härstammar från konstnären själv och att tryckningen utförts av konstnären eller av tredje man på konstnärens uppdrag.[40] Av betydelse för gränsdragningen är också att upplagan är numrerad.[41] Även om det inte bör vara en nödvändighet att verket har signerats,[42] blir det mest fundamentala i praktiken att upphovsmannen signerat verket.[43] Däremot faller exemplar som framställs med mer mekaniska metoder, såsom offset och fotostatkopiering, utanför bildkonstens originalbegrepp.[44]

5.3.1 Original och följdrätt[45]

Trots att följdrätten enligt huvudregeln i nordisk rätt inte är inskränkt till originalverk, är det ofrånkomligt att det primärt är *originalverk* av bildkonst som följdrätten tar sikte på. I de nordiska lagarna talas endast om *konstverk*. Det krävs därför *inte* att upphovsmannen lagt sin hand vid alstret för att det skall omfattas av följdrätten (jfr dock nedan om följdrättens undantag för brukskonst). Enligt UU borde upphovsrätten vara neutral till olika konstnärliga uttrycksformer[46] och enligt den svenska regeringen var anledningen till att följdrätten inte skulle inskränkas till originalexemplar att man skulle försöka undvika de problem som hängde ihop med bedömningen av om ett exemplar kunde sägas vara ett original eller inte.[47]

I många utomnordiska lagstiftningar som erkänner följdrätt föreskrivs också att *endast* originalexemplar skall omfattas. Så gäller t ex såväl i fransk som i tysk rätt. Därigenom utesluts i princip rena reproduktioner.[48] Också enligt förslaget till EG-direktiv skall rätten gälla endast för originalkonstverk. Originalkonstverk exemplifieras där genom en uppräkning av företeelser som avses. Den praktiska gränsdragningen mellan originalgrafik och andra reproduktionsmetoder har i flera länder resulterat i att man såsom t ex i Frankrike löst flera av gränsdragningsproblemen ge-

[40] Se Katzenberger, Das Folgerecht s 92; Fromm/Nordemann § 26 (2); Samson i UFITA 59/1967 s 499.
[41] Katzenberger, Das Folgerecht s 93.
[42] Loc cit; Nordemann i RIDA LXXXXI/1977 s 79; Fromm/Nordemann § 26 (2).
[43] Jfr Samson i GRUR 1970 s 450.
[44] Jfr Locher i UFITA 55/1970 s 147.
[45] Framställningen under denna rubrik bygger väsentligen på min artikel i Ånd og Rett s 777 ff.
[46] SOU 1990:30 s 531.
[47] Prop 1994/95:151 s 20.
[48] SOU 1990:30 s 530.

nom avtal. Således har avtalats mellan branschföreträdare vilka grafiska alster som skall omfattas av följdrätt.[49]

Uttryckligen undantagna från följdrättsområdet i Norden är alster av byggnadskonst och alster av brukskonst som har framställts i flera identiskt lika exemplar. På brukskonstområdet finns alltså ett krav på originalexemplar. Vad gällde brukskonst hade enligt UU originalbegreppet nämligen en praktisk funktion i och med att det skilde hantverk från industriellt framställd brukskonst.[50] För brukskonst som har framställts i flera identiska exemplar kan det inte desto mindre uppstå tolkningsproblem om vad som avses med *identiskt lika.*

I Tyskland gäller följdrätten varken för byggnadskonst eller för brukskonst.[51] Brukskonst är också undantagen från följdrätt enligt preambelns p 15 i förslaget till EG-direktiv. Uttryckligt omfattade av den franska följdrätten är *œuvres graphiques et plastiques.* Några uttryckliga undantag för särskilda kategorier ges i övrigt inte i den franska regleringen.[52]

Vid bedömning av följdrättens omfattning vad avser brukskonstverk måste man alltså göra en bedömning i flera steg. Först måste fastställas om alstret är skapat med konstnärlig ambition och om det har verkshöjd. Sedan är frågan om det är ett alster av brukskonst eller ett bildkonstalster. Om det är ett bildkonstalster omfattas det generellt av följdrätten. Om det däremot är ett brukskonstalster, måste också avgöras om det är framställt i flera identiskt lika exemplar. Endast om så inte är fallet omfattas alstret av följdrätt.

Det förekommer idag ofta att industridesignade varor framställs med mer eller mindre hantverksmässig teknik. Så sker t ex på glas- och porslinsbruk. Alstrens variation med hänsyn till hantverksteknikens förutsättningar uppfattas då ofta som tecken på kvalitet. Skall denna typ av brukskonst omfattas av följdrätt? Svaret bör principiellt bli nekande, även om gränserna är omöjliga att dra. En presumtion för att alstret skall omfattas av följdrätten kan vara att det är signerat. Saknas signatur eller om det eljest är oklart om alstret skall anses vara identiskt lika med ett annat eller inte kunde en tumregel vara upphovsmannens/hantverkarens *syfte.*[53] Om syftet är att alstren skall vara lika, såsom t ex dricksglas eller tallrikar till

[49] Jfr op cit s 531.
[50] SOU 1990:30 s 531.
[51] Se Katzenberger, Das Folgerecht s 83.
[52] Jfr op cit s 40.
[53] Upphovsmannens syfte med verket har dock eljest inte ansetts ha någon betydelse för verkets skyddsvärdighet (se Lögdberg i NIR 1960 s 215 ff och ovan 2.2.2).

en servis, bör de inte omfattas av följdrätt. Om ambitionen däremot är att de skall framstå som självständiga från varandra, kan följdrätt komma ifråga. Något som talar för en sådan avvägning är också att den svarar relativt väl mot lagstiftarens syfte med följdrätten – att ge upphovsmannen ersättning för värdestegringen av de alster som han har skapat. Vid industriell tillverkning eller annan serietillverkning kan ju upphovsmannen utnyttja sin *goodwill* genom att framställa ytterligare exemplar av samma föremål.

5.4 Exemplarframställning

Exemplarframställning är lagens grundläggande begrepp för att uttrycka att verket kommer till nytt materiellt uttryck. I 2 § URL fastslås att upphovsrätt innefattar en uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar därav. 2 § URL återgår på art 9.1 BK enligt vilken upphovsmannen skall ha en uteslutande rätt att låta mångfaldiga verken på vad sätt eller i vilken form det vara må. Med exemplar skall förstås varje föremål som verket är nedlagt eller fixerat i. Det är likgiltigt med vilken teknik det skett. Avgörande är verkets fixering på eller i ett eller flera föremål genom en eller annan teknik.[54] En målning eller en skulptur kan förekomma i original eller reproduktion och en byggnad eller ett brukskonstalster kan finnas till inte bara i utförd form, utan också i skiss, ritning eller modell.[55] Ett exemplar av ett konstverk kan också finnas i digital form t ex på CD-ROM. Enligt depch var uttrycket *exemplar* en juridisk-teknisk term och anknöt inte till den skillnad som beträffande konstverk fanns mellan exemplar och reproduktion, kopia och replik.[56]

Enligt AK var att anse som exemplar också trycksatser, klichéer, formar och andra föremål och anordningar med vilkas hjälp verket kunde komma till utförande i normal form eller nya exemplar kunde framställas.[57] Med formuleringen *överföres på anordning* i 2 § 2 st URL markerades att verket skulle fixeras i ett föremål. En sådan fixering ägde inte rum om verket överfördes direkt till en person som ville ta del av verket t ex via högtalare eller genom utsändning i radio eller TV. Om verket däremot togs upp på band före utsändningen skedde en tillräcklig fixering. Det-

[54] SOU 1956:25 s 93.
[55] Op cit s 94.
[56] Prop 1960:17 s 61.
[57] SOU 1956:25 s 94.

samma gällde om en scen först togs upp på film innan den sändes i TV.[58] Som exemplar var också att betrakta kopior av avbildningar av verket, även om de väsentligen avvek från originalet i utförande och format eller om efterbildningen skedde i helt annan teknik än den som originalet utförts i. Trots att det ansågs språkligt mindre ändamålsenligt, kunde ett exemplar existera även i en reproduktion av en del av verket.[59]

Bergström valde att skilja mellan omedelbara och medelbara exemplar. Omedelbara exemplar innebar att man kunde tillgodogöra sig verkets innehåll direkt. En tavlas innehåll kunde uppfattas omedelbart med ögat. De medelbara exemplaren krävde tekniska hjälpmedel eller *mekaniska arrangemang*, d v s att en omväg måste göras i form av en särskild yttre handling för att verksinnehållet skulle kunna tillgodogöras. Skillnaden hänförde sig emellertid endast till den inre processen och saknade relevans för det yttre, rättsliga sammanhanget.[60] I och med möjligheterna att ta upp bildinnehåll på magnetband och i digitala bärare har uppdelningen mellan medelbara och omedelbara exemplar blivit tydligare och får som sådan ses som ett uttryck för bildens immaterialisering.

Man kan också tala om *direkt* och *indirekt* exemplarframställning. En *direkt* exemplarframställning är för bildrättens del en direkt återgivning av ett visst verk i rent oförändrad form. Den kan ske såväl analogt som digitalt. Analogt sker den genom avfotografering, eller fotokopiering. Digitalt sker den genom *scanning*, genom fotografering med digital kamera eller genom annan digital överföring eller projektion. *Indirekt* exemplarframställning sker när bilden manuellt målas av, kalkeras eller undantagsvis uttrycks i annan konstart.

Även om den materiella bildbäraren – mediet – fortfarande har betydelse, har de tekniska förutsättningarna för tillhandahållande av bilder ändrats. Immaterialiseringstendensen tog sig först uttryck i utvecklingen av bildreprografi och senare i fotografitekniken. Under 1900-talet har den tydliggjorts i TV-tekniken. Också upphovsrättens exemplarframställningsbegrepp ger uttryck för hur upphovsrätten efter hand har immaterialiserats. Enligt 1864 års danska lag om eftergörande av konstverk skyddades originala verk, varmed avsågs verksoriginal. Bilder som var reproducerade genom olika former av grafiska tekniker var alltså inte skyddade.[61] I § 24 i 1933 års danska lag angavs t ex att upphovsmannen hade ensamrätt att offentliggöra inte bara sitt *originale Kunstverk* utan även *Gengivelser deraf*.[62] I de tidigaste upphovsrättslagarna var det också vanligt

[58] Op cit s 101.
[59] Op cit s 94.
[60] Bergström, Uteslutande rätt s 79 f; jfr Ross' motsvarande uppdelning mellan åskådliga och icke åskådliga exemplar (TfR 1951 s 87 f).
[61] Jfr 1914 års betänkande s 149 f och Lund, Billedkunsten s 99 f.
[62] Se angående äldre dansk rätt Lund, Billedkunsten s 124.

att skyddet inte sträckte sig längre än till den egna kategorin.[63] Idag talas om exemplar, med få undantag, oavsett deras egenskap av original eller efterbildning. Enligt *Lund* omfattade de konstnärsrättsliga reglerna – och borde endast omfatta – skydd av det abstrakta konstverket. Uttrycket konstverk i lagen borde därför endast ta sikte på det abstrakta konstverket.[64] I den nuvarande lagstiftningen skiljer man mellan *alster av bildkonst* som konstverkets abstrakta uttryck och *konstverk* när det är verket i materiellt, visuellt utförande som avses. Motsvarande distinktion görs mellan *brukskonst* och *bruksföremål* och mellan *byggnadsverk* och *byggnad.*

5.4.1 Exemplarframställningstyper

Bakom lagens exemplarframställningsbegrepp döljer sig inte bara en flora av skilda materiella företeelser som innebär exemplarframställning, såsom inspelning, avfotografering, fotokopiering, konstförfalskning m m. Lagen innehåller också i sig skilda begrepp för olika exemplarframställningsformer.

5.4.1.1 Mångfaldigande

En i lagen angiven speciell form av exemplarframställning är *mångfaldigande.* Detaljregler om mångfaldigande finns i lagens tredje kapitel om förlagsavtal. Genom förlagsavtal upplåter upphovsmannen till en förläggare rätten att genom tryck eller liknande förfarande mångfaldiga och utge ett verk (31 § URL). Lagens mångfaldigandebegrepp är inte begränsat till viss form eller till något visst uttryck. Mångfaldigande i den meningen kan i så fall avse även exemplarframställning som sker i en annan verkskategori. Ett exempel är en skulptur eller ett brukskonstverk som återges genom fotografi. Mångfaldiganderättens innehåll är emellertid något oklart. Klart torde dock vara att mångfaldigandet innefattar endast en rätt att framställa exemplar i ett och samma slags medium. En skulptur kan mångfaldigas genom ett förlagsavtal, t ex genom att återges i en bok.[65]

[63] Jfr Lund, Billedkunsten s 27.
[64] Op cit s 125.
[65] Jfr SOU 1956:25 s 309.

5.4.1.2 Efterbildning genom konstnärligt förfarande och avbildning

Mer begränsad exemplarframställning är den som får ske enligt 12 § 3 st 3 URL. Där stadgas förbud för den som eljest fritt fått framställa exemplar för enskilt bruk mot att låta en utomstående *efterbilda* andra konstverk än bruksföremål eller skulpturer genom *konstnärligt förfarande.* Här avses framställning av kopior, d v s alster i samma kategori eller i samma medium som *originalverkets.* En något liberalare variant av denna exemplarframställningsform anger regeln i 24 § URL som tillåter att konstverk *avbildas* om de stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utomhus eller om de ställs ut, är till salu eller ingår i en samling (se nedan 5.7.1). Med att verket *avbildas* skall förstås att det återges i *planet,* d v s i *två dimensioner.* Med nya tekniker, såsom hologram- och 3D-teknik, vilka samtidigt är två- och tredimensionella, blir den av AK definierade innebörden av avbildning oklar.

5.4.1.3 Återgivning, reprografiskt förfarande och upptagning

Enligt vissa regler är exemplarframställning tillåten men endast i ett visst särskilt angivet medium. En regel med sådant innehåll finns i 20 § 2 st URL som ger rätt att *återge* alster av bildkonst genom *film eller i TV.* En annan exemplarframställningsrätt som också är begränsad till viss teknik regleras i 13 och 16 §§ URL. 13 § URL möjliggör exemplarframställning genom bl a *reprografiskt förfarande* i undervisningsverksamhet (se nedan 5.4.2.2). Enligt 16 § URL har arkiv och bibliotek också rätt att genom *reprografiskt förfarande* framställa exemplar av verk för utlämning till lånesökande (nedan s 230 ff). En tredje exemplarframställningsrätt är *upptagning.* Enligt 13 § URL får även göras upptagningar för undervisningsändamål av verk som sänds i radio eller TV. Rätt att göra upptagningar av TV-program finns dessutom för vissa andra ändamål (se 15, 26 e, 46 och 48 §§ URL, nedan 5.7.2). Upptagning förutsätter en överföring till en teknisk bärare, såsom ett videogram eller en digital bärare.

5.4.2 Inskränkningar i exemplarframställningsrätten

Enligt art 9.2 BK är det förbehållet unionsländernas lagstiftning att tillåta mångfaldigande av verk i vissa särskilda fall under förutsättning att sådant mångfaldigande inte gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och inte heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen.

I 2 kap URL finns en rad bestämmelser som i högre eller lägre grad berör bilder. Ett fåtal regler inskränker endast bildrättigheter. Andra inskränkningar är mer generella och omfattar därför – tillika med andra verkskategorier – också bildverk. Även om alla förfoganderättsinskränkningar som kan ifrågakomma för bilder skall beröras nedan, riktas fokus särskilt på några av dem. Här skall särskilt beskrivas reglerna om exemplarframställning för enskilt bruk och i näringsverksamhet samt hur de behandlats i upphovsrättsutredningarnas lagstiftningsarbete. Reproduktionsteknikens successiva utveckling under den tiden gör dessa regler särskilt intressanta ur teknikperspektivet. Även om det varit främst litterära och musikaliska verk som utnyttjats och därmed stått i centrum för lagstiftarens reformintresse, så kan i – takt med den förbättrade teknikutvecklingen i form av färgkopiatorer, färgskrivare och exemplarframställning i digital form – bilder i allt större utsträckning falla inom området för de regler som ursprungligen utformats för att möta exemplarframställning av text och noter. Det reser samtidigt frågor om förarbetenas betydelse som rättskälla, när inte bara den teknik som motiverat lagstiftningen ersätts av ny teknik utan även nya verkskategorier förs in på arenan. Det kan därför vara intressant att när de materiella förutsättningarna ser ut att ändras särskilt studera de argument som ursprungligen motiverade reglerna.

Efter redogörelsen för exemplarframställning för enskilt bruk och institutionell exemplarframställning tas upp exemplarframställning inom arkiv och bibliotek. Intressanta att jämföra här är främst de skilda skyddsintressen som nämnts i lagmotiven mellan å ena sidan exemplarframställning för enskilt bruk och institutionell exemplarframställning och å den andra exemplarframställning inom arkiv och bibliotek.

5.4.2.1 Exemplarframställning för enskilt bruk

Enligt 12 § 1 st URL får var och en framställa enstaka exemplar av offentliggjorda verk för enskilt bruk. Framställningarna kan avse t ex avmålningar, fotokopior och inspelning av TV-sändningar på videogram

eller annan analog eller elektronisk lagring. I 12 § 2 och 3 st URL finns vissa begränsningar i denna generella förfoganderättsinskränkning. Det är enligt 2 st inte tillåtet bl a att uppföra byggnad. För bildrättens vidkommande stadgas i 3 st några principiellt viktiga undantag. Man får inte för eget bruk låta en *utomstående* framställa bl a exemplar av filmverk, bruksföremål eller skulpturer eller genom *konstnärligt förfarande* efterbilda andra konstverk.

Det som framställts för enskilt bruk får enligt 12 § 1 st URL inte användas för andra ändamål. Det är en praktiskt sett mycket viktig begränsning i förfoganderätten över ett sådant exemplar.[66] Att exemplaret inte får användas för andra ändamål innebär i grunden att rätten till det enstaka exemplaret inte konsumeras. Ett exemplar som framställts för enskilt bruk får inte senare sättas i ekonomiskt omlopp eller användas i näringsverksamhet. Det kan heller inte vara tillåtet att i näringsverksamhet göra en kopia av ett för enskilt bruk framställt exemplar.[67] Ett för enskilt bruk framställt exemplar får helt klart inte visas offentligt eller eljest spridas till allmänheten. Ett exempel som gavs av AK var att om det i kvarlåtenskapen efter en konstnär hittades kopior som han i studiesyfte gjort av andra konstverk, de inte fick överlåtas till utomstående eller utställas.[68] Begränsningen är, samtidigt som den uttrycker en fundamental huvudregel, otydlig. Att det framställda exemplaret inte får användas för andra ändamål kan antingen betyda att verket över huvud taget inte får vidareutnyttjas eller att det visserligen får vidareutnyttjas, t ex genom exemplarframställning, framförande eller visning, men endast för enskilt bruk. Eftersom begränsningen vilar på den allmänna grundsatsen att lagens inskränkningar skall tolkas restriktivt, bör svaret bli att någon ytterligare exemplarframställning inte bör få ske ens för enskilt bruk. Däremot torde man knappast kunna hindra att verket visas för en sluten krets (jfr 20 § URL och nedan 5.5). Enligt AK ansågs det emellertid tillåtet att överlåta ett för enskilt bruk framställt exemplar till en vän. Det förelåg då – kanske något oväntat – inte heller några hinder mot att överlåtaren tog betalt för kopian, om omständigheterna var sådana att de inte visade på förvärvssyfte vid framställningen.[69]

Enligt 5 § i 1919 års konstnärslag hade envar rätt att utan konstnärens tillstånd efterbilda ett konstverk för studieändamål eller för sitt enskilda bruk. Två undantag fanns från den regeln. För det första krävdes konstnärens tillstånd om någon annan

[66] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 109.
[67] Jfr SOU 1956:25 s 434; jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 116.
[68] SOU 1956:25 s 185.
[69] Se op cit s 185.

skulle anlitas för att genomföra efterbildningen. För det andra fanns ett generellt förbud att efterbilda byggnad. Enligt 1897 års lag var efterbildning av konstverk i princip fri. Endast efterbildning för försäljning omfattades av lagen.[70] Enligt den äldre danska upphovsrättslagstiftningen fanns över huvud taget ingen rätt att framställa exemplar för enskilt bruk, men en sådan rätt ansågs ändå finnas, eftersom upphovsrätten gällde endast verkets offentliggörande.[71]

Den restriktiva inställningen till rätten att förfoga över exemplar som tillkommit som resultat av en inskränkning stöds av ett avgörande av HD,[72] vilket dock inte gällde rena bildrättigheter. Enligt HD ansågs det med hänsyn till vad som angavs i lagens tillämpningsbestämmelser och i förarbetena oförenligt med lagen att tillhandahålla allmänheten kopior för enskilt bruk av s k efemära inspelningar som gjorts med stöd i nuvarande 26 e § URL.

Enligt UU talade starka skäl för att det inte skulle vara möjligt att med stöd av 12 § URL framställa exemplar av vissa typer av verk om det fanns ett starkt intresse av att exemplaren förblev unika eller i vart fall av att antalet exemplar hölls under kontroll. Upphovsmannen liksom t ex även konsthandeln hade ett självklart ekonomiskt intresse av att ett sådant verk förblev unikt. Även om det framställdes för någons enskilda bruk, fanns alltid risk för att det sedermera kom ut på marknaden.[73] UU ville därför inskränka också rätten att framställa exemplar av konstverk om exemplaret kunde uppfattas som original. Det skulle täcka de skyddsvärda intressena men samtidigt ge möjlighet till framställning av exemplar som klart och tydligt framstod som kopior.[74] Det förslaget ledde dock aldrig till lagstiftning.

Man kan fråga sig vad som motiverar förbudet att för enskilt bruk *låta annan* framställa bruksföremål, skulpturer eller konstverk i 12 § 3 st URL, när det samtidigt är tillåtet att låta annan ombesörja annan bildkopiering. Enligt AK var motiven bakom den begränsningen desamma som begränsningen till *enstaka* exemplar. Eftersom konstverk och bruksföremål traditionellt framställts hantverksmässigt endast i enstaka exemplar, kunde en rätt att låta annan utföra dem lätt sättas i system. Det skulle skapa en obalans mellan de exemplar som framställts av upphovsmannen eller med hans direkta medgivande och dem som framställts på grund av undantagsbestämmelsen.[75] Därför kunde det enligt AK inte vara förbjudet att låta annan t ex fotografera ett konstverk.[76] I takt med att bildkonstalster och även bruksföremål lämnar det rena hantverkets område och den materiella bundenheten till sitt originalexemplar, förlorar motiven bakom en sådan särreglering successivt mening. Regleringen kan sä-

[70] Jfr op cit s 179.
[71] Udkast s 116.
[72] NJA 1984 s 304 (Liljegren).
[73] SOU 1983:65 s 103.
[74] Op cit s 104.
[75] Jfr SOU 1956:25 s 183. Se härtill SOU 1983:65 s 105.
[76] SOU 1956:25 s 183.

gas vara ett av den äldre konstnärsrättens starkaste fästen i den gällande upphovsrättslagstiftningen.

Uttrycket *konstnärligt förfarande* i 12 § 2 st 3 är också oklart. Det förefaller som om lagstiftaren menat dels att förfarandet inte skall vara reprografiskt, dels att det skall avse samma teknik eller väsentligen samma teknik som originalverket skapats i. Eljest får regeln besynnerliga konsekvenser. Enligt AK skulle med *konstnärligt förfarande* förstås alla förfaranden i konstnärlig teknik, oavsett huruvida resultatet kunde betecknas som fullgott eller inte. Hit hörde – utom oljemåleriteknik och annan målningsteknik – blyerts- och tuschteckning, gravyr, träsnitt o s v.[77] Många tekniker som idag är erkända konstnärliga förfaranden, däribland fotografi,[78] torde därmed inte omfattas av den av AK avsedda innebörden av konstnärligt förfarande. Det vore dock orimligt att inskränka uttrycket konstnärligt förfarande till endast de traditionella tekniker som faller under AKs exemplifiering. Att låta en plåtslagare göra en kopia av *Duchamps* flasktorkare (jfr ovan 3.1.1.1) är knappast ett konstnärligt förfarande. Men det är ändå framställning av exemplar av konstverk och borde därför svara mot uttrycket *konstnärligt förfarande* i lagen.

Om konstverket ursprungligen är digitalt skapat, kan det genom konstnärligt förfarande efterbildas genom att målas av för hand. Det är likaledes ett konstnärligt förfarande att försöka efterbilda det digitalt men knappast att göra en digital kopia. Både i ljuset av bildkonstens utveckling och den digitala teknikens utveckling framstår lokutionen *konstnärligt förfarande* som allt mer förfelad. Motivet bakom regeln synes vara att det inte skulle få framställas exemplar på marknaden som kunde konkurrera med originalexemplaret. Det syftet borde kanske ha kommit till tydligare uttryck i lagen, istället för begränsningen till viss *framställningsteknik,*[79] särskilt som gränsen mellan original och kopia är flytande.

[77] Op cit s 184.

[78] Jfr Olsson som ansåg att också åtminstone vissa typer av mera kvalificerade fotograferingsåtgärder kunde omfattas av begreppet konstnärligt förfarande, men däremot inte fallet att en amatörfotograf tog en bild av ett konstverk (Upphovsrättslagstiftningen s 120).

[79] Den av lagstiftaren eftersträvade funktionen av regeln kanske trotsallt vad gäller konstverk har funnit sin egentliga plats inom straffrättens förfalskningsbrott och vad gäller brukskonst i marknadsföringslagstiftningen.

Enskilt bruk eller näringsverksamhet

Enskilt bruk står i upphovsrätten i motsatsförhållande till förvärvsverksamhet eller *näringsverksamhet*. Såväl uttrycket *enskilt bruk* som uttrycket *näringsverksamhet* har fått en mycket vid innebörd i dessa hänseenden.

Enligt AK kunde den del av förfoganderätten som hänförde sig till framställningar av exemplar av verket i regel inte omfatta vad som förekom inom privatlivet. Till *enskilt bruk* var enligt AK i första hand att hänföra att någon framställde exemplar för sitt rent *personliga* bruk, t ex för studieändamål eller för att för sitt nöjes skull rita av en teckning eller fotografera av en tavla. Enskilt bruk sträckte sig emellertid längre än till det strikt personliga bruket.[80] Också upphovsrättens *näringsverksamhetsbegrepp* är vidare än ren *förvärvsverksamhet*. Att verket utnyttjas i näringsverksamhet behöver inte betyda att det utnyttjas för att öka produktiviteten inom en näring. Det räcker med att det sker inom förvärvsarbetets ramar.[81]

Innebörden av begreppet *näringsverksamhet* i upphovsrätten är delvis oklart. Med stöd främst i de motivuttalanden som legat bakom exemplarframställning i undervisning och andra institutioner kan man utgå ifrån att ordet näringsverksamhet ställs i motsats till *enskilt bruk*. Ordet *näringsverksamhet* används i lagen endast i 53 § 2 st URL, som talar om ansvarsfrihet för kopiering av datorprogram om förlagan för kopieringen inte används i *näringsverksamhet* eller *offentlig verksamhet*. I 2 § 3 st talas om framförande som anordnas i *förvärvsverksamhet* och i 26 a § 3 st 9 URL talas om exemplar som genom en myndighets försorg tillhandahålls allmänheten i samband med *affärsverksamhet*. Såväl *näringsverksamhet* och *offentlig verksamhet* som *förvärvsverksamhet* och *affärsverksamhet* torde omslutas av det i motiven diskuterade upphovsrättsliga *näringsverksamhetsbegreppet*. Det kan i så fall vara motiverat att begreppen samordnas och används i lagen i de fall där de har avsett innehåll. Det gäller kanske särskilt som upphovsrättens näringsverksamhetsbegrepp har en annan omfattning än ett i t ex konsument- eller skatterätten eljest förekommande näringsverksamhetsbegrepp.

Enskilt bruk tar sikte även på sådana förfoganden som sker med hänsyn till personer som *står i et særlig forhold til den person* som företar själva handlingen, t ex familjerelation eller vänskapsrelation.[82] Vad som förekom t ex inom mindre slutna föreningar hörde enligt AK också till enskilt bruk. Om exemplaren framställdes i syfte att spridas eller att göra verket till-

[80] SOU 1956:25 s 181.

[81] Att i sjukhus inom landstingsvården framföra radiomusik dels till patienter och dels i personalutrymmen har därför ansetts falla under ensamrätten (NJA 1988 s 715 (Landsting));jfr Kohler som slog fast att kravet på att nyttiggörandet skulle vara *gewerblich*. Det innebar inte nödvändigtvis att det var *gewerbsmäßig* (Kunstwerkrecht s 61).

[82] Lund, Billedkunsten s 137; jfr Knoph, Åndsretten s 89.

gängligt för allmänheten, var de inte framställda för enskilt bruk.[83] Det var därför inte tillåtet att kopiera målningar i syfte att sälja kopiorna. Enskilt bruk var helt uteslutet när det förelåg ett rent förvärvssyfte. Att generellt säga att enskilt bruk inte kunde föreligga inom förvärvslivet ansågs ändå vara att gå för långt.[84] AK konstaterade att delade meningar hade framträtt om förhållandet i läroanstalter. Där måste enligt AK gälla att det inte var tillåtet att mångfaldiga läroböcker och annat material som användes för undervisning.[85]

Också den *kopierade upplagans storlek* hade betydelse för om exemplarframställningen var privat eller inte. En enskild personkrets kunde vara ganska vid. Ju större upplagan var desto större blev risken för att något av exemplaren i en framtid kunde komma i cirkulation bland allmänheten. Därför bestämdes exemplarens antal till det i sig obestämda uttrycket *enstaka*.[86] Syftet med uttrycket var enligt AK att det kunde få olika innebörd för skilda föremål. I fråga om alster av *bildkonst* kunde framhållas att i många fall ett särpräglat originalverk inte tålde att fler repliker av det förekom, eftersom risken var stor "för banalisering eller förflackning av den direkt genom originalverket förmedlade konstupplevelsen".[87] Å andra sidan torde det enligt AK i och för sig knappast spela någon roll för upphovsmannen om t ex en visa som redan var tryckt i tusentals exemplar och som var allmänt känd mångfaldigades i ett eller annat tiotal exemplar.[88] I fråga om litterära eller musikaliska verk, som i allmänhet gavs ut i tryck eller på liknande sätt i en jämförelsevis stor upplaga, kunde man, utan att skada upphovsmannens intresse, tillåta att avskrifter framställdes för enskilt bruk. I förhållande till den tryckta upplagan blev antalet sådana avskrifter jämförelsevis litet. Annorlunda förhöll det sig med verk som i regel framställdes endast i ett eller några få exemplar. Det gällde framförallt verk av bildkonst eller konsthantverk, där fram-

[83] Jfr A M Lund i NIR 1987 s 427.

[84] Det måste enligt AK sålunda anses tillåtet för en yrkesmusiker att skriva av ett nothäfte eller för en läkare eller en advokat att i yrkesintresse göra excerpter ur facklitteratur (SOU 1956:25 s 181).

[85] SOU 1956:25 s 181.

[86] Op cit s 182.

[87] Ibidem; Jfr SOU 1983:65 s 103 där det konstateras att vissa typer av verk, t ex konstverk var mer *känsliga* för kopiering än andra.

[88] SOU 1956:25 s 182. Några tiotal exemplar var den övre gränsen för exemplarframställningen; fler än så skulle strida mot den rent språkliga innebörden av uttrycket *enstaka*.

ställningen av ytterligare exemplar i hög grad kunde förringa värdet av det först utförda.[89]

Denna AKs egna *relativitetsteori* är anmärkningsvärd. Om verket har hög konstnärlig kvalitet och har förts ut på marknaden i ett eller ett fåtal exemplar, skulle de enstaka exemplaren vara färre än om det var ett välkänt verk som spritts i många exemplar. Bakom teorin torde emellertid ligga en ambition att relatera exemplarframställningen till upphovsmannens marginalintäkter av den ordinarie utgivningen.[90]

12 § URL måste ses i direkt relation till det grundläggande stadgandet i 2 § URL. Att utnyttjande för enskilt bruk inte omfattas av upphovsrätt har i många fall fått stor ekonomisk betydelse. Den grundläggande inskränkningen i 12 § URL tillika med de syften som ligger bakom både 2 och 12 §§ URL har bevisligen lämnat en lucka i ensamrätten i det att exemplarframställning får ske av tredje man i viss utsträckning och för vissa ändamål. Trots att upphovsmannens förfoganderätt i allmänhet inte rimligen kunde sträcka sig till företeelser inom privatlivet, borde enligt AK den uteslutande rätten beskrivas så generellt att all exemplarframställning inbegreps i den. Ett skäl härtill var att den frihet som borde finnas att framställa exemplar för helt privat bruk måste regleras olika för skilda skyddsobjekt.[91]

5.4.2.2 Institutionell exemplarframställning

Med institutionell exemplarframställning förstås exemplarframställning som sker inom myndigheter, företag, organisationer och andra sammanslutningar. Uttrycket tar sikte främst på framställning som är systematisk eller ordnad och som sker för att exemplaren skall användas inom den egna verksamheten.[92] På grund av den nordiska lagstiftningsordningen på området har man tenderat att skilja mellan exemplarframställning i undervisningsverksamhet å den ena sidan och annan institutionell exemplarframställning å den andra. Hur som helst finns det en ganska avsevärd

[89] Op cit s 183. Enligt Olsson skulle det i fråga om bandinspelningar och bildband knappast vara tillåtet att framställa mer än högst ett par exemplar (Copyright s 100).
[90] Detta stöds av UUs uttalande att med enstaka exemplar inte fick förstås så många att de i det enskilda fallet kom att göra intrång i verkets normala utnyttjande och inte heller på annat sätt kränka upphovsmannens legitima intressen (SOU 1983:65 s 103; jfr SOU 1988:31 s 63 och den gräns som sätts av art 9.2 BK).
[91] SOU 1956:25 s 94.
[92] SOU 1988:31 s 79.

gråzon där det idag varken är möjligt att klart bestämma om exemplarframställningen är gjord i näringsverksamhet eller kontrollera omfattningen av den exemplarframställning som i så fall sker där.

Det är den tekniska utvecklingen som har lett till att privatpersoner, företag och andra institutioner med hjälp av relativt enkla tekniska hjälpmedel kunnat framställa exemplar.[93] Gränsdragningen mellan privat och enskilt bruk har inte minst på grund av den snabba utvecklingen av reprografiska tekniker visat sig vara svår att göra i det enskilda fallet och resonemangen i motiven till upphovsrättslagarna bygger till stora delar på en teknik som idag i många fall är föråldrad.[94] Medan den enda möjligheten att efterbilda ett alster tidigare varit genom hantverksmässig avskrift eller konstnärligt förfarande, kan man idag göra goda avbildningar med fotokopiering och annan teknik.[95]

Fotokopieringstekniken uppfanns visserligen redan vid mitten av 1930-talet, men fick inte något reellt genomslag på marknaden förrän mot slutet av 1960-talet.[96] Kopiatorernas intåg på marknaden ledde till minskad förlagsutgivning. De första indikationerna på att kopieringstekniken förändrat förhållandena kom på musikförlagsområdet där försäljningen av noter till skolor och orkestrar plötsligt minskade. Nästa område blev skolböckernas.[97] Under 1970-talet växte också utnyttjandet av videogram. Skolornas behov av inspelade radio- och TV-program för undervisningsbruk hade under 1970-talet tillgodosetts genom att de enskilda skolorna gjorde inspelningar, som grundats endast på en tolkning av undantaget för exemplarframställning för enskilt bruk. I takt med den tekniska utvecklingen har även frågor om framställning av videogram och fonogram, datorprogram och utskrifter från databaser m m, inte bara när det sker på läroanstalter utan även i andra organisationer, lagts på lagstiftarens bord.

Den förbättrade reprografiska tekniken under 1960-talet gjorde i praktiken att företeelsen *exemplarframställning* successivt fick ändrad innebörd.[98] Utrustningen har blivit lättare att hantera och är ofta också lättillgänglig. En naturlig följd har blivit att det sker ett massutnyttjande av verk, företrädesvis för internt bruk inom organisationer etc. Undantagsvis kan sådant utnyttjande ske också för externt bruk,[99] vilket lett till att

[93] NOU 1988:22 s 12; jfr Bet 912/1981 s 80; SOU 1978:69 s 41 f; SOU 1988:31 s 79.
[94] SOU 1988:31 s 63 och 65; jfr Schønning, Ophavsretten s 38.
[95] SOU 1956:25 s 186.
[96] Se The Electronic Pirates s 27 och SOU 1978:69 s 41.
[97] The Electronic Pirates s 27.
[98] Jfr Schønning, Ophavsretten s 38.
[99] NOU 1988:22 s 12; jfr Bet 912/1981 s 80; SOU 1978:69 s 41 f; SOU 1988:31 s 79.

rätten att framställa exemplar för enskilt bruk missbrukats till förfång för upphovsmannen. Genom den förbättrade kopieringstekniken – kanske främst de förbättrade möjligheterna att framställa färgkopior – har alster av bildkonst på allvar förts in på problemområdet.

AK valde en generellt hållen regel som skulle möta den exemplarframställning som måste få ske och som inte direkt var till upphovsmannens nackdel. Eftersom många utnyttjanden i praktiken inte kunde kontrolleras, utvidgade depch det fria området ytterligare i propositionen. Enligt honom kunde huvudregeln beträffande enskilt bruk inom företag vara att enskilda tjänstemän var berättigade att för sitt personliga bruk, även i tjänsten, göra sådana excerpter ur facklitteraturen som de ansåg sig ha behov av. Däremot kunde det inte anses godtagbart att företaget på det sättet tillhandahöll sina anställda sådant material. Inom undervisningsverksamhet kunde en liknande uppdelning göras. Det skulle således vara tillåtet för en lärare att kopiera en klassuppsättning av en dikt, men inte för ett skoldistrikt att kopiera undervisningsmaterial till hela distriktet.[100] Härtill uttalade första lagutskottet att om flera tjänstemän inom ett och samma företag hade behov av kopior av samma original, de borde vara berättigade att skaffa var sitt exemplar och att det kunde få ske i ett enda sammanhang.[101]

Med tolkning av den generösa inställning till exemplarframställningsrätten som uttrycktes i motiven till 1960 års lagar antogs det allmänt att en institutionell exemplarframställning kunde stödjas på undantagsbestämmelsen i 12 § URL.[102] En annan uppfattning som bredde ut sig var att myndigheter och andra organisationer skulle ha något slags legitimt intresse av en relativt omfattande kopieringsrätt för att tillgodose det interna behovet av informationsutbyte.[103]

Även om mångfaldiganderätten i 12 § URL inte är inskränkt till viss metod, är det *fotokopieringstekniken* – särskilt i undervisningsverksamhet – som länge stått i blickfånget.[104] Att det var fotokopiering i *undervisningsverksamhet* som först fördes in i lagstiftningsövervägandena har att göra inte bara med att den kanske varit mer omfattande än på andra områden i förvärvslivet. Det var också lättare att få en uppfattning om den ex-

[100] Prop 1960:17 s 109.
[101] 1960:L¹U 41 s 52.
[102] SOU 1978:69 s 52; jfr ovan.
[103] SOU 1988:31 s 87; jfr det danska avgörandet (U 1976 s 700 (B) (Miljøstyrelse)) där miljøstyrelsen hade kopierat 44 exemplar av en tidningsartikel som delats ut till ett antal medarbetare i styrelsen för att på det viset informera medlemmarna om pressens behandling av miljøstyrelsens fackområde. Styrelsen blev i det fallet dömd att betala skadestånd till tidningen.
[104] Jfr SOU 1956:25 s 182.

emplarframställning som skett i offentlig undervisningsverksamhet än inom privat sektor. Det har dessutom antagits att den kopiering som sker i privata företag och i myndigheter i mindre utsträckning än i skolorna rört skyddat material och att det i större utsträckning rört sådant som producerats av dem som arbetar på platsen.[105]

Med allt bättre tekniska resurser för *fotokopiering i skolorna* kunde den till slut inte rymmas under någon av lagens inskränkningar. Det således fria området har därför övervägts av lagstiftaren i en lång rad betänkanden under 1970- och 80-talen. Anledningen till att man ständigt återkommit till samma område har till stor del varit att förutsättningarna ändrats. Utgångspunkten har visserligen varit upphovsrättens syfte och upphovsmannens möjligheter att tillvarata sina ekonomiska rättigheter å den ena sidan och intresset och möjligheten av frihållning å den andra, men med de ovan beskrivna ändrade tekniska förutsättningarna är det tydligt hur positionerna successivt flyttats.

Fotokopieringen togs upp redan i promemorian med syfte att se över den svenska upphovsrättslagstiftningen med anledning av den i Stockholm 1967 ändrade BK. Där konstaterades att det framträtt vissa tendenser till missbruk av den frihet att mångfaldiga skyddade verk som medgavs i 12 § (då 11 § URL). Det gällde särskilt på undervisningsområdet, där stadgandet åberopats till stöd för stencilering. Utvecklingen inom modern pedagogik hade gått mot att internt mångfaldiga material ur böcker, tidningar, uppslagsverk m m i allt större utsträckning kommit att utgöra helt normala läromedel som trätt istället för tryckta läroböcker. Trots att internt mångfaldigade produkter hade kommit att utgöra helt normala läromedel, hade man ansett sig kunna åberopa regeln även i fråga om stora upplagor.[106]

Till en del torde missbruket enligt utredningen kunna förklaras av att regelns formulering kunde inbjuda till missförstånd med avseende på innebörden av uttrycket *enskilt bruk* (jfr strax ovan). Det syfte som var bestämmande för stadgandet borde komma till tydligare uttryck för att utesluta missförstånd och missbruk. Den enklaste utvägen var att utforma stadgandet i direkt anslutning till art 9.2 BK enligt vilken tre kriterier skall vara uppfyllda för att inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt skall vara tillåtna. Det är för det första fråga om *vissa särskilda fall.* För det andra får mångfaldigandet inte gör *intrång i det normala utnyttjandet* av verket och för det tredje får mångfaldigandet inte *oskäligt inkräkta på upphovsmannens legitima intressen.*[107] Förslaget ledde dock inte till någon ändring av regeln om exemplarframställning för enskilt bruk.

Enligt NUK hade utvecklingen gått dithän att det fria området måste inskränkas. Regeln borde enligt vanliga lagtolkningsmetoder ses utifrån sitt

[105] Bet 912/1981 s 76.
[106] DsJu 1970:1 s 44.
[107] Op cit s 45 f.

syfte att allmänt skydda upphovsmannen mot att den tillåtna kopieringen fick en alltför stor omfattning.[108] Exemplarframställning måste vara tillåten så länge den skedde utifrån individuella initiativ och för individuella behov. Om den däremot skett inom en organisations eller ett företags ramar eller system var den att betrakta som institutionell.[109] NUK snävade in den generösa gränsdragning mellan privatliv och näringsverksamhet som gjorts i motiven till 1960 års lagar till att gälla fall där det förelåg enskilt bruk i egentlig mening. Samtidigt måste intresset av att framställa exemplar lösas med särregleringar för vissa utnyttjandetyper och vissa tekniker. Kopiering inom myndigheter, skolor och företag borde regleras i särskild ordning.

NUK ansåg kopiering i undervisningsverksamhet vara tillåten t ex om läraren kopierade material för eget behov vilket nära anknöt till hans undervisning. Det ansågs även tillåtet för forskare i ett privat företag att kopiera en vetenskaplig tidskriftsuppsats om han hade ett personligt behov av att få tillgång till fotokopian. Att företaget eventuellt hade nytta av åtgärden behövde då inte inverka på utnyttjandets tillåtlighet. Exemplar kunde även framställas för kolleger inom det egna forskarlaget. En lärare skulle ha rätt att för sitt personliga bruk spela in ett band som han indirekt kunde ha nytta av i sin undervisning. Enskilt bruk kunde däremot inte föreligga om en lärare gjorde en inspelning av ett radio- eller TV-program för uppspelning i klassrummet.[110]

När det så konstaterades att det fanns ett intresse för upphovsmannen att få ersättning för de utnyttjanden som skedde av hans verk, var ett kvarstående problem att kontrollera det verksutnyttjande som faktiskt skedde och att sedan fördela ersättningen för utnyttjandet till rättighetshavarna. Den slutliga lösningen blev att samtliga nordiska länder föreslog införande av *avtalslicensbestämmelser* för exemplarframställning i undervisningsverksamhet.[111]

Trots att NUK då inte resulterade i någon reform av upphovsrätten, begränsade den restriktiva tolkningen av exemplarframställningens räckvidd i viss mån *de facto* möjligheterna för skolor och andra organisationer att framställa exemplar av skyddade verk inom ramen för sin verksamhet. Det ledde till att ett avtal redan 1973 ingicks mellan staten å ena sidan och ett antal upphovsmannaorganisationer å den andra. (Bland dem återfanns Bildleverantörernas Förening (BLF), Svenska Fotografernas För-

[108] NU 1973:21 s 69.
[109] Op cit s 62 ff; jfr A M Lund i NIR 1987 s 410; jfr även NOU 1988:22 s 31, Bet 912/1981 s 78 ff och SOU 1990:30 s 219.
[110] NU 1973:21 s 68 f.
[111] Op cit s 82 ff.

bund (SFF), Föreningen Svenska Tecknare (FST), Pressfotografernas Klubb och Konstnärernas Riksorganisation (KRO).[112] Det blev sedan en uppgift för de nordiska upphovsrättsutredningarna i respektive land att föra vidare den utredning av gränserna för enskilt bruk och förutsättningarna för institutionell exemplarframställning som påbörjats av NUK. De nordiska upphovsrättsutredningarna lade därför ned stor möda på att dra en gräns mellan det fria utnyttjandet enligt vad som sedermera blivit 12 § och näringsverksamhet.

UU gjorde i viss mån en precisering av NUKs uttalande att regeln skulle tolkas utifrån sitt syfte och förordade att rätten att fritt framställa exemplar av ett skyddat verk skulle få utnyttjas endast inom den privata sfären. I den mån det fanns ett intresse av att utanför den sfären kopiera ett verk, borde det tillgodoses med stöd av en särskild ordning.[113] Enligt UU skulle under enskilt bruk falla främst sådan exemplarframställning som skedde för att tillgodose någons rent personliga intressen eller behov av exemplar av ett skyddat verk. Därutöver skulle uttrycket täcka även viss exemplarframställning som på enskilds initiativ och i någon mening för eget bruk skedde i förvärvslivet, d v s inom myndigheter, företag, organisationer och andra sammanslutningar. Gränsdragningen ansågs dock i många fall vara svår.[114]

Även om de nordiska utredningarnas arbete med reformeringen av den institutionella exemplarframställningen gav olika resultat i de skilda nordiska länderna, stannade de alla, liksom NUK, för en *avtalslicensreglering* för exemplarframställning i undervisningsverksamhet. Den infördes i Sverige 1980 och återfinns sedan 1994 i 13 § URL (tidigare 15 a § URL). Där anges att exemplar av utgivna verk får framställas för undervisningsändamål. Framställningen får ske genom *reprografiskt förfarande*. En förutsättning för att exemplarframställning skall få ske är att en avtalslicens gäller enligt 26 i § URL. Rätt att kopiera gäller enligt 13 § 2 st URL emellertid inte om upphovsmannen meddelat förbud mot exemplarframställningen. Exemplaren och upptagningarna får användas endast i undervisningsverksamhet som omfattas av avtalslicensavtalet. Det betyder att en lärare visserligen kan göra t ex OH-bilder för sin undervisning i statlig eller kommunal verksamhet, men han får sedan inte använda dem för annan privat undervisningsverksamhet.

Institutionell exemplarframställning *utanför skolområdet* är ett vidsträckt och differentierat område. Frågor som övervägts av lagstiftaren har varit bl a kopiering och annan exemplarframställning i näringsverksamhet, i

[112] Se prop 1973:70.
[113] SOU 1988:31 s 67.
[114] Op cit s 64 ff.

bibliotek och arkiv, exemplarframställning för tidsförskjuten visning av TV-program och intern exemplarframställning inom radio- och TV-företag, exemplarframställning för gudstjänster m m.

När det gäller fotokopiering ger den svenska upphovsrätten ingen särreglering av exemplarframställning i förvärvslivet. En avtalslicensbestämmelse som i enlighet med 1988 års svenska delbetänkande skulle tillåta företag, organisationer, myndigheter och andra att för intern information om dagsaktuella frågor kopiera artiklar i tidningar har inte resulterat i lag.[115] Man får därför stödja sig på allmänna regler för exemplarframställning för enskilt bruk. Rätten är som redogjorts för relativt begränsad.[116]

Övriga nordiska länders avtalslicensbestämmelser om exemplarframställning täcker även andra områden än undervisningsverksamhet. I *Finland* gäller avtalslicensregeln i 14 § undervisning och forskning. I de *danska* och *norska* upphovsrättslagarna regleras fotokopiering i undervisningsverksamhet i § 13 medan fotokopiering i andra offentliga eller privata institutioner och organisationer regleras i § 14. Såväl enligt den danska som den norska regeln är rätten att kopiera bilder enligt § 14 begränsad. Den danska bestämmelsen ger i princip rätt endast att kopiera facklitteratur och därtill illustrationer som återges i anslutning till texten. I den norska bestämmelsen anges att verk av bildkonst och fotografi får kopieras endast från en återgivning i bok, tidskrift eller liknande trycksak.

Enligt bestämmelsen i § 14 DURL och NURL får offentliga och privata institutioner framställa exemplar av utgivna verk genom fotokopiering eller liknande om förutsättningarna för avtalslicens är uppfyllda. Rätten att kopiera är inskränkt till kopiering inom den verksamhet som omfattas av avtalen. Endast enligt den norska bestämmelsen är det tillåtet att låta annan framställa kopiorna.

I *Danmark* finns en rad kopieringsavtal mellan den danska organisationen COPYDAN och privata och offentliga utnyttjare av skilda slag.[117] I Norge har de flesta lokala myndigheter ingått avtal med KOPINOR. Det innebär att kopieringsavtal gäller för det mesta av den offentliga sektorn. KOPINOR har också träffat avtal med det privata näringslivet. I *Finland* har KOPIOSTO träffat avtal om fotokopiering även utanför undervisningsverksamhet. 1983 träffades en överenskommelse om kopiering i den kommunala administrationen. Samma år slöts avtal på motsvarande grunder som skolkopieringsavtalet med ett antal kyrkor. 1984 slöts ett avtal

[115] Prop 1992/93:214 s 54.

[116] Så har t ex Svea HovR ansett att mångfaldigande av s k pressklippstidning och spridning av denna i ca 30 exemplar till olika förvaltningar inom en kommun inte skett för enskilt bruk (Svea HovR dom den 29 mars 1996 (Pressklippstidning)).

[117] Se Schønning, Ophavsretten s 38 f.

om kopiering på alla nivåer i den finländska statsadministrationen och med handelskammaren och dess centrala medlemsorganisationer inom näringslivet.

Exemplarframställning i arkiv och bibliotek

Den moderna tekniken har även påverkat möjligheterna för bibliotek och arkiv att framställa exemplar av skyddade verk. En skillnad mot övrig institutionell exemplarframställning är att det allmänna intresset att bevara urkunder och att tillgängliggöra information från bibliotek och arkiv gör sig gällande på ett annat sätt här. Det framgår också såväl av lagmotiven[118] som av karaktären av lagens undantag från upphovsmannens uteslutanderätt. De nya kopieringsmetoderna har också haft väsentlig betydelse för informationssökning och andra former för informationsförmedling, vilket ändrat premisserna för sådan exemplarframställning.[119]

I 1960 års lag fanns ursprungligen i 12 § en regel som gav möjlighet för arkiv och bibliotek att för sin verksamhet framställa exemplar av verk genom fotografi. De närmare villkoren för den kopieringen angavs i förordningen (1961:348) med tillämpningsbestämmelser till URL (TB-URL).[120] Huvudregeln om exemplarframställning återfinns nu i 16 § URL. Sedan 1978 finns också särskilda regler om exemplarframställning och utnyttjande av material som skall förvaras i *Arkivet för ljud och bild.* De återfinns sedan 1994 i 26 e § URL.

AK konstaterade att original på trähaltigt papper så småningom föll sönder, varför fotokopiering då var det enda sättet att rädda materialet åt framtiden. Dessutom tog kopiorna ofta mindre plats. Fotokopieringen gav därtill möjlighet för biblioteken att komplettera sina samlingar och slutligen förenklades den s k interurbana utlåningen. Eftersom fotokopieringen inom arkiv och bibliotek utgjorde ett så betydelsefullt hjälpmedel borde enligt AK den praxis som utvecklats inom biblioteken utan lagligt stöd legaliseras i den mån det kunde ske utan att upphovsmannens intressen trädde förnär.[121] Rätten skulle således tillkomma endast vissa

[118] Se SOU 1956:25 s 193 f där det bl a konstaterades att en kopieringsrätt inom arkiv och bibliotek borde utformas så att den skapade garantier för att rätten utnyttjades endast i det allmännas intresse och inom behöriga gränser; jfr därtill NOU 1988:22 s 60 där det uttalades att kopiering i säkerhets- och konserveringssyfte inte i någon större utsträckning kunde vara till skada för upphovsrättshavarna. Det fanns även starka samhällsintressen som talade för fortsatt rätt till fri exemplarframställning.
[119] NOU 1988:22 s 16.
[120] Se härom SOU 1990:30 s 192 ff.
[121] SOU 1956:25 s 193.

allmänna arkiv och bibliotek och det skulle där inte vara tillåtet att t ex kopiera en bok som saknades i biblioteket om den fanns att tillgå i handeln.[122]

I det nordiska upphovsrättsliga revisionsarbetet har frågan om förutsättningarna för exemplarframställning inom arkiv och bibliotek diskuterats vid flera tillfällen. NUK framlade dock inga förslag på det området.[123] Men bl a efter påtryckningar från rättighetshavarna[124] blev kopiering inom arkiv och bibliotek en fråga för UU. I det svenska slutbetänkandet ansågs en översyn av reglerna om sådan exemplarframställning vara motiverad trots att den gällande regleringen väsentligen tycktes tillgodose de befintliga intressena.[125] UU anförde att den redan stora mängden skyddat material som framställdes genom fotokopiering hela tiden tenderade att öka. Därtill kom att framställningen ofta var av ordnad och systematisk karaktär och inte alltid enbart avsedd som en serviceåtgärd i det enskilda fallet.[126]

Bibliotekens roll i samhället hade också förändrats sedan URLs ikraftträdande och den tekniska utvecklingen hade lett till bättre och billigare apparater för exemplarframställning.[127] Enligt utredningen var det inte osannolikt att exemplarframställning vid bibliotek i framtiden kunde ske med sådana metoder att den konkurrerade med den normala förlagsmässiga utgivningen.[128] Dock konstaterades att en stor del av de verk som kopierades i biblioteken var sådana, vilkas skyddstid redan löpt ut.

En översyn av regleringen på detta område kunde enligt UU ta de ändamål som uppställdes i TBURL till utgångspunkt för närmare överväganden. Ändamålen var främst att minska slitaget på särskilt ömtåliga verk, att minska riskerna för stöld av särskilt värdefulla verk, att möjliggöra komplettering av ofullständiga verk samt att förenkla fjärrlån.[129]

[122] Op cit s 194.
[123] Jfr NOU 1988:22 s 57.
[124] I en skrivelse 1987 till justitiedepartementet hemställde BONUS att vissa åtgärder måtte vidtas för att åstadkomma att forskningsbibliotekens kopiering inskränktes. BONUS hade konstaterat en kraftig ökning av bibliotekens kopiering. Att tillhandahålla papperskopior istället för original måste, enligt BONUS, betraktas som att biblioteken ägnade sig åt att yrkesmässigt gå lånesökande tillhanda med kopiering. Det ansågs stå i överensstämmelse varken med HDs dom (NJA 1984 s 304 (Liljegren) som gällde rätten att förfoga över en s k efemär inspelning eller 12 § URL (se SOU 1990:30 s 206).
[125] Jfr SOU 1990:30 s 191.
[126] SOU 1990:30 s 217.
[127] Op cit s 212.
[128] Op cit s 217.
[129] Op cit s 212 f.

Exemplarframställningen ansågs inte behöva vara begränsad endast till fotoreprografi. UU förordade alltså inte bara att exemplarframställningsrätten genom fotokopiering skulle omfattas av regeln utan även lagring av information på grammofonskivor, ljudband, videogram och verk i maskinläsbar form.[130] Exemplar som framställts på annat sätt än genom reprografiskt förfarande skulle dock inte få användas för annat ändamål än för forskning i arkivets eller bibliotekets lokaler.[131] Inskränkningen behövdes för att det inte skulle råda någon tvekan om att exemplar framställda med stöd av arkivregeln inte skulle få göras till förlaga för exemplarframställning enligt nuvarande 12 § URL.[132]

I likhet med de danska och norska upphovsrättsutredningarna förordade UU att kopiering ur bibliotekets egna samlingar skulle ske med stöd i nuvarande 12 § URL medan den föreslagna avtalslicensen skulle avse kopiering ur andra biblioteks samlingar.[133]

Under remissomgången kritiserades förslaget bl a av forskningsbiblioteken. Kritiken gick ut på att det inte klarlagts vad som kopierades för andra biblioteks räkning och hur mycket som framställs av varje verk. Det kunde därför inte beläggas att kopieringen inverkade menligt på prenumerationen av facktidskrifter. Det ansågs huvudsakligen vara utländska tidskrifter som kopierades, och deras rättighetshavare företrädde inte av de svenska upphovsrättsorganisationerna. Därför var det inte lämpligt att införa en avtalslicensbestämmelse. De kritiska synpunkterna var enligt depch bärande och genom lagändring 1993 infördes istället en ren inskränkning i uteslutanderätten. Enligt den nu gällande slutliga regeln i 16 § URL har de allmänna biblioteken, arkiven och museerna en rätt att framställa exemplar för bevarande-, kompletterings- eller forskningsändamål eller för utlämning till lånesökande eller för användning i läsapparat. När det gäller utlämning till lånesökande eller för användning i läsapparat får framställningen ske endast genom reprografiskt förfarande.[134] Det betyder att exemplar av audiovisuella verk inte kan framställas med stöd i 16 § URL liksom inte heller verk i maskinläsbar form. Datorprogram är uttryckligen undantagna. Exemplarframställning för utlämning till lånesökande får ske endast av enskilda artiklar eller korta avsnitt eller av material som av säkerhetsskäl inte bör utlämnas i original.

[130] Op cit s 222; jfr Bet 1197/1990 s 151.
[131] SOU 1990:30 s 224 och s 35.
[132] Op cit s 225.
[133] Op cit s 220 f.
[134] Prop 1992/93:214 s 66 ff.

5.4.2.3 Kassettersättning

Medan fotokopiatorerna, i vart fall hittills, inte nått hemmen, utan finns på institutioner av skilda slag, görs exemplarframställningen av fonogram och videogram vanligen av privatpersoner i hemmiljö.[135] Kontrollen av fotokopieringen borde därför kunna göras effektivare än av kassettkopieringen.[136] En annan skillnad mellan reproduktionsformerna är att kassettkopieringen vanligen sker i underhållningssyfte medan den organiserade fotokopieringen sker i näringsverksamhet för att tillgodose behov i undervisning, bibliotek m m. Den ökade exemplarframställningen för privat bruk av fonogram och videogram har därför i många länder kompenserats genom särskilda avgifter på tomma fonogram och videogram.

Frågan om kassettersättningens upphovsrättsliga status har också varit föremål för internationell utredning inom UNESCO och WIPO[137] och för livlig internationell debatt. Det är inte minst frågan om ersättningsformens stöd i de internationella konventionerna som givit liv åt debatten.[138] Problemen med kassett- och eventuellt apparatavgifterna är från upphovsrättssynpunkt huvudsakligen av två slag. För det första finns ett svårt kontrollproblem. Hur skall man få reda på vilken kopiering som faktiskt sker och kan en kassettavgift verkligen kompensera den kopiering som faktiskt sker?[139] Det andra är hur de medel som inflyter vid försäljningen av tomma kassetter skall fördelas till upphovsmännen.

I betänkandet från 1951 till den danska upphovsrättslagen föreslogs att det i ett tredje stycke i dåvarande § 11 (idag motsvarande 12 § DURL och URL) skulle införas en regel enligt vilken det på apparater, magnetiska band och liknande, vilka var ägnade att återge verk, skulle läggas en särskild avgift till rättighetshavarna.[140] Området ansågs dock inte tillräckligt avhandlat i övriga nordiska länder, varför förslaget inte antogs. Senare har frågan åter tagits upp i Norden. I NUK uttalades en önskan från upphovsmannahåll att det i upphovsrättslagen eller i annan lag infördes

[135] Jfr Davies/Hung, Private Copying s 2 ff.
[136] Jfr Ficsor s 30.
[137] Working Group on the Legal Problems Arising from the Use of Videocasettes and Audiovisual Discs, Geneva, 21 to 25 February 1977 (UNESCO/WIPO/VWG/1/8). Se härom utförligt Davies/Hung, Private Copying s 74 ff.
[138] Se Davies/Hung, Private Copying s 66; Rehbinder i UFITA 65/1972 s 117; Schricker/Katzenberger i GRUR 1985 s 97; Karnell i Mélanges André Françon s 267 ff.
[139] Jfr A M Lund i NIR 1987 s 422.
[140] Udkast s 16.

särskild kassettersättningsreglering. Starka grunder talade för att lagregleringen utformades så att upphovsmannens intressen tillgodosågs på ett rimligt sätt. Det skulle främst kunna ske genom preciseringar i nuvarande 12 §.[141] Frågan om sådan ersättning borde införas togs därefter upp av de nationella nordiska upphovsrättsutredningarna.

Till skillnad från övriga nordiska länder har någon kassettersättning hittills inte införts i Sverige. I *Sverige* lades 1979 fram en rapport av det svenska Kulturrådet om fonogrammens roll i kulturlivet. Kulturrådet ansåg att det var rimligt att de som kopierade fonogram ersatte berörda rättsinnehavare för det inkomstbortfall som kopieringen vållade. En särskild avgift föreslogs därmed utgå för att kompensera den tilltagande hemkopieringen. I propositionen med förslag till ersättning till upphovsmannaorganisationerna såsom kompensation för privatkopieringens negativa verkningar konstaterade depch att privatkopiering av TV-program i vissa fall kunde medföra ett direkt inkomstbortfall för medverkande musiker och artister. Privatkopieringen av videogram kunde vidare indirekt få negativa verkningar för olika kulturarbetargrupper i den mån de ledde till att de ekonomiska förutsättningarna för att producera t ex nya filmer försämrades. Man kunde heller inte bortse ifrån att videogramtekniken gav möjlighet till ett ökat utnyttjande av konstnärliga verk och prestationer.[142] Propositionen antogs inte av riksdagen men 1982 kom en lag (1982:691) om kassettskatt. En särskild skatt togs ut på oinspelade video- och ljudkassettband.

UU hävdade 1983 att rättighetshavarna borde kompenseras för inkomstbortfall relaterat till hemkopieringen. Ersättning borde erläggas genom en privaträttslig avgift och skulle bestämmas efter förhandlingar med företrädare för upphovsmännen. Det skulle genomföras genom en ny 11 a § URL.[143] I prop 1992/93:214 redovisade depch en positiv inställning till att införa kassettersättning.[144] I avvaktan på lagstiftning om en avgiftsordning fick kompositörer och textförfattare, artister och musiker samt fonogramproducenterna genom ett statsanslag till sina organisationer vad som betecknades som en viss kompensation för privatkopieringens verkningar. Den s k *kassettskatten* avskaffades sedermera, men

[141] I NU 1973:21 föreslog de svenska, danska och finländska sakkunniga att skyddet skulle tillgodoses genom begränsning av tillämpningsområdet i dåvarande 11 § 2 st samt genom de föreslagna bestämmelserna i dåvarande 17 och 17 a §§. För dansk, finsk och norsk rätts del föreslogs även införande av ett förbud mot framställning av musikaliska verk med hjälp av främmande hjälpmedel i dåvarande 11 § 2 st (NU 1973:21 s 75 f).
[142] Prop 1981/82:128 s 14.
[143] 1983:65 s 111 ff.
[144] 1992/93:214 s 48.

1996 kom ett nytt förslag om att kassettersättning skulle införas som en särskild upphovsrättslig förfoganderätt enligt en ny 26 k § URL.[145] Enligt förslaget skulle upphovsmän vilkas verk sändes ut i radio eller TV eller som givits ut på anordning genom vilka de kunde återges ha rätt till ersättning av näringsidkare som i sin yrkesmässiga näringsverksamhet tillverkade eller till landet införde anordningar på vilka ljud eller rörliga bilder kunde tas upp och som var särskilt ägnade för framställning av exemplar för enskilt bruk. Endast en organisation som företrädde ett flertal ersättningsberättigade svenska upphovsmän och närstående rättighetshavare på området skulle ha rätt att kräva in ersättningen.

I motiven till regeln anfördes bl a att den tekniska utvecklingen i viss mån hade ändrat förutsättningarna för exemplarframställning för enskilt bruk jämfört med hur de var när 12 § URL infördes. Den nya tekniken gjorde det möjligt att snabbt och billigt framställa kopior av mycket hög kvalitet. Det gällde den teknik som fanns allmänt tillgänglig men ännu mer för den kommande digitala tekniken.[146] Det var allmänt erkänt att den ökande privatkopieringen av musik och videogram påverkade rättighetshavarnas situation. Privat framställda exemplar konkurrerade i viss utsträckning med det av ensamrätten skyddade kommersiella mångfaldigandet. Rättighetshavarna riskerade att förlora inkomster, eftersom försäljningen av exemplar av vissa typer av verk och presentationer minskade.[147] I motiven påpekades särskilt att det var den framställning av exemplar för enskilt bruk som i sig var tillåten enligt 12 § URL vilken skulle kompenseras. Därför borde ersättningen egentligen principiellt sett betalas av den som med stöd av 12 § faktiskt förfogade över verket genom att framställa exemplar av det för enskilt bruk. Emellertid sade det sig självt att systemet av praktiska skäl inte kunde ordnas så. Kravet på en civilrättslig ordning fick istället uppfyllas genom att ersättningsrätten knöts till det material som kunde användas vid exemplarframställningen. Eftersom ersättningen skulle utgöra kompensation för den enligt 12 § URL i och för sig tillåtna exemplarframställningen, var det inte motiverat att låta rätten till ersättning vara knuten till andra upptagningsanordningar än sådana som var ägnade särskilt för dylik framställning. Det ansågs t ex att disketter för hemdatorer inte skulle omfattas av ersättningsrätten på grund av att sådana sällan användes för framställning av exemplar av verk. Inte heller borde systemet omfatta anordningar som var av sådant slag att de användes endast i professionella sammanhang.[148]

[145] Ds 1996:61.
[146] Op cit s 29.
[147] Op cit s 30.
[148] Op cit s 47 f.

Rätten borde enligt promemorian omfatta endast verk som sändes i radio eller TV och som av det skälet kunde tänkas bli inspelade samt verk som hade utgivits på anordningar genom vilka de kunde återges t ex CD, film, videogram eller liknande anordningar. Om upphovsrättens giltighetstid för verket hade gått ut före den tidpunkt då ersättningsrätten skulle ha uppkommit, borde det däremot inte finnas någon rätt till ersättning.

Den principiella ståndpunkten var att olika upphovsmannagrupper så långt möjligt skulle behandlas lika och att inte någon grupp av närstående rättighetshavare skulle förfördelas. Rätten borde dock koncentreras till upphovsmän, utövande konstnärer, framställare av ljud- och bildupptagningar och fotografer. Däremot skulle radio- och TV-företag inte få ersättning (jfr 48 § URL).[149]

Den *danska* upphovsrättsutredningen konstaterade att den övervägande delen av inspelningarna på kassetter skedde med stöd i nuvarande § 12 DURL. Kopieringen ansågs inta en särställning eftersom den blivit mycket omfattande.[150] Kopieringen hade visats minska försäljningen av fonogram och videogram. En grundläggande fråga var om avgiften skulle utformas som en offentligrättslig avgift eller som en särskild upphovsrättslig avgift.[151] Utredningens majoritet stannade slutligen för en upphovsrättslig avgift. Vidare diskuterades frågan om avgiften skulle läggas på såväl band som inspelningsutrustning och om den skulle avse både videogram och fonogram. Utredningen konstaterade att det fanns nackdelar med att avgiftsbelägga inspelningsutrustningen. Särskilt ansågs användningen av sådan utrustning vara mycket individuell.[152] Med avgift enbart på banden kunde däremot ett principiellt tillfredsställande resultat uppnås. Avgiften skulle avse såväl ljudband som videogram.[153]

Rent lagtekniskt föreslogs en ny paragraf. En upphovsman till verk som sänts i radio eller TV eller var utgivet på fonogram eller videogram skulle enligt den ha rätt till ersättning när fonogram eller videogram som var ägnade för inspelning för privat bruk och som framställdes i eller importerades till Danmark.[154] Rätten till vederlag skulle kunna göras gällande av en godkänd organisation. Ministern skulle enligt förslaget efter förhandlingar med organisationerna och bandproducenterna närmare reglera avgifternas beräkning och utkrävande. Något förslag till motsva-

[149] Op cit s 45 f.
[150] Bet 944/1982 s 13 och 48.
[151] Op cit s 48 f; jfr s 45.
[152] Op cit s 39 och 49.
[153] Op cit s 40 f.
[154] Op cit s 56.

rande lagstiftning förekom inte i det danska slutbetänkandet, men en sådan regel infördes 1992 ändå i den danska upphovsrättslagstiftningen och finns idag i § 39 DURL. Där anges att den som i näringsverksamhet framställer eller importerar fonogram eller videogram vilka är ägnade för framställning av verksexemplar för privat bruk skall betala ett vederlag till upphovsmännen. Ersättning skall erläggas endast för verk som sänts i radio eller TV eller som är utgivet på fonogram, film, videogram eller liknande. Administrationen och kontrollen av ersättningen utövas av en samorganisation som representerar ett väsentligt antal av danska upphovsmän samt utövande konstnärer och andra rättighetshavare. Det är COPY-DAN som verkar som sådan organisation i Danmark.[155]

I *Finland* finns sedan 1984 regler om kassettersättning. Enligt en särskild lag skall ersättningen gå till individuell fördelning till rättighetshavare vilkas verk har sänts eller spelats in på band. Viss del av ersättningen används också i Finland till indirekt ersättning för gemensamma ändamål. Fördelningen mellan individuell och indirekt ersättning är inte lagstadgad. Den bygger på förhandlingar mellan utbildningsdepartementet och de kollektivt administrerande organisationerna. Utbildningsdepartementet har utsett TEOSTO att vara insamlande myndighet. Medlen för bilder fördelas till rättighetshavarna av den finländska organisationen KOPIOSTO.

Också i *Norge* har kassettersättningsfrågan lösts utanför det upphovsrättsliga området. Där har införts regler om avgifter på tomma kassetter. Primärt har sikte tagits på att ge kompensation till rättighetshavare för privat bruk i hemmen. För ändamålet har en särskild fond inrättats, vars stadgar fastställts av det norska Kulturdepartementet. Fonden är upprättad för att gottgörs norska rättighetshavare för den tillåtna kopiering för privat bruk som sker från videogram och fonogram och för att främja produktion och förmedling av norska inspelningar i ljud eller bild. Fondens medel skall därmed vara till stöd även för produktion och förmedling av norska fonogram och videogram. Medel tillställs fonden av stortinget och förvaltas av finansdepartementet. Medel kan tilldelas dem som omfattas av någon av rättighetskategorierna (upphovsrättigheter, utövande konstnärers och producenters rättigheter) och som sökt bidrag. Styrelsen disponerar enligt fullmakt över fondens medel och har ansvar för administrationen.

[155] Se Schønning, Ophavsretten s 40.

5.5 Offentliggörande

I princip innebär alla förfoganden, andra än exemplarframställning, att verket görs tillgängligt för allmänheten. Exemplarframställning kan ske utan att verket görs tillgängligt för allmänheten och verket kan tillgängliggöras för allmänheten utan att det sker en exemplarframställning. Verket skall enligt 8 § 1 st URL anses *offentliggjort* då det lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten. Enligt lagen kan verket offentliggöras genom att exemplar bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprids till allmänheten eller visas offentligt (2 § 3 st URL). I praktiken kan sådana offentliggöranden ske på en rad olika sätt. Bildverk kan på traditionellt sätt komma till allmänhetens beskådande genom att visas i galleri eller museum. Det kan också uppställas eller visas på allmän plats, t ex som skulptur eller som reklambild på en annonspelare eller i ett skyltfönster. Bildverket kan publiceras i tidskrift eller bok eller tillhandahållas som affisch eller som vykort. Man kan tänka sig att bilden hyrs eller lånas ut till allmänheten. Den kan också visas i TV eller tillgängliggöras via databas eller s k BBS, d v s en elektronisk anslagstavla till vilken abonnenter har tillgång via telekommunikationsnätet för att lämna eller ta emot digital information av varierande slag. Däremot innebär inte alla överlåtelser av ett exemplar av en bild att den har gjorts tillgänglig för allmänheten. Den kan ju strikt överlåtas från en privatperson till en annan utan att passera den offentliga sfären.

Upphovsmannens ekonomiska rätt saknar faktisk effekt innan verket lämnat upphovsmannens privatsfär. Det är tydligt att konstruktionen har grund i den traditionella uppfattningen om konstnären som skapar bilder i sin ateljé. Verket måste därifrån göras tillgängligt för allmänheten. Det kan ske t ex genom att bilderna visas på en utställning. Verket träder då vid en klart angiven tidpunkt in i en offentlig marknadssfär.[156] Från den offentliga sfären når verket slutligen användarens privata sfär. Upphovsrätten syftar till att skydda verket främst medan det befinner sig i den *offentliga sfären.*[157] Lagens offentlighetsbegrepp är nära förbundet med den för exemplarframställningen dragna gränsen mellan privat bruk och näringsverksamhet. Bildverket offentliggörs således när det tillgängliggörs utanför den ovan (s 222 f) relativt snävt avgränsade familje- eller

[156] Dreier i Digitalisering s 126.
[157] Jfr Op cit s 126 f.

vänkretsen eller kretsen av kolleger.[158] Det låg i sakens natur att man inte lämpligen och inte heller av ekonomiska hänsyn hade skäl att låta upphovsmannens förfoganderätt i allmänhet sträcka sig till företeelser inom privatlivet. I första hand borde upphovsmannens förfoganderätt därför omfatta sådant (framförande) som vände sig till allmänheten.[159]

Det spelar inte någon roll från upphovsrättslig synpunkt att endast ett eller enstaka exemplar offenliggörs. Inte heller har antalet åskådare någon betydelse vid visning. Verket kan göras tillgängligt utan att allmänheten är där och betraktar verket.[160] Även om ett rent omtalande eller en litterär beskrivning av en bild teoretiskt kan rymmas inom tillgängliggörandebegreppet, torde det inte innebära att bildverket offentliggjorts i egentlig mening. AK konstaterade att vissa slags verk alltid var fixerade. De kunde därför inte sägas existera innan fixering skett. Hit hörde fullbordade filmverk samt i allmänhet verk av bildkonst och nyttokonst.[161]

Gränsdragningsproblemen mellan det privata och det offentliga har accentuerats genom att gränserna inte sammanfaller med dem som gäller offentlighetsbegreppet på andra rättsområden. Även om huvudregeln om framförandерätt enligt AK skulle ta sikte på gängse allmänhetsbegrepp,[162] framhölls att något fullt enhetligt offentlighetsbegrepp inte kunde uppställas.[163] Den riktpunkt som angavs när det gällde visning var att upphovsmannens rätt principiellt skulle omfatta allt som inte ägde rum inför helt slutna kretsar.[164] Det indikerar ett mycket vitt offentlighetsbegrepp.[165] I doktrinen har det tidigt uttalats att begreppen offentligt och privat i upphovsrätten bör ses som rättsliga standarder som borde tolkas efter var tids uppfattning och behov.[166]

Lika med offentligt *framförande* anses enligt 2 § 3 st URL framförande som i *förvärvsverksamhet* anordnas inför en *större sluten krets*.[167] Någon motsvarande precisering av *visningsrätten* finns inte. Såsom regeln har utformats tekniskt borde den inte *a priori* kunna tolkas analogiskt till att gälla

[158] Jfr Lund, Billedkunsten s 138.
[159] SOU 1956:25 s 93.
[160] Jfr det tyska avgörandet RGZ 79, 397 (Felseneiland mit Sirenen).
[161] SOU 1956:25 s 93.
[162] Ibidem.
[163] Op cit s 101 ff och s 106 f.
[164] 1960:L¹U 41 s 37 ff.
[165] Jfr Rosén, Upphovsrättens avtal s 50.
[166] Ljungman i NIR 1954 s 45 och Lund i NIR 1955 s 68.
[167] Bestämmelsen har på musikområdet utgjort underlag för ett avtal mellan STIM och Svenska Arbetsgivareföreningen om ersättning för industrimusik. I avtalet föreskrivs att antalet anställda vid samma anläggning skall uppgå till minst 40 för att ersättning skall betalas.

även för visning. Offentlig visning bör då vara sådan visning som inte sker inför helt slutna kretsar oavsett storlek. Innebörden av offentlighetsbegreppets tolkning för bilder får dock inte stanna vid en sådan strikt tolkning av lagens ord. Man kan ändå på goda grunder fråga sig varför undantaget i 2 § 3 st URL skall gälla endast *framförande*. Det kan ligga nära till hands att anta att lagstiftaren av erfarenhetsskäl endast haft framförande främst av musikaliska verk i åtanke vid regelns utformning.

Upphovsrättens offentlighetsrekvisit har varit föremål för relativt omfattande behandling i svensk praxis och även i doktrinen.[168] Särskilt vad gäller *framförande* har det preciserats genom domstolspraxis.

En *gammeldansförening* gav visserligen endast sina egna medlemmar tillträde till sina danstillställningar, men medlemskap kunde förvärvas mot tre kronor av den som senast samma dag som en tillställning ägde rum anmälde sig till en styrelseledamot. Tillställningarna annonserades i ortspressen. HD ansåg att musikframförandet vid tillställningarna varit offentligt.[169] Uppspelning av smärre delar av musikaliska verk vid försäljning av radioapparater och bandspelare för att kunderna skulle kunna bedöma apparaternas kvalitet ansågs i ett annat fall av HDs majoritet[170] utgöra ett offentligt framförande av musikaliska verk. Minoriteten ansåg att provningen endast utgjorde en bieffekt av den tekniska kontrollen av apparaterna. Det är enligt HD[171] även att anse som offentligt framförande att i hotellrum tillgängliggöra musik från högtalare, anslutna till hotellens centralanläggningar, samt från TV-apparater utan sådan anslutning.[172]

I ett senare mål som gällde olovligt tillhandahållande av datorprogram över en BBS fann HD[173] att det krävdes en *aktiv åtgärd* för att en BBS-operatör skulle kunna göras ansvarig för upphovsrättsintrång. Det angivna aktivitetsrekvisitet i BBS-målet, vilket saknas i de övriga fallen, kan vara grundat i faktum att det i detta fall – till skillnad från de ovan refererade – rörde sig om en straffrättslig ansvarstalan. I den mån straffrättsliga bedömningar kom in måste enligt HD den straffrättsliga legalitetsprincipen beaktas. För den händelse åtgärder av sådant slag, som likväl inte

[168] Se framför allt Karnell i NIR 1973 s 267 ff, dens i NIR 1977 s 113 och Strömholm i NIR 1984 s 151 ff.

[169] NJA 1967 s 150 (Stala gammaldansförening).

[170] NJA 1986 s 702 (Wickstrand).

[171] NJA 1980 s 123 (Mornington).

[172] Jfr 1 § 2 st i Radio- och TV-lagen (1996:844) som säger att en sändning skall anses riktad till allmänheten endast om den samtidigt och utan särskild begäran är tillgänglig för vem som helst som vill ta emot den; jfr dock Bergströms äldre uppfattning angående visning enligt vilken tavlor som hängts upp i en utställningslokal inte var visning i rättslig mening förrän någon annan än utställaren behagade infinna sig i lokalen och beskåda tavlorna (Uteslutande rätt s 83, jfr s 98); jfr också det tyska avgörandet BGH GRUR 1962 s 201 (Rundfungkempfang im Hotellzimmer) där domstolen till skillnad från den svenska HD i ett motsvarande fall ansåg att framförande i hotellrum inte var offentligt.

[173] NJA 1996 s 79 (BBS).

förhindrat en spridning till allmänheten, skulle medföra straffansvar, skulle det innebära att den som gjorde något skulle anses vara mer klandervärd än den som bara *satt med armarna i kors*. Från rättspolitisk synpunkt var en sådan ordning knappast godtagbar.[174] TRn kom fram till att de 40 personer som hade haft tillgång till BBSen utgjorde en allmänhet i upphovsrättslig mening. HovRn ansåg däremot att persongruppen inte kunde anses som allmänhet. HovRn fäste avseende vid personernas inbördes anknytning och kretsens faktiska begränsning. HD hade inte anledning att gå in på frågan.

Särregeln om framförande i 2 § 3 st URL och den rättspraxis som utvecklats vad gäller offentliga *framföranden* bör ändå kunna ge viss fingervisning om offentlighetsbegreppets tillämpning på visningsrättens område.

Regeln i 2 § 3 st URL motsvaras i den tyska upphovsrättslagen av § 15 Abs 3. Där anges att återgivningen måste vara bestämd för ett flertal personer för att verket skall vara offentliggjort. Det bör enligt tysk doktrin inte heller ha någon betydelse om de som tar del av verket gör det samtidigt eller endast en i taget.[175] Verket är dock inte offentliggjort om det skett inför en bestämt avgränsad krets av personer som är ömsesidigt relaterade till varandra eller står i personlig relation till en anordnare, och vilka *durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehungen zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind.*[176] Den senare avgränsningen borde vara jämförlig med begreppet *helt sluten krets*.

Ovan refererad praxis på framförandeområdet kan jämföras med ett äldre tyskt avgörande[177] rörande oauktoriserade ändringar av väggmålningar i vestibulen till ett hus i Berlin. Svaranden betonade att huset inte var tillgängligt för allmänheten men *Reichsgericht* anförde att ett obestämt och okontrollerat antal personer i form av ägarens besökare hade fått tillgång till huset och bilden och att situationen då framstod som obestämd för konstnären om huset såldes. Bilden var därför i den offentliga sfären.

Trots att de ovan refererade svenska avgörandena gällde *framförande* kan de, inte minst med inspiration av den tyska lagens mer generella definition av offentlighetsbegreppets omfattning och närheten till de refererade i stora drag liknande tyska avgörandena, i vart fall ange en riktning även för hur *visningsrättens* gränser skall dras. Ett verk kan i så fall antas visat för allmänheten också när det skett *inför en större sluten krets* och även om de som ingår i kretsen inte tar del av verket samtidigt. Det räcker med att verket finns tillgängligt för de till kretsen hörande för att visning av verket skall anses ha ägt rum.

[174] Se härom Brinnen i JT 1995-96 s 1108 ff och Rosén i SvJT 1996 s 414 ff.
[175] Jfr Katzenberger GRUR 1990 s 96 och dens i GRUR Int 1983 s 905.
[176] Se Maaßen i ZUM 1992 s 343.
[177] RGZ 79, 397 (Felseneiland mit Sirenen).

5.6 Exemplarrätten

Visningsrätt och spridningsrätt kallas med ett gemensamt uttryck för exemplarrätt.[178] Det som skiljer de förfogandena från andra är att de båda avser åtgärder med redan existerande exemplar. Medan exemplarframställning avser att exemplar blir till – och medan framförande kan ske också utan att något exemplar av verket förmedlas, t ex vid framförande av teater eller musik – kräver visning och spridning ett konkret förfogande över ett redan existerande materiellt föremål. Här ger sig alltså bildens materialitet åter till känna.

5.6.1 Visning

När det gäller visning tydliggörs en skillnad mellan bilder och andra konstnärliga såväl som litterära uttryck.[179] Visningsrätten har praktisk betydelse främst i fråga om bildkonst.[180] En enskild bild kan över huvud taget inte framföras. Sekvenser av bilder kan dock framföras genom film eller ljudbildband. Visning skiljer sig från framförande i främst *två hänseenden.* Medan t ex litterära och musikaliska verk kan tillgodogöras utan någon materiell bärare, har *för det första* förutsatts att den som betraktar ett bildverk står inför ett exemplar.[181] Bildens *samtidighet* (jfr ovan s 14) medför *för det andra* att den inte har någon *tidsdimension.* Bilden tillgodogörs delvis eller i sin helhet *samtidigt.* Bildens samtidighet medför att bilder, i relation till andra verkskategorier, kan få högre *verksdensitet.*[182] En visning kan – relativt sett – ske under kortare tid än ett framförande. Den kan då ha mer verksinnehåll per tid och yta.

Framförande kan därför ske endast med verk som har en utsträckning i tiden – en början och ett slut, t ex en bok, ett skådespel, en film eller en

[178] Jfr t ex Bergström, Uteslutande rätt s 82.
[179] Ett viktigt undantag gäller dock för litterära verk som skyddas enligt 1 § 2 st URL, vilka som huvudregel också kan visas i lagens mening.
[180] Olsson, Copyright s 63.
[181] Jfr Kehrli s 13.
[182] Jfr Nordell, Verkshöjdsbegreppet 1990 s 74.

opera. De medier som det framförda verket finns lagrat i betraktas då endast som anordningar som förmedlar det framförda verket. Visningsrätten berörs emellertid även av film och TV, eftersom en bild kan återges vid framförande av film eller i TV. Konstverk visas alltså såväl på en utställning som i ett TV-program om utställningen. Det framförs inte. Ett fotografi som återger ett verk visar det verket. Däremot är "filmvisning" upphovsrättsligt sett ett framförande. Ibland kan det vara svårt att dra en skarp gräns mellan framförande och visning. Skillnaden kan vara hårfin mellan ett successivt framförande av verket och en framställning av bildverket i ett obeständigt medium. Ett bra exempel utgör förevisningen av en filmad skulptur. Är det ett successivt framförande eller inte? Enligt huvudregeln framförs en film. Konstföremålet upplevs då genom en successivt framförd svit av bilder, men det uppfattas såsom en visning – en enda bild. Skillnaden blir därför tydlig mellan två- och tredimensionella verk. Såväl två- som tredimensionella verk kan avbildas grafiskt. På grund av skulpturens tredimensionella karaktär är den fullständiga avbildningen av skulpturen väsentligen hänvisad till en sådan teknik som medför att dess tre dimensioner kan upplevas. Medan tvådimensionella verk som regel kan återges i stillbild, måste en skulptur i princip dra nytta av audiovisuell teknik för att kunna återges (jfr ovan).[183] Det får då ske med filmteknik eller därmed liknande teknik. Den digitala tekniken har här väsentligt bidragit till att framhäva teoretiskt sett tredimensionella uttryck i två dimensioner.

Ett exempel på att skillnaden mellan framförande och visning kan vara oklar är s k *aktionskonst* (jfr ovan 3.6.1) där konstnären själv är en del av konstverket. Ytterligare ett exempel kan vara videokonstverk där vissa delar av konstverket är stilla och därmed visas medan andra, rörliga delar framförs på TV-skärmen eller projiceras på annat sätt.

En upphovsman går enligt 20 § 1 st URL miste om sin rätt att visa utgivna exemplar offentligt. Vad gäller konstverk mister upphovsmannen visningsrätten även när han på andra sätt *överlåtit* exemplar av konstverket. Det blir sedan ägaren till exemplaret som kan förfoga över verket genom att visa det.[184] Upphovsmannen behåller *e contrario* sin visningsrätt endast till verk *som inte är utgivna och till exemplar som inte har överlåtits* d v s när upphovsmannen själv behåller alla verksexemplar i sin ägo.[185] Det betyder att den som t ex olovligen framställer ett diapositiv inte får visa det offentligt. På samma sätt är visningen av en överlåten men i en data-

[183] Se Bergström, Uteslutande rätt s 93.
[184] Karnell i NIR 1978 s 313.
[185] Se ibidem; jfr Nielsen i Ophavsretlige perspektiver s 50 ff och Lund, Billedkunsten s 145 f.

bas olovligt lagrad bild omfattad av visningsrätten. Ett exemplar av t ex ett audiovisuellt verk som är framställt genom hemkopiering av något slag, får inte framföras eller visas offentligt, eftersom det avser användning av eller utnyttjande av verket för andra ändamål.

Eftersom visning är ett så fundamentalt förfogande över just bildverk,[186] slår visningsrättens konsumtion hårt mot upphovsmannen. Med tanke på hur viktig visningsrätten är idag, borde man, enligt min mening, överväga om inte upphovsmännens visningsrätt borde stärkas. Det är svårt att se något starkare allmänt intresse än bildupphovsmannens ensamrättsintresse, och som skulle tala för att upphovsmannen skulle undanhållas en sådan ensamrätt. En lämplig utgångspunkt för visningsrätten borde vara att den skall ges samma styrka som framföranderätten.

Bergström ifrågasatte redan 1954 om det verkligen hade något värde att dela upp rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten i två olika former och om den valda formen var den rätta. Vidare ifrågasatte han den egentliga innebörden och omfattningen av exemplarrätten.[187] *Bergström* pekade också på den ökande *praktiska* betydelse som gränsdragningen mellan framförande och visning kunde få efter TVs genombrott.[188] Problemet har sedan ytterligare accentuerats, särskilt genom utvecklingen av multimedia, globala digitala nätverk, VR och spelprogram (se nedan 5.9.3.1). Det blir orimligt att skilda verksinnehåll som samtidigt visas respektive framförs, t ex på samma bildskärm skall behandlas olika från upphovsrättssynpunkt.[189] Skillnaden torde idag främst ligga i prissättningsöverväganden, med tanke på att verk som kan framföras har en utsträckning i tiden vilken på ett annat sätt kan vara en norm för prissättning än för t ex bilder. Om visningsrätten kunde få ett reellt ekonomiskt skydd, skulle frågan om skillnaderna mellan visning och framförande inte heller ha någon praktisk betydelse.

5.6.1.1 Visningsersättning och utställningsersättning

Utanför området för upphovsmannens visningsrätt finns för bildkonstverk särskilda regler om visningsersättning. Visningsersättning till bildkonstnärer infördes i Sverige 1982 som en kollektiv statlig ersättning till bildkonstnärskåren. Ersättningen gäller för verk som bildkonstnärer sålt

[186] Jfr Duchemin i RIDA 156/1993 s 20 f.
[187] Bergström, Uteslutande rätt s 81 f.
[188] Op cit s 93.
[189] Se Rosén i NIR 1993 s 280.

till offentliga institutioner och utgår när de visas för allmänheten eller används på annat allmännyttigt sätt, allt inom ramen för den frihet som URL eljest ger ägaren av ett konstverk att utnyttja det.[190] Visningsersättning regleras idag i en särskild förordning (1982:600) om *Sveriges bildkonstnärsfond.* Ersättningen är alltså inte upphovsrättslig i egentlig mening.[191] Den är visserligen upphovsrättslig i den meningen att upphovsmannen får ersättning för utställning av sina konstverk men kan mer allmänt ses som "en ersättning för den kulturella insats som upphovsmannen gör genom att ställa sina alster till förfogande för utställning i statens regi".[192]

Den materiella grunden för visningsersättning finns i det bildkonstutnyttjande som sker på allmänna museer, offentliga platser m m. Bildkonstnärer har rätt till ersättning endast för visning av verk som finns i offentliga institutioners ägo. Ersättningen användas till att ge yrkesverksamma konstnärer ekonomisk och arbetsmässig trygghet. Ersättningen anvisas från ett fast anslag vars storlek fastställs för ett budgetår i taget och tillförs fonden. I ledningen av fonden har konstnärsorganisationerna det dominerande inflytandet. Vid fondens fördelning av medlen åsyftas i första hand att ge ett antal yrkesverksamma konstnärer viss ekonomisk och arbetsmässig trygghet.[193]

Från *visningsersättning* kan skiljas *utställningsersättning,* varmed förstås en ersättning som bildkonstnärer får av den som anordnar en offentlig utställning av *egna* exemplar.[194] En förutsättning för en sådan ersättning är alltså att det, till skillnad från den lagreglerade visningsersättningen, är ett av *upphovsmannen* ägt exemplar som utnyttjas för utställning. Om det förts i handeln, är det ju enligt konsumtionsregeln i 20 § 1 st URL fritt att ställa ut verket. Även om detta förfogande är omfattat av upphovsmannens ensamrätt, närmar det sig allmänna regler om saklega. Utställningsersättningen är alltså tänkt att utgöra hyra för de verk som tillhandahålls (se avtalets § 5). Mellan staten och bildkonstnärernas organisationer (KRO, KIF, FST och SFF) finns sedan 1988 ett huvudavtal som på sådana grunder ger upphovsmännen ersättning för den kulturella insats som de gör genom att ställa sina alster till förfogande för utställning i statens regi.[195]

Den *danska* upphovsrättsutredningen lade 1986 fram ett förslag om att en upphovsrättslig visningsersättning skulle genomföras genom ett tillägg

[190] Jfr Karnell i NIR 1978 s 313 f.
[191] Se SOU 1990:39 s 206 ff.
[192] Karnell i NIR 1978 s 314.
[193] Prop 1981/82:10 Bil 12 s 24 ff; 1981/82:KrU 30 s 17 ff.
[194] Se Karnell i NIR 1978 s 313 f.
[195] Se Immaterialrätt s 48.

i lagen i form av en ny § 25 b.[196] I betänkandet betonades att konstnärerna inte hade möjlighet att motsätta sig att deras överlåtna konstverk ställdes ut offentligt. Motsatt förhållande rådde dock beträffande verk som fanns i konstnärens ägo. Ett problem som särskilt diskuterades i det danska betänkandet var om vederlaget skulle ges som en upphovsrättslig ersättningsordning eller som en särskild *kunststøtteordning*.[197] Ett argument som kunde invändas mot en upphovsrättslig ersättningsordning var enligt utredningen att den krävde en större ekonomisk administration, som inte kunde kontrolleras politiskt. Dock fann utredningen det naturligt att vederlaget fick upphovsrättslig karaktär eftersom det närmast var fråga om ett vederlag för utnyttjande av konstverken. Ersättningen skulle utgå för utställningar som var direkt föranstaltade av det offentliga och sådana utställningar som ordnats av privatersoner eller organisationer till vilka allmänheten hade tillträde.[198] En individuell ersättningslösning ansågs knappast realistisk. Valet stod istället mellan avtalslicens och tvångslicens. Eftersom någon samorganisation motsvarande den på skolkopieringsområdet vid den tiden inte fanns på det området, föreslogs en tvångslicens. Rätten skulle kunna göras gällande av en organisation som var godkänd av kulturministeriet.[199]

Någon upphovsrättslig visningsersättningsordning har dock inte införts i Danmark. Det danska kulturministeriet bemötte utredningsförslaget bl a med att det i likhet med den svenska ordningen redan fanns en statlig ersättning för utställning på de statliga museerna.[200] Enligt ett särskilt cirkulär från det danska kulturministeriet skall dock konstnärer ha rätt till *utställningsersättning* när deras verk visas på offentliga utställningar som anordnas av det danska kulturministeriet eller institutioner som lyder under det.

I *Finland* har bildkonstnärernas fackorganisationer sedan 1960-talet träffat avtal med utställningsarragörer om användning av verk i utställningsverksamhet. Avtalsadministrationen har sedermera övergått från de fackliga organisationerna till organisationen KUVASTO, som träffat avtal för rättighetshavarna med å ena sidan kommunala utställningsarrangörer och å andra sidan olika kulturella samfund samt med utställningsarrangörer inom den privata sektorn. De utställningar som staten betalat för har berört offentlig visning av verk som ägs av konstnärerna själva.[201]

[196] Bet 1063/1986.
[197] Op cit s 134.
[198] Op cit s 136.
[199] Op cit s 140 ff.
[200] Schønning, Ophavsretten s 46.
[201] RP 158/1996 rd s 3.

En brist i det systemet har dock ansetts vara att det varit svårt för unga konstnärer att bli delaktiga i systemet. Å andra sidan har det ansetts viktigt att utveckla stödformer som starkare kunde koppla konstnärernas utkomst till konstutövande verksamhet och öka konstnärernas möjligheter att klara sig på resultatet av sitt eget konstnärskap. För att förbättra bildkonstnärernas ställning därvidlag har 1997 införts en ny lag om vissa stipendier med visningsersättningar som gäller hela bildkonstfältet.[202] Ett sådant stipendiesystem förbättrade enligt propositionen basutkomsten för konstnärer inom ett brett uttrycksområde. Samtidigt skulle systemet öka stödet för aktiva yrkesutövande, unga konstnärer och för nya uttrycksformer.[203]

Den finländska stipendieordningen liknar i stora drag den svenska visningsersättningsordningen.[204] Inspirationen till lagen finns emellertid inte minst i det finländska biblioteksersättningssystemet.[205] Stipendierna grundas inte på de enskilda konstnärernas *rätt* att få ersättning för att deras verk visas offentligt. Ersättningen grundas av praktiska och kulturpolitiska skäl inte heller på det faktiska utnyttjandet av konstverk. I propositionen konstaterades emellertid att lagstiftningen borde utvecklas så att det fanns ett samband mellan utnyttjande av verk av konstnärer inom den visuella branschen och deras inkomstbildning. En upphovsrättslig utställningsersättning skulle enligt den finländska propositionen emellertid inte tillräckligt effektivt främja de allmänna kulturpolitiska målen för det visuella området. Det skulle inte vara möjligt att rikta stödet till hela bildkonstområdet.[206] Stipendierna har därför gjorts beroende av prövning och beviljas efter konstnärliga förtjänster och behov.[207] Vid prövning av konstnärens meriter kan beaktas bl a hur aktiv den konstnärliga verksamheten varit.[208]

Enligt lagens 1 § skall årligen av statens medel utdelas stipendier till bildkonstnärer som utför skapande arbeta för verk som de har framställt och som finns i offentlig ägo och som visas offentligt. Det är enligt lagmotiven emellertid inte något absolut villkor att den sökandes verk finns i offentliga samlingar. Offentligt ägande skall endast förknippas med den allmänna grunden för stipendiesystemet.[209] Stipendierna berör bara såda-

[202] Lag nr 115 1997.
[203] RP 158/1996 rd d s 6.
[204] Op cit 7.
[205] Op cit s 3.
[206] Op cit s 6.
[207] Ibidem.
[208] Op cit s 9.
[209] Ibidem.

na verk som konstnären överlåtit.[210] Ersättningen syftar enligt 2 § till att upprätthålla och gynna de ekonomiska förutsättningarna för yrkesutövande bildkonstnärer.

Endast konstnärer som är eller har varit bosatta i Finland kan få ett sådant stipendium (3 §). I propositionen konstaterades att art 7 RomF förbjöd diskriminering på grund av nationalitet och att fri rörelse av varor, tjänster, personer och kapital var en av de centrala principerna i RomF. Diskrimineringsförbudet måste därför beaktas vid bestämningen av vem som kunde få stipendiet. Samtidigt måste man emellertid kunna försäkra sig om att en stats kulturpolitiska åtgärder kunde inriktas meningsfullt mot verksamhet inom statens territorium. Av dessa orsaker hade biblioteksersättningsordningen ändrats 1993 till att omfatta endast författare som skrev på finska, svenska eller samiska och som varaktigt var eller hade varit bosatta i Finland.[211] Det sammanlagda stipendiebeloppet fastställs varje år av statsbudgeten (4 §).[212] Utdelningen sköts enligt 6 § av en nämnd som tillsätts av undervisningsministeriet enligt en särskild förordning.[213]

Sedan 1978 finns i *Norge* en avtalad förhandlingsrätt för staten och konstnärsorganisationerna. Avtalet ger parterna ömsesidig rätt att ta upp förhandlingar om vederlag för utnyttjande av upphovsmannens verk.[214] Avtalet begränsar dock inte området till att gälla enbart för statens bruk. I avtalet ingår även regler om förhandlingsordningar och om skiljedom.[215]

I det norska betänkandet om *Billedkunst* uttalades att upphovsmannens överlåtelse av originalexemplaret innebar en stor begränsning i upphovsmannens rättigheter. Det skulle därför ur ekonomisk synvinkel vara viktigt att upphovsmannen tillförsäkrades viss ersättning för visning av originalexemplaren. Vidare ansågs de ekonomiska verkningarna av visningsrättens konsumtion vara så betydande att det kunde resas spörsmål om bestämmelsen borde kvarstå utan att verkningarna i en eller annan form kompenserades.[216] Även i det norska betänkandet diskuterades om vederlagsordningen skulle göras rent upphovsrättslig eller offentligrättslig. Som en lösningsmodell föreslogs en konstruktion liknande biblioteksvederlaget. Utredningen betonade vikten av att få en enkel och prak-

[210] Op cit s 7.
[211] Ibidem.
[212] Jfr op cit s 6.
[213] Se op cit s 7.
[214] NOU 1987:28 s 13.
[215] Op cit s 14.
[216] Op cit s 10.

tisk lösning. Något direkt ställningstagande till vilka utställningsformer som skulle omfattas gjordes inte, men när det gällde verksformer ansågs bildkonst, konsthantverk och fotografisk bild lämpliga. Samtidigt konstaterades att gränsdragningsproblemen var stora. Slutligen förordade utredningen en särskild lag om vederlag för visning av bildkonst. Även detta bygger i stort på den norska lagen om biblioteksvederlag.[217]

Enligt § 1 i den lag som tillkom 1993 utgår vederlag för offentlig visning av exemplar av verk av norsk bildkonst, konsthantverk och fotografi som finns i offentlig ägo. Vederlaget utges kollektivt och utgår för varje *visningsenhet*. Enligt § 3 bestäms vederlagssatsen genom avtalsförhandlingar mellan staten och en *samorganisation som representerar en väsentlig del av norska upphovsmän*. Beräkningen skall bygga på statistik över antalet verk som ställs ut (§ 2). Om enighet inte nås kan parterna kräva medling. Vederlaget tilldelas enligt § 4 en fond som förvaltas av upphovsmannaorganisationer. Fondens medel fördelas till såväl upphovsmännen direkt som till ändamål som kommer grupper av upphovsmän till godo. Vid utbetalning till enskilda upphovsmän får hänsyn inte tas till organisationstillhörighet. Fonden skall vara godkänd av departementet (§ 4).[218]

5.6.2 Spridningsrätten

Enligt 2 § 3 st URL hör till upphovsmannens ensamrätt sådant tillgängliggörande för allmänheten som sker genom att *exemplar bjuds ut till allmänheten genom försäljning, uthyrning, utlåning eller eljest genom spridning till allmänheten.*

För vissa verkstyper är omfattande exemplarframställning och spridning på skilda sätt till allmänheten det normala sättet att förfoga ekonomiskt över verket. Därför borde enligt AK inte bara exemplarframställningen utan även själva spridningsmomentet täckas av upphovsmannens förfoganderätt. Enligt AK var spridningsrätten i första hand att anse som ett komplement till mångfaldiganderätten. Den hade alltså sällan självständig betydelse. När upphovsmannen utnyttjade sin förfoganderätt genom att låta någon annan mångfaldiga verket, måste det som regel anses att förvärvaren tillika erhöll spridningsrätten (jfr 31 § URL). En författare kunde dock låta någon framställa en mindre upplaga för en privat krets

[217] Op cit s 17 f och 36.
[218] Op cit s 36.

med villkor att exemplaren inte fick spridas vidare.[219] Även om upphovsmannens förfoganderätt således gäller också annans uthyrning eller utlåning av hans verk,[220] betonade motiven att spridningsrätten principiellt och systematiskt borde begränsas, så att den inte kunde göras gällande i fråga om vidareöverlåtelse av sådana exemplar, som *lagligen förts i handeln eller eljest lagligen kommit i omlopp bland allmänheten.*[221] Spridningsrätten är därför i väsentlig grad inskränkt. Huvudregeln om konsumtion i 19 § URL säger att när exemplar av ett verk med upphovsmannens samtycke har förts i handeln eller på annat sätt blivit spridda till allmänheten, upphovsrätten är *konsumerad* såvitt gäller *vidarespridningen* av exemplaren. Det hindrar dock inte att rätten att på annat sätt tillhandagå allmänheten med utgivna exemplar kan stanna hos upphovsmannen.[222] Eftersom spridningsrätten till ett exemplar således konsumeras när det har förts ut på marknaden, får spridningsrätten relativt liten betydelse för upphovsmannen. Värt att observera är dock att spridningsrätten till alster av *byggnadskonst* eller *brukskonst* liksom *filmverk* inte uttryckligen konsumeras enligt någon bestämmelse i URL.

Enligt AK innebar uthyrning och utlåning av ett exemplar att dess tillgänglighet intensifierades utöver vad som redan skett när det spreds första gången.[223] I 19 § URL finns därför särskilda regler om *uthyrning* och *utlåning.* Reglerna har ändrats, bl a som en följd av åtagandena enligt EGs uthyrnings- och utlåningsdirektiv.[224] Direktivet har inneburit att upphovsmannens bildrättigheter stärkts i vissa avseenden. Av direktivets art 2 följer att upphovsmannen som huvudregel skall ha ensamrätt både till uthyrning och till utlåning. I direktivets preambel konstateras att uthyrning och utlåning av verk kommit att spela en allt större roll. Piratkopiering har blivit ett större hot. Tillfredsställande skydd av verk och närstående rättighetshavares alster i form av uthyrnings- och utlåningsrättigheter samt skyddet för rätten till upptagning, mångfaldigande, spridning, radio- eller TV-sändning och återgivning för allmänheten har ansetts ha grundläggande betydelse för gemenskapens ekonomiska och kulturella utveckling. Skyddet måste därför anpassas till den ekonomiska utvecklingens former för nyttjande.[225]

[219] SOU 1956:25 s 94 f.
[220] Jfr op cit s 96.
[221] Prop 1960:17 s 61 f; jfr SOU 1956:25 s 96.
[222] Jfr SOU 1956:25 s 96.
[223] Ibidem.
[224] Rådets direktiv 92/100/EG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (uthyrnings- och utlåningsdirektivet).
[225] Se prop 1994/95:58 s 22 ff.

5.6.2.1 Uthyrning

Tidigare fick exemplar av konstverk hyras ut till allmänheten utan upphovsmannens tillstånd, om antingen konstverket var utgivet och exemplaren omfattades av utgivningen eller upphovsmannen hade överlåtit exemplaren. Exemplar av musikaliska och litterära verk fick, då liksom idag, däremot inte tillhandahållas allmänheten genom uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar utan upphovsmannens godkännande.

För uthyrning av exemplar av konstverk till allmänheten skall enligt direktivet krävas upphovsmannens tillstånd. Även om de tidigare reglerna i 19 § i allt väsentligt ansågs uppfylla uthyrnings- och utlåningsdirektivets krav, behövdes enligt regeringen vissa tillrättalägganden för att direktivet skulle kunna införlivas. Direktivet kräver t ex att upphovsmannen har ensamrätt till *uthyrning* vad gäller alla typer av upphovsrättsligt skyddade verk utom *byggnader* och *brukskonst*.[226] Konsumtionsbestämmelsen i 19 § URL för konstverk skulle därför ändras på så sätt att det måste krävas tillstånd av upphovsmannen även för uthyrning (och andra jämförliga handlingar) av exemplar av konstverk till allmänheten, d v s för alla typer av verk utom uthyrning till allmänheten av byggnader och bruksföremål.[227]

Med uthyrning förstås enligt direktivets art 1 att för en begränsad tid och för direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell vinning ställa ett objekt till förfogande för användning. Enligt svensk rätt har det ansetts likgiltigt om uthyrningen skett i syfte att erhålla vinst eller endast för att minska kostnaderna för en verksamhet som ingår som ett led i en skattefinansierad service till medborgarna. I alla de fall där användaren direkt eller indirekt lämnar någon form av vederlag för att under viss tid få disponera exemplar har det ansetts kräva upphovsmannens tillstånd.[228] Uthyrningsbegreppet enligt URL var därmed vidare än motsvarande term i direktivet.[229] I propositionen konstaterades dock att det saknade betydelse att svensk rätt hade ett vidare uthyrningsbegrepp än direktivets.[230]

[226] Se Reinbothe/Lewinski s 53.
[227] Se vidare prop 1994/95:58 s 23.
[228] Prop 1992/93:214 s 93; jfr prop 1994/95:58 s 23 och Ds 1994:49 s 25 f.
[229] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 141.
[230] Se prop 1994/95:58 s 23.

Vid tiden för tillkomsten av de nuvarande nordiska upphovsrättslagarna kunde man möjligen förutse att *videogram* skulle kunna komma att få betydelse för upphovsrätten, men man kunde då knappast förutse att den huvudsakliga videogramanvändningen skulle utgöras av kommersiell uthyrning av videogram. Spridningsrätten får särskild betydelse på videogrammarknaden, där den kan bidra till att hålla skilda sektorer av marknaden isär.[231] Det har väsentligt förenklats av att filmrättigheter undantagits från lagens konsumtionsregler. Rättighetshavaren har helt haft kvar kontrollen över vidarespridningen till allmänheten av exemplar av filmverk. Sådana exemplar får således inte utan rättighetshavarens samtycke överlåtas vidare, hyras ut eller lånas ut även om filmverket är utgivet och exemplaren omfattas av utgivningen.

5.6.2.2 Utlåning

För alla andra kategorier än exemplar av datorprogram är *utlåningsrätten* konsumerad i och med att exemplaret överlåts (19 § 2 st 2 URL). Det betyder att det blir bildexemplarets ägare som förfogar över utlåningsrätten. Den skillnad mellan uthyrning och utlåning som uppkommer p g a att konsumtionen av uthyrnings- och utlåningsrätten är olika är att medan det för uthyrning finns två konkurrerande rättighetshavare – upphovsmannen som kan bestämma över utlåningsrätten i kraft av sin upphovsrätt och ägaren till exemplaret som kan förfoga över föremålet i kraft av sin äganderätt – är det vid utlåning endast ägaren av exemplaret som kan bestämma villkoren för lån av det. Om upphovsmannen och ägaren är en och samma person spelar utlåningsrättens konsumtion alltså inte någon roll. Eftersom det på området för den traditionella bildkonsten är vanligt att upphovsmannen äger originalexemplaret, vilket på bildkonstområdet oftast är det enda för utlåning intressanta exemplaret, blir skillnaden mellan uthyrnings- och utlåningsrätten kanske inte så stor just på det området. Då bidrar bildverkets *materialitet* alltså till att på visst sätt försätta bildupphovsmannen i en relativt sett bättre situation än andra upphovsmannakategorier. Utlåningsrätten får ändå betydelse, t ex när exemplaret har framställts med stöd av 12 § URL. Rätten till det exemplaret är ju då inte konsumerad (jfr ovan s 219).

Uthyrnings- och utlåningsdirektivet föreskriver som utgångspunkt i art 1 och 2 att upphovsmannen skall ha ensamrätt också till utlåning av ex-

[231] Immaterialrätt s 44; se vidare Karnell i NIR 1982 s 276 ff.

emplar, med undantag av byggnader och brukskonst. Men art 5 ger möjligheter till undantag från ensamrätten. Varje medlemsland får göra undantag från ensamrätten när det gäller offentlig utlåning. En förutsättning för att undantag skall få göras är att upphovsmannen får *skälig ersättning* för utlåningen. Vissa inrättningar kan emellertid undantas från skyldigheten att betala ersättning.[232] Enligt ett officiellt uttalande av EG-kommissionen ansågs t ex offentliga bibliotek, universitet och undervisningsinstitutioner kunna tillhöra den kategorin.[233] Det får den praktiska effekten att allmänna arkiv och bibliotek inte behöver upphovsmannens tillstånd för att låna ut främst böcker och fonogram.[234] Bestämmelserna är emellertid även tillämpliga på bildkonst och vissa bibliotek har också prövat att låna ut konstverk till allmänheten, s k *artotek*.

Såsom redan framskymtat är direktivets utlåningsbegrepp på sätt och vis försåtligt. Enligt direktivet avses med utlåning att för en begränsad tid och *utan omedelbar eller medelbar ekonomisk eller kommersiell vinning* ställa ett objekt till förfogande genom en *institution* som är tillgänglig för allmänheten.[235] Det är alltså inte i direktivets mening fråga om utlåning när exemplaret ställs till förfogande av någon annan än en sådan institution.[236]

I preambeln till direktivet uttalas att någon direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell vinning i direktivets mening inte föreligger när utlåning från en inrättning som är tillgänglig för allmänheten föranleder betalning om beloppet inte överstiger vad som behövs för att täcka inrättningens driftskostnader.[237] I propositionen konstaterades att upphovsmännen i svensk rätt inte hade någon rätt till ersättning enligt upphovsrättsliga regler för den utlåning av exemplar som skedde genom bibliotek. Istället betalades ersättning enligt bestämmelser i förordningen (1962:252) om Sveriges författarfond (se härom strax nedan). Eftersom ersättningsordningen enligt direktivet inte behövde vara upphovsrättsligt grundad, kunde de nordiska länderna behålla sin offentligrättsligt reglerade biblioteksersättning. Vidare skulle beaktas att den svenska biblioteksersättningen inte omfattade lån från andra bibliotek än folk- och skolbibliotek.[238] I enlighet med Kommissionens officiella uttalande kunde ju

[232] Reinbothe/Lewinski s 77 ff.
[233] Prop 1994/95:58 s 28; se vidare Reinbothe/Lewinski s 80.
[234] Jfr Schønning, Ophavsretten s 42.
[235] Se Reinbothe/Lewinski s 36.
[236] Op cit s 42 f.
[237] Op cit s 40.
[238] Utlåning från forskningsbibliotek (Kungliga biblioteket och universitetsbiblioteken) ersätts alltså inte.

bl a offentliga bibliotek, universitet och undervisningsinstitutioner undantas.[239]

Utlåningsersättning

Eftersom *utlåning* t ex från bibliotek som framgår ovan inte kräver upphovsmannens samtycke uppstår åter ett ekonomiskt tomrum, som man i någon mån har försökt fylla ut med den statliga biblioteksersättningen. Den erläggs för Sveriges del via *Sveriges Författarfond* enligt en särskild förordning.[240] Ersättning erläggs till svenska författare, översättare och bokillustratörer som kompensation för utlåning av deras skyddade verk i allmänna bibliotek. Viss del av medlen går direkt till varje upphovsman i relation till utnyttjandet av just hans verk. Resten går till stipendier och understöd. I viss mån kan ersättningen ses som upphovsrättslig – trots att den hör hemma utanför upphovsrättslagstiftningens område – eftersom den fördelar medlen i proportion till utlåningen,[241] och eftersom den i princip fyller ut ett tomrum som uppstår p g a en inskränkning i lagen.

Den första svenska biblioteksersättningen till författare tillkom 1954 som ett resultat av författarnas krav på biblioteksvederlag. Ersättningen erlades i form av statliga medel och reglerades genom en särskild författning. Upphovsmännen har dock vid flera tillfällen kommit med förslag till ändringar i URL vilka skulle stärka rätten vid uthyrning och utlåning. 1969 föreslog KLYS att ersättning för yrkesmässig eller organiserad utlåning skulle lösas genom en avtalslicensbestämmelse. I väntan på ett förslag av UU träffades 1986 en överenskommelse mellan den svenska regeringen och företrädare för upphovsmännen om ett grundbelopp för biblioteksvederlag. Nya förhandlingar 1987 resulterade i en överenskommelse 1988.[242] UU prövade i sitt slutbetänkande flera olika former för hur ett biblioteksvederlag skulle kunna genomföras upphovsrättsligt. Utredningen kom dock fram till att en *avtalslicensbestämmelse* var den enda i praktiken tänkbara lösningen. Emellertid ansågs tiden inte mogen för lagstiftning, bl a eftersom det bedömdes vara omöjligt att uppnå nordisk enighet i frågan.[243]

[239] I lagstiftningsarbetet med införlivandet av EGs utlånings- och uthyrningsdirektiv var i stort sett alla remissinstanser eniga om att det inom upphovsrätten borde införas regler om ersättning vid biblioteksutlåning (se prop 1994/95:58 s 26).
[240] 1962:652.
[241] Forslund i NIR 1984 s 357.
[242] SOU 1990:30 s 426 ff.
[243] Op cit s 445.

Danmark har ett helt individuellt ersättningssystem för biblioteksutlåning. Ersättningen beräknas på grundval av utlåningsfrekvensen. I ett betänkande[244] föreslogs 1985 en upphovsrättslig reglering av biblioteksvederlaget grundad på en *avtalslicensbestämmelse*. Med bibliotek skulle förstås även annan liknande verksamhet som gick ut på utlåning eller uthyrning av verk till allmänheten. Förslaget omfattade alla slags verk, även konstverk.[245] Den danska utredningens förslag antogs inte. Istället infördes 1991 en ny lag om biblioteksersättning som framhäver bibliotekersättningens karaktär av statligt kulturstöd till främjande av det danska språket.[246] Enligt § 2 har också illustratörer, bildkonstnärer och fotografer rätt till ersättning när deras verk ingår i danska böcker.

Sedan flera decennier finns även i *Finland* ett ersättningssystem för böcker i offentliga bibliotek. Ersättningen grundas på bestämmelserna i en särskild lag om stipendier och understöd åt författare. Ersättningen har ingen direkt relation till utlåningens storlek. Stipendier (motsvarande tio procent av anskaffningsbeloppet till offentliga bibliotek) delas ut till författare efter ansökan och behov.[247] Lagen ger inte någon ersättningsrätt till illustratörer eller andra bildrättighetshavare.

I *Norge* har biblioteksvederlag införts genom en särskild lag från 1986. Lagen ersattes 1987 av en ny lag. Där stadgas att upphovsmän, vars verk disponeras för utlåning på offentliga bibliotek, skall ges vederlag från staten (§ 1). Enligt lagens § 3 gäller att vederlagssatsen skall fastställas genom förhandlingar med en sammanslutning av upphovsmän som är godkänd av departementet. När oenighet råder om vederlagets storlek kan ärendet hänskjutas till medling i en särskild nämnd. Vederlaget tillställs en fond som förvaltas av upphovsmannasammanslutningen. Fondens medel kan disponeras till föremål som kommer grupper av upphovsmän tillgodo.

5.6.3 Följdrätt

Följdrätten, som behandlats ovan (3.5) i vad avser följdrättens objekt, kan såsom förfoganderätt tyckas ha mer karaktär av närstående rättighet än en primär ekonomisk rätt. Emellertid täcks den av den allmänt for-

[244] Bet 1038/1985.
[245] Jfr Lundin i NIR 1987 s 461.
[246] Schønning, Ophavsretten s 43.
[247] Lundin i NIR 1987 s 460.

mulerade förfoganderätten i 2 § URL. Ordet *följdrätt* antyder att konstnärens rätt på ett särskilt sätt *häftar vid* eller *följer* med konstverket även när det övergått i tredje mans ägo.[248] Den bör därför ses som en begränsning av de i övrigt stränga konsumtionsreglerna i 19 § URL som säger att sedan ett konstverk överlåtits, det fritt får spridas vidare.[249] Rätten medför således en förstärkning av den ekonomiska rätt som tillkommer upphovsmannen sedan han lämnat verket ifrån sig.[250] Rätten är dock begränsad såtillvida som ersättningens beräkning och storlek är fastställd i lagen.

I de nordiska länder som infört lagstadgad följdrätt har det skett genom ett nytt kap 2 a i upphovsrättslagarna. Reglerna finns för svensk del alla i den omfattande 26 j § URL. I Danmark återfinns regleringen i § 38 och i Finland i 26 i-m §§. Följdrätt gäller när överlåtna konstverk säljs av en näringsidkare genom konsthandel eller på auktion. Den gäller också när verket *förmedlas* av en näringsidkare i hans yrkesmässiga verksamhet.[251] Ersättningen, som utgör fem procent av bruttoförsäljningspriset, skall betalas in av säljaren.[252] Rätten kan inte överlåtas, men den gäller inom hela upphovsrättens giltighetstid, vilket innebär att den efter upphovsmannens död kan bli föremål för arv och testamente.[253]

5.7 Inskränkningar som innefattar både exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten

Det som framställts för enskilt bruk enligt 12 § 1 st URL får, som ovan konstateras, inte användas för andra ändamål. Det medför i sig en inskränkning inte bara av rätten att framställa ytterligare exemplar av alster som framställts på grundval av regeln i 12 § URL, utan också en principiell begränsning av visnings- och spridningsrätten. För ett flertal andra inskränkningar som primärt tar sikte på skilda former av exemplar-

[248] Eberstein, Immateriellt rättsskydd s 19.

[249] Se prop 1994/95:151 s 16 och Karnell i NIR 1977 s 319; jfr Katzenberger, Das Folgerecht s 70 f, Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 194 och Schønning, Ophavsretsloven s 353.

[250] Jfr Karnell i NIR 1977 s 327.

[251] Se Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 194 och Schønning, Ophavsretsloven s 353.

[252] Se Schønning, Ophavsretsloven s 353 f.

[253] Jfr art 14ter BK. Rättens oöverlåtbarhet ger den delvis drag av ideell rätt (jfr Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes s 118).

framställning saknas motsvarande inskränkningar i vidareutnyttjanderätten.

13 § URL, som avser reprografiska förfaranden och upptagningar, har som ovan anges vuxit fram som en komplettering till 12 § URL. Såväl 12 som 13 §§ medger i princip endast en rätt till exemplarframställning, men istället för den stränga begränsningen att exemplaret inte får användas för andra ändamål, preciserar 13 § URL rätten att förfoga över exemplar och upptagningar till att endast få *användas i undervisningsverksamhet som omfattas av det avtal som förutsätts för uppkomsten av avtalslicensen.* Vad som avses därmed med avseende på utnyttjandeområdet kommenterades inte i motiven. *Användning i undervisningsverksamhet* bör, trots att regeln i princip endast avser exemplarframställning, medge också att exemplaren skall få visas eller framföras, om det sker som ett led i undervisningsverksamheten.

Som regel faller det sig naturligt med hänsyn till inskränkningens karaktär och syfte att en rätt till exemplarframställning också skall få medföra tillgängliggörande för allmänheten. Så får t ex enligt 24 § 1 st 2 konstverk avbildas om de ställs ut, är till salu eller ingår i en samling, men i dessa fall endast i meddelanden om utställningen eller försäljningen och i kataloger.[254] Offentliggjorda konstverk får också *återges* i en kritisk eller vetenskaplig framställning eller i samband med en redogörelse för en dagshändelse i en tidning eller tidskrift, om det sker i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet.

Citat får göras ur offentliggjorda verk, om det sker *i överensstämmelse med god sed*, under förutsättning att citeringens omfattning framstår som betingad av ändamålet.[255] Vad som är tillåtet varierar från fall till annat, beroende av vilken typ av verk det är fråga om och i vilken situation citatet görs. Trots att regeln enligt sin lydelse är generell med avseende på kategorier, var den egentliga citatregeln enligt AK inte tänkt att komma ifråga för konstverk.[256] Att citaträtten inte skall omfatta konstverk har fastslagits också i senare lagmotiv.[257] Som kompensation hör därför enligt 23 §

[254] Jfr Göta HovR dom den 15 juli 1993 (Nessim) där hovrätten slog fast att det utgjorde upphovsrättsintrång att utan tillstånd återge alster av bildkonst i interiörbilder i en möbelkatalog.

[255] Att citaträttens område är relativt snävt avgränsat har fastslagits genom NJA 1996 s 712 (Citat), vilket dock gällde återgivning av en intervju. Att därifrån göra några mer preciserade analogier till bildområdet låter sig emellertid knappast göra.

[256] SOU 1956:25 s 201.

[257] Se prop 1992/93:214 s 77. Av visst intresse i detta sammanhang kan vara att det i den finländska lagen görs en uttrycklig hänvisning från fotorätten i 49 a § FURL till den allmänna citatregeln i 22 § FURL. Där har man alltså ansett det teoretiskt möjligt att citera i vart fall fotografier.

URL till de rena inskränkningarna också en särskild rätt att återge konstverk i anslutning till texten i kritiska eller vetenskapliga framställningar och i tidningar eller tidskrifter i samband med redogörelse för en dagshändelse. Rätten att återge konstverk i kritiska eller vetenskapliga framställningar medges dock inte om verket har skapats för att återges just i en sådan publikation. Regelns innebörd är att konstverk skall få användas som illustrationer i vissa fall. Även om framställningen enligt 23 § 1 st 1 URL skall vara kritisk eller vetenskaplig, kan ämnet för framställningen emellertid vara vad som helst, t ex konsthistoriskt, geografiskt eller historiskt. När det rör sig om en vetenskaplig framställning är det väsentliga att den har vetenskapligt syfte, men den måste dessutom hålla sig på en viss nivå.[258] Regeln gäller inte för populärvetenskapliga framställningar. För användning i sådana framställningar krävs numera tillstånd av upphovsmannen i vanlig ordning.[259]

Rätten att återge konstverk i tidningar och tidskrifter i 23 § 1 st 2 URL har tillkommit för att tillgodose det offentliga intresset av att pressen får möjlighet att fritt sprida information om aktuella händelser. Regeln har ansetts ha en bredare räckvidd än den generella citaträtten, som skall tillgodose endast kulturlivets och vetenskapens intressen. Den innebär att man skall få använda konstverk som illustration inte bara på konstens område, såsom vernissager, konstnärers födelsedagar eller museistölder, utan också på andra områden.[260]

Konstverket måste återges i anslutning till framställningen. Enligt 23 § 2 st URL får återgivningen ske endast i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. Det är framställningen som är det centrala. Konstverket skall endast vara en illustration eller ytterligare belysning av framställningen. Det har inte ansetts vara tillåtet att i ett arbete ta in en rad reproduktioner av konstnärers verk endast ackompanjerade av biografiska notiser.[261]

[258] Olsson, Copyright s 125; jfr prop 1992/93:214 s 97.

[259] Före 1994 fanns en särskild regel som gällde reproduktioner i populärvetenskapliga framställningar och som gav upphovsmannen rätt till ersättning om två eller flera av hans verk återgavs i en sådan framställning (se SOU 1956:25 s 203 ff; jfr prop 1992/93:214 s 96 f).

[260] SOU 1956:25 s 208; jfr SOU 1990:30 s 482 f; jfr dock det norska fallet NRt 1996 s 1948 (Dagshändelse) där en återgivning i en veckotidning av bilder av barnen till Diana Ross och Arne Næss – tagna från en TV-intervju med Diana Ross och Arne Næss – inte ansågs stå i överensstämmelse med rätten enligt § 8 i den norska FotoL att återge fotografiska bilder i anslutning till en dagshändelse.

[261] Se Olsson, Copyright s 125.

I en tidning hade man sida vid sida publicerat skämtteckningar av olika konstnärer för att visa att de lånat idéer av varandra. Svea HovR ansåg att det i det fallet inte var fråga om en kritisk eller vetenskaplig framställning, eftersom det var teckningarna och inte texten som var det väsentliga, varför teckningarna inte använts för att belysa framställningen.[262]

Frågan om konstcitat kom också upp i NJA 1979 s 385 som gällde kränkning av konstnären *Max Walter Svanbergs* respekträtt. Konstnären *Leif Eriksson* hade på serigrafisk väg framställt en bild i nära anslutning till en av *Svanbergs* färglitografier. *Eriksson* gjorde i TRn gällande att han genom sina åtgärder uteslutande velat angripa konsthandeln för dess osunda affärsmetoder vid försäljning av grafiska verk. Han hade därvid använt Svanbergs bild med stöd av citaträtten enligt grunderna för 23 § 1 st 1 URL (dåvarande 14 § 2 st). TRn anförde att reglerna i 14 § upphovsrättslagen eller grunderna för detta stadgande inte gav stöd för att det – som *Eriksson* hävdat – var fråga om citat.

En fråga som ansluter till rätten enligt 23 § att återge konstverk i samband med en redogörelse för en dagshändelse är hur rättighetsfördelningen mellan den ursprunglige rättighetshavaren till det upptagna konstverket och fotografen eller kameramannen som återger verket hanteras när dagshändelsen går mot natt. Då borde relationen mellan de båda konkurrerande upphovsmannaprestationerna följa reglerna enligt 4 § 1 st URL, d v s att de skulle få en gemensam rätt till verket i återgiven form. Inget talar för att bildrätten skulle ha konsumerats för all tid. I motiven har frågan inte närmare behandlats men det har ansetts att det skall finnas ett krav på samband mellan konstverket och dagshändelsen.[263]

Om det inte är en kritisk eller vetenskaplig framställning och om inte heller något av de övriga särskilda undantagen som medger återgivning av konstverk kan anses tillämpligt, måste citatregeln p g a sin generella lydelse ändå kunna bli tillämplig. Den får enligt min mening gälla trots motivens relativt tydliga mening att bilder inte kunde citeras på det sätt som avses i 22 § URL.

1919 års konstnärslag innehöll en regel som uttryckte att om konstnären eller hans lagliga successorer överlåtit ett konstverk till staten eller menigheten, så skulle överlåtelsen anses innefatta även rätten att genom fotografi efterbilda verket. Regeln motiverades av intresset att tillgängliggöra de bilder som förvärvades till statens konstsamlingar.[264] Någon motsvarande regel infördes inte i 1960 års lag. Detta allmänna intresse ansågs kunna tillgodoses av rätten i 24 § 1 st 2 URL att avbilda

[262] Svea HovR dom den 29 juni 1965 (Ströyer).
[263] SOU 1990:30 s 483.
[264] Prop 1919:3 s 69 f.

konstverk i kataloger.[265] Eftersom rätten var begränsad till avbildning i två dimensioner, medförde det att man t ex kunde framställa och sälja vykort och andra reproduktioner. Enligt AK skulle det emellertid vara lätt för museerna att förbehålla sig den rätten när konstverken förvärvades från konstnären eller hans rättighetshavare. Ett uttryckligt avtal härom ansågs vara riktigare och mer rationellt än att regeln skulle vara inbegripen i överlåtelsen av konstverket.[266]

De här nämnda inskränkningarna förutsätter, samtidigt som de i skilda hänseenden och olika omfattning medger rätt till exemplarframställning, rätt att visa eller sprida det verksinnehåll som omfattas av exemplarframställningen. Här nedan görs en studie av några andra inskränkningar av liknande karaktär, vilka kanske har större ekonomisk betydelse och mer fokus på bildrättigheter.

5.7.1 Konstverk på allmän plats utomhus

Enligt 24 § 1 st 1 URL får ett konstverk som är stadigvarande anbragt på eller vid allmän plats utomhus fritt avbildas. Också byggnad får fritt avbildas (24 § 2 st URL). Med hänsyn till AKs vida definition av byggnadskonst (jfr ovan 3.4.2) kan antas att även andra alster av byggnadskonst i form av fartyg och alster av trädgårdsarkitektur faller under detta byggnadsbegrepp.[267] Kravet på att konstverket skall vara stadigvarande anbragt innebär att regeln inte skall kunna tillämpas på ett konstverk som på försök har uppställts på platsen eller som ingår i en tillfällig utställning.[268] Med *avbilda* skall förstås att konstverket får reproduceras genom målning, teckning, fotografi, eller annan teknik varigenom det återges *i planet*. *Avbildning* avser däremot inte plastisk återgivning. Enligt 7 § i 1919 års lag var det tillåtet att genom teckning eller annan grafisk konst, målarkonst eller fotografi efterbilda konstverk som fanns på eller vid väg eller gata, torg eller annan allmän plats. Av byggnadsverk fick endast det yttre avbildas.[269]

Från Danmark finns ett avgörande av Vestre Landsret som gällde bildhuggaren *Edvard Eriksens* berömda skulptur *Den lille Havfrue* vid *Langelinie* i Köpenhamn. Obehö-

[265] SOU 1956:25 s 280.
[266] Ibidem.
[267] Jfr op cit s 76 ff.
[268] Jfr angående avbildningsrätten till *Christos* paketering av *Pont Neuf* i Paris, Bertin i Gaz Pal (doctr) 1986 s 277 ff.
[269] Se 1914 års betänkande s 174.

rig framställning av souvenirer i form av på små stenar fästa kopior i metall av statyn ansågs utgöra upphovsrättsintrång och dessutom kränkande för skulpturens konstnärliga anseende och egenart.[270]

Syftet med regeln kan lätt inses. Den ger tydligt uttryck för ett samhällspolitiskt frihållningsbehov. Regeln säger att det måste stå var och en fritt att avbilda ett konstverk som finns permanent på allmän plats utomhus. Att det är fråga om avbildning innebär att regeln avser exemplarframställning. Om den inte skulle finnas skulle betydande svårigheter uppstå, främst vid fotografering och filmning utomhus. Både regelns syfte och AKs uttalande indikerar att avbildningsfriheten inte borde gå hur långt som helst.

AK angav att regeln hade sin egentliga betydelse om den stads- eller landskapsbild där konstverket ingick i dess helhet gjordes till motiv för en målning eller ett fotografi. Vidare angavs att det skulle vara tillåtet att avbilda konstverket även när det utgjorde *huvudmotivet*. Det exempel som gavs var ett offentligt konstverk som återgavs som huvudmotiv på ett vykort. AK ansåg att när konstverket på så sätt blev utnyttjat som huvudmotiv, det visserligen förelåg ett mera omedelbart utnyttjande av själva konstverket, vilket principiellt kunde motivera att upphovsmannen skulle få ersättning för utnyttjandet. Svårigheten att avgöra om konstverket utgjorde huvudmotiv eller inte, t ex då ett torg på vilket det stod en monumentalskulptur avbildades på vykortet, tillika med faktum att det i de allra flesta fall ansågs ha mycket liten ekonomisk betydelse för konstnären, motiverade dock inte en sådan ersättningsrätt.[271] Det kanske är lättare att förstå dessa argument om man beaktar att ett generellt undantag gäller för byggnader, som ofta är svåra att undvika i all avbildning. Där är det svårt att bevisa om syftet hos den som avbildat varit att fokusera just på byggnaden eller på något annat.

I ett uppmärksammat österrikiskt avgörande,[272] som belyser verkningarna av en förbehållslös avbildningsrätt, hade det berömda *Hundertwasserhaus* i Wien blivit efterbildat/avbildat på en etikett till en vinflaska. Domstolen konstaterade att det inte fanns någon begränsning för avbildningens ändamål. Att använda avbildningen för kommersiella ändamål var alltså tillåtet. Däremot kunde upphovsmannens *ideella* intressen motivera att en sådan avbildning inte skedde.

UU föreslog att den gällande regeln skulle utmönstras. Det fanns redan ett antal andra bestämmelser som indirekt reglerade rätten att avbilda

[270] U 1979 s 388 (V) (Den Lille Havfrue).
[271] SOU 1956:25 s 264.
[272] OGH, 26 augusti 1994 Ob 51/94 (Hundertwasserhaus).

konstverk på allmän plats utomhus: enskilt bruk, dagshändelse, kritisk framställning m m. Det torde därutöver enligt UU inte finnas något allmänt intresse som motiverade att återgivning av konstverk kunde ske utan upphovsmannens medgivande, särskilt inte om återgivningen skedde kommersiellt. En sådan bestämmelse fick också egendomliga verkningar eftersom ett konstverk fick väsentligt sämre skydd bara genom att finnas på allmän plats utomhus. UUs slutsats blev att det inte var rimligt att annan än upphovsmannen skulle ha rätt att bestämma över sådan avbildning. När det gällde sådana intensiva utnyttjanden som vykortsförsäljning, borde upphovsmannen kunna kontrollera omfattningen av utnyttjandet och ha möjlighet att begära ersättning. Utredningen föreslog därför att inskränkningen helt skulle bortfalla när konstverket utgjorde bildens huvudmotiv. De farhågor som uttalats i motiven till 1960 års lag om att en sådan modell skulle leda till mycket stora tillämpningssvårigheter var enligt UU överdrivna.[273] Förslaget mötte dock kritik av ett flertal remissinstanser som påpekade just att det kunde leda till tillämpningssvårigheter. Förslaget gick inte heller igenom då.[274] Regler med ett innehåll som motsvarar UUs förslag har emellertid antagits i övriga nordiska länder (§ 24 2 st DURL och NURL och 25 a § FURL). I den finländska och norska regeln är återgivningen begränsad till förvärvsverksamhet. Den finländska lagen har dessutom mer generella regler som ger rätt att genom fotografi, film eller TV återge alla konstverk som överlåtits eller utgivits, om återgivningen är av underordnad betydelse (25 § FURL).

Under 1996 kom i Sverige åter ett förslag om att begränsa rätten att avbilda konstverk till att bättre överensstämma med det syfte som kan finnas bakom avbildningen. Det föreslogs att avbildningsrätten inte skulle gälla om konstverket utgjorde huvudmotivet och avbildningen gjordes i förvärvssyfte. I de kortfattade motiven till förslaget konstaterades att inskränkningen i praktiken hade betydelse bara om avbildningen skedde i förvärvssyfte. Var och en skulle ha rätt att avbilda ett konstverk för sitt enskilda bruk enligt 12 § URL. Om ett konstverk emellertid var huvudmotivet för t ex ett vykort, så förelåg ett omedelbart och många gånger rent kommersiellt utnyttjande av själva konstverket. Principiellt sett var det knappast motiverat att konstnärens upphovsrätt inte skulle omfatta ett sådant förfogande över hans verk.[275]

En viktig fråga är hur långt avbildningsfriheten *de facto* sträcker sig. Härom ger lagen inte något svar. Inskränkningarna har på sätt och vis längre räckvidd än 12 § URL, eftersom någon inskränkning med hänsyn

[273] SOU 1990:30 s 480.
[274] Prop 1994/93:214 s 99 f.
[275] Ds 1996:61 s 83 f.

till vidareutnyttjanden inte finns stadgad i 24 § URL. Därmed borde avbildningen få visas eller eljest spridas till allmänheten. Det bör uppmärksammas att när avbildningen väl är företagen, är det inte längre ett konstverk som står på allmän plats utomhus. Det medför att avbildningen i sig bör följa allmänna regler för förfogande. Avbildningen borde paradoxalt nog därigenom varken få avbildas eller eljest efterbildas utan upphovsmannens tillstånd. Att bevisa om det är konstverket eller avbildningen av det som har efterbildats måste emellertid i många fall vara svårt. Likaså uppstår bevisproblem om det finns flera exemplar av konstverket, varav något kan finnas utomhus och andra kan finnas inomhus. Om det exemplar som stått utomhus flyttas eller går förlorat borde tredje mans avbildningsrätt till det exemplaret upphöra, men tredje man måste kunna förfoga över alla avbildningar som framställts medan det ännu stod på allmän plats utomhus.

5.7.2 Bildåtergivning och audiovisuella verk

Den svenska fotolagstiftningen från 1897 innehöll ett särskilt undantag från det skyddade området enligt vilket fotorättsligt skydd inte gällde för fotografi som återgav annat fotografi eller skrift eller skyddat konstverk. I 1914 års utredning konstaterades att undantaget för fotografier kunde gälla två situationer. I den ena var det avbildade fotografiet skyddat. I så fall skulle skyddet för bilderna sammanfalla. I den andra situationen var skyddet för fotografiet utgånget. Någon ny rätt kunde då inte uppstå. Vad gällde skyddade konstverk anfördes att en fotografering av sådana förutsatte tillstånd och att, om tillstånd fanns, fotografen inte kunde utöva sin rätt utan konstnärens tillstånd. Något motsvarande undantagsstadgande föreslogs därför inte till 1919 års FotoL.[276] Även om undantaget ger uttryck för allmänna upphovsrättsliga principer, är det tydligt att det på skilda håll finns undantag från en sådan inte uttryckt huvudregel. Ett av dem är den ovan behandlade bestämmelsen som tillåter avbildning av konstverk på allmän plats utomhus. Ett annat är den begränsade rätten att återge verk i film och TV (20 § 2 st URL).

I 20 § 2 st URL stadgas att inskränkningen i 20 § 1 st URL inte omfattar visning av exemplar av konstverk genom film eller i TV. Sådana

[276] 1914 års betänkande s 190 f; jfr härtill Göta HovR dom den 15 juli 1993 (Nessim) där det konstaterats vara upphovsrättsintrång att utan tillstånd i en möbelkatalog återge alster av bildkonst i katalogens interiörbilder.

exemplar får dock *återges* genom film eller i TV, om återgivningen är av mindre betydelse med hänsyn till filmens eller TV-programmets innehåll. En effekt härav är att ett konstverk alltså kan offentliggöras för allmänheten utan upphovsmannens tillstånd genom att filmas.[277] Att återgivningen av konstverket är av mindre betydelse kan inte förta faktum att det offentliggjorts.

Den norska lagens undantag om visning i film och TV har en lydelse som inte till fullo överensstämmer med de övriga nordiska ländernas. Enligt den norska lagen gäller undantaget inte *såframt verket utgör en del av bakgrunden eller på annat sätt spelar en underordnad roll* (§ 23 2 st NURL).

Uppmärksammas bör kategorivalet för regeln, som alltså uteslutande är film och TV. Att rätten att återge konstverk på fotografier inte omfattas av regeln är ganska naturligt med tanke på de generella reglerna för exemplarframställning och annan återgivning av fotografier som ges i andra stadganden (jfr dock den strax ovan berörda äldre regeln). Lagstiftaren har här tydligt varit ute efter en bestämd teknik som medför en viss intensitet i utnyttjandet, nämligen området för audiovisuella verk. Att den i 46 § URL nyinförda, filmverk närstående kategorin *rörliga bilder* inte omfattas av regeln är då mer förbryllande. Likaså bör övervägas om inte också andra återgivningar i digitala media via digitala nätverk borde omges med samma undantag.

Regeln tar sikte på en begränsning av rätten att visa ett utgivet verk och innebär en kombination av visnings- och exemplarframställningsrätt. Medan en återgivning i TV-program inte självklart innebär exemplarframställning, medför en återgivning genom film regelmässigt att exemplarframställning företas (jfr ovan s 174 ff). Liknande effekter får de regler som förekommer på skilda håll i lagen och som avser upptagningar främst av TV-program.

Inskränkningen i 20 § 2 st URL begränsas på sätt och vis av avtalslicensbestämmelsen i 26 d § URL, enligt vilken radio- och TV-företag har rätt att sända ut utgivna offentliggjorda konstverk på grundval av en avtalslicens. Regeln utvidgar alltså den indirekta visningsrätt[278] av konstverket som sändningen ger, men begränsas av upphovsmannens rätt att förbjuda sändningen (26 d § 2 st URL). Ett sådant förbud bör kunna vara preciserat till att gälla endast ett visst sändningstillfälle, men bör även kunna gälla alla sändningar. Enligt samma lagrum är TV-företaget också förhindrat att sända verket om det av andra skäl finns särskild anledning

[277] Jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 267.
[278] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 171.

att anta att upphovsmannen skulle motsätta sig utsändningen. I motiven angavs vissa typsituationer. Om det t ex var känt att upphovsmannen hade ändrat uppfattning i konstnärligt, politiskt eller religiöst hänseende kunde det antas att han inte ville att verk som återspeglade hans tidigare uppfattning skulle ges ny publicitet. En annan situation kunde vara att verket hade mött ett för upphovsmannen ofördelaktigt uppseende och man kunde anta att han inte ville ge ytterligare offentlighet åt verket.[279] Det var alltså sådana ideella hänsyn som idag torde framstå som relativt svåra att åberopa i praktiken som fanns i lagstiftarens tankar. Ekonomiska bevekelsegrunder som otillbörligt utnyttjande av upphovsmannens *goodwill* fördes inte fram som en särskild anledning att anta att upphovsmannen skulle motsätta sig utsändningen.

Det framgår inte uttryckligen hur 20 § 2 st och 26 d § står i relation till varandra. Den i praktiken enda tänkbara konstruktionen måste vara att 26 d § URL för TV-sändningar kan utvidga återgivningsområdet enligt 20 § 2 st under förutsättning att det föreligger en avtalslicens och att upphovsmannen inte meddelat förbud. Däremot bör en avsaknad av avtalslicens eller av ett förbud inte kunna inskränka återgivningsområdet enligt 20 § 2 st URL. Observeras bör också att 26 d § endast gäller sändningsrätt i TV. Regeln ger inte i sig någon rätt att göra upptagningar på ett audiovisuellt medium. Förutom 20 § 2 st URL finns dock särskilda regler som ger rätt att i vissa fall göra upptagningar av TV-program. Ett radio- eller TV-företag som har rätt att sända ut ett verk får enligt 26 e § URL således ta upp verket på en anordning genom vilken det kan återges under vissa förutsättningar. Företaget har rätt att framställa exemplar för användning vid egna utsändningar ett fåtal gånger under begränsad tid (26 e § 1 st 1). Radio- eller TV-företag har rätt att göra en upptagning av ett verk för att säkerställa framtida bevisning om dess innehåll eller för att en statlig myndighet skall kunna utöva tillsyn över sändningsverksamheten eller över reklamen i radio- och TV-sändningarna (26 e § 1 st (1-2) URL). Om upptagningarna har dokumentariskt värde, får de dock bevaras i *Arkivet för ljud och bild* (26 e 2 st URL). Att möjligheten att använda sändningarna för andra ändamål är starkt begränsad framgår inte bara av de förbehåll som ges direkt i lagen (se 26 e § 2 st 1 men och 3 st *in fine*) utan torde även kunna utläsas ur ett avgörande av HD.

SR hade efter beställning av enskild person utan upphovsmannens samtycke kopierat verk och tillställt beställaren kopian. De inspelningar som använts för kopieringen hade innehafts av bolaget och i det ena fallet utgjorts av sådan upptagning som avses i 26 e § URL. Med hänsyn till vad som angavs i lagens tillämpningsbestäm-

[279] Prop 1960:17 s 153; Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 172.

melser och i förarbetena måste det enligt HDs majoritet emellertid anses oförenligt med regelns syfte att en inspelning som gjorts med stöd därav användes för att framställa kopior åt allmänheten. SR hade alltså inte haft rätt att framställa kopian.[280]

Förslaget enligt NUK om att införa en avtalslicensbestämmelse även för bandupptagning i undervisningsverksamhet lät vänta på sig fram till 1994. Således gäller numera enligt avtalslicensbestämmelsen i 13 § URL att exemplarframställning får ske också genom upptagningar av verk som sänds ut i radio eller TV. Eftersom upptagningarna får användas i undervisningsverksamhet måste de även få framföras (jfr ovan).[281] Sedan 1994 är det också tillåtet för sjukhus och inrättningar med särskild service eller vård för äldre att göra efemära upptagningar av radio- eller TV-program för tidsförskjutna framföranden inom institutionerna (15 § URL).

Upptagningsrätten kan innebära kategoriändring och därmed en förändring av förfogandeobjektet. Upptagning av ett liveprogram medför ju att programinnehållet materialiseras på en bärare. Det blir då vanligen att anse som ett filmverk. Enstaka stillbilder i upptagningen får därigenom automatiskt fotorättsligt skydd.

Samtidig eller tidsförskjuten vidaresändning anses i nordisk rätt som offentligt framförande av verk (jfr ovan s 241).[282] Det gäller oavsett om sändningen är trådlös eller går i kabel.[283] *Vidaresändning* av TV-program som distribueras i kabel är alltså i upphovsrättslig mening att anse som ny sändning.[284] Rätten till vidaresändning kan även regleras i lag genom avtalslicens, såsom i Sverige liksom även i Norge[285] eller genom tvångslicens såsom i Danmark och Finland.[286]

Den svenska avtalslicensbestämmelsen för vidaresändningar anges i 26 f § URL. Den ger var och en rätt att till allmänheten trådlöst eller genom kabel samtidigt och oförändrat vidaresända verk som ingår i en trådlös radio- eller TV-sändning, om avtalslicens gäller enligt 26 i § URL. Som ett resultat av införlivandet med URL av EGs satellit- och kabeldirektiv infördes en särskild begränsning av avtalslicensregeln till att inte omfatta verk till vilka rättigheterna till vidaresändning innehas av det radio- eller TV-företag som sänder ut den ursprungliga sändningen (26 § 2

[280] NJA 1984 s 304 (Liljegren).
[281] Se prop 1992/93:214 s 60 ff.
[282] Se Ds Ju 1985:7 s 18; jfr NU 1983:12 s 24.
[283] NU 1983:12 s 64; DsJu 1985:7 s 17 f; jfr Karnell i NIR 1973 s 267; Strömholm i NIR 1984 s 151; NJA 1980 s 123 (Mornington) och NJA 1986 s 702 (Wickstrand).
[284] Peyron s 80; jfr dock Weincke i NIR 1984 s 303 f angående kabelsändningar.
[285] DsJu 1985:7 s 29; jfr Halvorsen i NIR 1984 s 306 f.
[286] Karnell i NIR 1987 s 34.

st URL). Främst med hänsyn till de tekniska svårigheterna att stoppa sändningar, finns enligt den avtalslicensbestämmelsen inte någon möjlighet för upphovsmannen att meddela förbud.[287]

Anledningen till den nordiska rättsolikheten på området kan ha haft sin grund i att utvecklingen på kabelområdet inom de nordiska länderna har skett med olika hastighet och i olika riktningar. I Danmark har det länge funnits många små privatägda men geografiskt av kommungränserna begränsade kabelnät. I Sverige bestod kabelnäten under lång tid huvudsakligen av lokala nät i storstäderna eller lokala centralantennsystem i större byggnader med enda uppgift att eliminera hushållens privata antenner.[288] I Sverige har det dock på senare år uppstått en kraftig utveckling av större lokala kabelsystem. Finland och Norge har sedan början av 1980-talet haft relativt många små och medelstora kabelnät och dessutom stora kommersiella kabelnät. I Norge har kabelnäten i stor utsträckning underlättat TV-distributionen i fjällvärlden.[289]

5.7.3 Förfogande över bruksföremål

I förra avdelningen (se ovan 3.4.1) konstaterades att brukskonstalster skiljer sig från andra alster i det att utnyttjanden av dem som regel sker endast genom att exemplar av alstren framställs och förs ut på marknaden. Hittills har den utnyttjandeformen också varit den enda som principiellt ansetts ekonomiskt skyddsvärd för upphovsmannen. Det kan då vara värt att observera att något undantag för alster av brukskonst av de slag som gäller för återgivning av byggnader och konstverk på allmän plats utomhus eller för återgivning i film aldrig har funnits för bruksföremål. Det faller alltså inom den uteslutande rätten att avbilda och visa brukskonstalster med de allmänna inskränkningar som ges i 12 § och 20 § 1 st URL. Brukskonst undantas varken när det gäller rätten till återgivning av verk på allmän plats utomhus eller avbildningar på film eller i TV. Värt att uppmärksamma härtill är att någon konsumtion av rätten till brukskonstalster inte heller sker enligt 19 § URL. En förklaring kan vara att alster av brukskonst skall ses som en *underkategori* av *konstverk*. Det skulle dock strida mot lagens strukturella uppdelning i kategorier.[290] Oav-

[287] Jfr DsJu 1985:7 s 36.
[288] Se op cit s 14.
[289] Sönnerland i NIR 1984 s 295.
[290] Förhållandet har också uppmärksammats av Meinander. Hans utgångspunkt var gränsdragningen mellan fartyg – som enligt AK kunde skyddas som byggnad (jfr ovan s 147) – och båtar som kan skyddas som bruksföremål (jfr ovan s 139) (se Meinander i NIR 1984 s 283).

sett hur det förhåller sig bör brukskonstalster av praktiska skäl i dessa fall ändå behandlas som konstverk i 19 och 24 §§ och 20 § 2 st URL.

5.7.4 Närstående rättigheter

Närstående rättigheter skiljer sig från upphovsrättigheter i egentlig mening genom att de inte uppfyller lagens fundamentala verkskriterier. Skyddet blir därigenom i något hänseende vidare än för verk (jfr ovan 4.1). Det kan antingen vara fråga om en brist i verkets objektiva krav – att verket inte är litterärt eller konstnärligt – eller en brist på verkshöjd. Ett par närstående producenträttigheter tar sikte på upptagningar av rörliga bilder och TV-utsändningar. Enligt 46 § URL får en film eller en annan anordning på vilken ljud eller *rörliga bilder* har tagits upp inte utan framställarens samtycke eftergöras eller göras tillgänglig för allmänheten förrän femtio år har förflutit efter det år då upptagningen gjordes eller, om upptagningen har givits ut eller offentliggjorts, inom femtio år efter det år då upptagningen först gavs ut eller offentliggjordes. Som eftergörande anses enligt lagen även att upptagningen förs över från en *anordning* till en annan. Eftersom film och TV-program kan vara av en rad skiftande slag, kan man här tänka sig båda slagen av brist. Antingen är det som sänds varken litterärt eller konstnärligt eller också är det inte tillräckligt originellt. Om programinnehållet ändå når upp till lagens skyddskrav finns ju andra regler som hindrar exemplarframställning.

I 48 § URL ges särskild närstående rätt åt producenter. Rätten hindrar naturligtvis inte att producentens insatser kan medföra upphovsmannaskap i förekommande fall.[291] 48 § URL gäller radio och TV-sändningar. Sådana får inte utan radio- eller TV-företagets samtycke *tas upp* på en anordning, genom vilken de kan återges. Skyddet enligt 48 § URL gäller alltså för själva sändningen. Det gäller inte för program. Programinnehållet skyddas i sig av upphovsrätt enligt 1 § URL i förekommande fall. Sändningen kan dock utgöras av sportprogram eller andra livesändningar som inte självklart är skyddade.[292] Rätten till sändningen tillkommer *producenten*, d v s Radio- eller TV-företaget. Sändningen får enligt 48 § 2 st URL inte utan TV-företagets samtycke föras över från en anordning till en annan förrän femtio år har förflutit efter det år då sändningen ägde

[291] Jfr Olsson, Copyright s 49.
[292] Se op cit s 182.

rum. Anordningarna får inte heller utan företagets samtycke spridas till allmänheten.[293]

I 46 § 2 st och 48 § 3 st URL görs en rad hänvisningar till inskränkningar som skall få motsvarande tillämpning på upptagningen. Således får genom hänvisning till 12 § URL enstaka exemplar framställas för enskilt bruk. Enligt *Olsson* skulle begränsningen i 12 § 3 st 1 URL gälla också för annans medhjälp vid framställning av audiovisuella verk som avses i 46 § URL. Detta kan ifrågasättas. Upptagningar av *rörliga bilder* som ju omfattas av skyddet i 46 § URL bör med bibehållande av lagens systematik inte kunna tolkas in under begränsningarna om *filmverk* i nämnda lagrum utan uttryckligt lagstöd. Om man gör en generell hänvisning till ett lagrum som innehåller särbestämmelser för där angivna verkskategorier, bör hänvisningen från en närstående rättighet som inte uttryckligen omfattas av dessa kategorier inte heller bli tillämplig på de angivna inskränkningarna. Vidare får upptagningarna genom hänvisning till 13 § URL användas i undervisningsverksamhet och med hänvisning till 25 § får de återges om upptagningen återger ett verk som syns eller hörs under en dagshändelse.[294]

Här kan det vara på sin plats att något fördjupa sig i bildrättens relation till de här presenterade närstående upptagningsrätterna. Vad skall gälla t ex om ett TV-program avfotograferas?[295] Skyddet i 46 och 48 §§ URL avser enligt sina lydelser endast upptagning av sändningar. När det gäller själva upptagningen skiljer sig den danska lagen från övriga nordiska länder. I § 69 DURL finns liksom i 46 § URL en särskild regel om just bildupptagning, men anger därtill att sändningen inte utan samtycke får avfotograferas eller upptas på band, film eller annan anordning genom vilken den kan återges. Den norska regeln skiljer sig också från de övriga nordiska länderna genom att det där talas om en TV-sändning eller *delar därav* (§ 45 a NURL).[296]

Något som talar emot att en avfotografering skulle vara en upptagning av en sändning kunde vara en analogisk tolkning av NJA 1976 s 282 (Hem till byn), där en stillbild som återgav en skådespelare från en TV-teater av HD inte ansågs utgöra ett framförande av verket (jfr ovan). Om fotografiet i Hem till byn-fallet inte ansågs återge ett framförande, borde ett fotografi av en *sändning* analogiskt inte heller kunna återge sändningen. Från lagteknisk synpunkt blir det det enda tänkbara sättet att tolka regeln. En sändningsrätt skall inte utan uttryckligt lagstöd kunna inne-

[293] Se prop 1994/95:58 s 32.
[294] Se Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 285 ff.
[295] Jfr Bjelke och A M Lund i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s 131.
[296] Jfr ibidem.

sluta en fotorätt eller annan avbildningsrätt, utan endast en upptagningsrätt. Det ligger i de närstående rättigheternas natur, att eftersom de har ett objektsområde utanför normala verksgränser, de inte kan få ett extensivt tolkat förfoganderättsområde. Anges en *upptagningsrätt*, som ju är en med hänsyn till teknik speciell exemplarframställningsteknik, ges däri inte rätt till annat förfogande över upptagningen. Problemet ser i praktiken ändå ut att lösas av sin tekniska motsägelse. Eftersom man idag knappast kan skilja upptagningsteknik från annan – t ex fotografisk – teknik, blir det skäligen ointressant om producenten har rätt att motsätta sig en upptagning men inte en avfotografering eller annan avbildning eller efterbildning av sändningen eller sändningsinnehållet. Enligt min mening bör därför den svenska 48 § URL tolkas i enlighet med den danska lagen, d v s att en sändning inte utan samtycke skall få avfotograferas (jfr strax ovan), vilket kan medföra ett starkare skydd för kameramannen (jfr ovan s 174).

5.8 Kategoriseringsproblem

Lagens konstruktion med skilda kategorier som ges olika långtgående inskränkningar ger konsekvenser vid kategoribyte och kan förorsaka problem när det undantagsvis är svårt att avgöra till vilken kategori ett verk hör eller när ett och samma verk tillhör flera kategorier som svårligen kan åtskiljas. Det är främst i relationen mellan bildkonst och audiovisuella verk som kategoriseringen får betydelse.

Det konstateras ovan (s 177 ff) att videokonst eller film som endast återger ett konstverk inte självklart skall kategoriseras som film utan som bildkonst. Därför kan frågas om begränsningen i 12 § 3 st 1 URL liksom förhållandet att filmrätten till filmverk inte konsumeras enligt 19 § URL skall gälla för filmer av angivet slag.

Ovan (3.6.2.5) konstateras också att bildskärmslayout kan skyddas som alster av bildkonst och att skärmbilder, t ex till spelprogram kan åtnjuta skydd som filmverk trots att de i sig utgör delar av datorprogram. Det kan skapa tillämpningssvårigheter när skilda förfoganderätter gäller för datorprogram och konstnärliga verk.[297] Utgångspunkten för alla förfoganden är att verksinnehåll som tillhör skilda kategorier i möjligaste mån skall skiljas åt. När det gäller film och videografiska verk såväl som spelprogram är det ofta svårt att skilja de skilda uttrycken från varandra

[297] Jfr Bender i NIR 1997 s 78.

vid förfoganden över verken. Hypotetiskt skulle det enligt den principen vara tillåtet med avseende på spelprogram t ex att för enskilt bruk avbilda själva skärmbilden genom annat än konstnärligt förfarande om skärmbilden är att anse som ett konstnärligt verk. Skulle programmet innehålla filmverk, skulle det visserligen vara tillåtet att framställa exemplar av det, t ex genom att filma skärmen, för såvitt man inte anlitade utomstående, men det skulle inte vara tillåtet att kopiera det program i vilket skärmbilden ingick, eftersom även privatkopiering av datorprogram är förbjuden.[298]

Eftersom det vanligen inte går att skilja det ena innehållet från det andra, skulle grundläggande upphovsrättsliga principer medföra att en rättighetshavare kunde begränsa utnyttjarens förfoganderätt över datorprogrammet, när den är förmånligare för utnyttjaren än förfoganderätten över bild eller film, genom att hävda sin rätt till bild eller film. I 26 g § finns t ex en rätt att framställa säkerhetskopior av ett datorprogram, men det finns ingen rätt att göra säkerhetskopior av annat digitalt verksinnehåll. Liknande effekter uppstår vid konsumtion, eftersom konsumtionen av konstverk, filmverk och datorprogram är olika (se 19 § URL). En sådan tillämpning av förfoganderätten skulle emellertid få konsekvenser som knappast kan överensstämma med reglernas syfte. Så länge det är fråga om datorprogram i egentlig mening (till vilka hör även spelprogram), bör därför de särskilda reglerna om datorprogram ta över, d v s att man i sådana situationer måste bortse ifrån eventuell konkurrens mellan skilda verkskategorier. Skyddet för själva bildskärmslayouten blir därmed huvudsakligen av intresse endast i objektsfrågan och inte när det gäller förfoganderätten.

I den *danska* upphovsrättslagen har för att hantera detta problem vid utlåning av litterära verk införts en begränsning i § 19 3 st DURL som tillåter spridning av datorprogram i digital form genom utlåning när exemplaret av datorprogrammet utgör en del av ett *litterärt* verk och utlånas tillsammans med detta.[299] Tanken är att ensamrätten till datorprogram inte skall kunna hindra utlåning av böcker i digital form som beledsagas av viss programvara som skall göra texten läsbar eller annan programvara såsom t ex sökmotorer. Med hänsyn till utvecklingen av multimedia kan

[298] En sådan inställning har också intagits av Olsson som hävdat att det fick antas att de speciella reglerna om t ex utlåning av program avsåg "rena program" och inte sådana fall där programmet inte var den väsentliga delen av produkten (Upphovsrättslagstiftningen s 38).

[299] Se härom Schønning, Ophavsretsloven s 259.

det emellertid ifrågasättas om begränsningen till litterära verk inte är för snäv.[300]

5.9 Förfogande och digitalteknik

Såväl förfogandemöjligheter som den upphovsrättsliga förfoganderätten påverkas på många sätt av den digitala tekniken. Några av dem har redan berörts. Nedan görs en fördjupad beskrivning av digitalteknikens påverkan på förfogandemöjligheterna över bildverket.

5.9.1 Exemplarframställning

När man läser in en analog bild i datorn, omvandlas den till digital information – den digitaliseras. Digitalisering kan också ske på andra sätt. Den digitala generationens kopiatorer tar t ex *scannertekniken* till hjälp, vilket upplöser det traditionella fotokopieringsbegreppet. Den digitala kopiatorn gör *intelligenta* kopior – kopior som inte bara kan återkopieras ur kopiatorns minne utan också bearbetas digitalt. TV-program kan spelas in digitalt på videogram. Fotografier kan tas med digitala kameror. Exemplaren kan lagras i skilda bärare – databas, hårddisk, CD-ROM, diskett, BBS m m. Vid digitalisering, lagring eller överföring av det digitala verksinnehållet från en bärare till en annan sker en exemplarframställning. Genom uppkoppling till digitala nätverk och via CD-ROM kan allt slags verksinnehåll sedan överföras digitalt till en terminal för vidare bearbetning, digital kopiering och utmatning. När den lagrade bilden *skrivs ut* från en till datorn ansluten skrivare, uppkommer åter ett analogt exemplar av bilden.

Bildbyråer har i allt större utsträckning börjat utnyttja den digitala tekniken. Fotografier kan *scannas* och överföras till digital form direkt från negativet. Då behövs varken framkallning eller annat mörkrumsarbete för att bilden skall visualiseras. Ett digitalt arkiv medför inte bara utrymmesbesparingar, utan ger finansiella och organisatoriska fördelar framför analoga arkiv.[301] En annan fördel är att den digitala tekniken väsentligen minskar materiellt slitage på exemplar, vilket tidigare varit ett tydligt ut-

[300] Jfr op cit s 259 f.
[301] Se Maaßen i ZUM 1992 s 347.

tryck för bildens *materialitet*. Sådana aspekter har under lång tid varit argument för arkiv och bibliotek att kopiera verk till mikrofilm och på senare tid också till digitala exemplar.

I IT-propositionen betonades inte minst arkivens och bibliotekens möjligheter att använda digitala media i sin verksamhet. Med informationsteknologin förändrades enligt IT-propositionen förutsättningarna för att förverkliga de kulturpolitiska målen. IT öppnade helt nya perspektiv på museernas möjligheter att möta allmänhetens intressen och krav. Därför måste museerna ta aktiv del i utvecklingen av multimedier, digitaliseringssystem och telekommunikation.[302] När det gällde alla medborgares tillgång till information via IT skulle folkbiblioteken komma att spela en viktig roll. Det var också viktigt att skolbiblioteken och folkbiblioteken samarbetade för att ge elever, lärare och andra tillgång till IT-tjänster.[303]

UU ansåg att datorlagring av ett verk utgjorde exemplarframställning om materialet fanns lagrat i datorn så att det kunde återskapas med hjälp av datorteknik.[304] Motsatsvis ansågs ett exemplar inte existera om verket eller delar av det inte kunde återskapas. För att ett exemplar skulle anses framställt måste det vara fixerat i en form som var tillräckligt permanent för att kunna återges. Flyktiga framställningar av verk som användes som underlag för bearbetning eller överföring mellan datorsystems olika delar var enligt UU inte tillräckligt permanenta om de inte blev *frysta*. Kopior som framställdes under arbetets gång och som inte lagrades i ett permanent sekundärminne ansågs inte innebära exemplarframställning. Däremot betraktades reservkopior och liknande som gjordes från säkerhetssynpunkt och som lagrades i själva systemet eller utanför på separata enheter som fullgoda exemplar.[305] Utvecklingen har därefter gått mot en vidare syn på vad som kan anses utgöra exemplar i samband med ADB (se vidare nedan 5.9.3.1).

UU ifrågasatte om något verkligt behov fanns för en begränsning av kopieringsmöjligheterna. Informationen i en databas utgjorde enligt UU ofta en *färskvara* och blev snabbt inaktuell. *Downloading* för enskilt bruk

[302] Prop 1995/96:125 s 63.

[303] Op cit s 39.

[304] SOU 1985:51 s 58.

[305] Op cit s 57; UU stödde sig bl a på den i § 4 i WIPOs *Rekommendations for settlement of copyright problems arising from use of computer systems for access to or the creation of works* företagna definitionen av inmatning enligt vilket imantning anses föreligga om ett skyddat verk överförs på ett maskinläsbart medium och fixeras i systemets minne. Verket anses mångfaldigat när det fixerats i en form som är tillräckligt permanent för att möjliggöra att det därifrån kan göras tillgängligt för en människa (se SOU 1985:51 s 55). Definitionen i 2 § 2 st URL påminde enligt UU också om fixeringsbegreppet i Section 101 i den amerikanska Copyright Act (SOU 1985:51 s 57).

ansågs inte utgöra något större problem.[306] TA och Förläggareföreningen föreslog emellertid senare i en skrivelse till justitiedepartementet att elektronisk kopiering skulle undantas från regeln om kopiering för enskilt bruk. Depch ansåg dock att inte tillräckligt starka skäl förelåg för att man skulle inskränka bestämmelsens tillämpningsområde på detta sätt vid den tidpunkten.[307]

I och med utvecklingen av digitala verk och digitala nätverk har exemplarframställning för enskilt bruk och institutionell exemplarframställning ökat markant. Det har lett inte bara till önskemål om fastare definitioner av gränserna mellan privat och offentlig exemplarframställning,[308] utan också till att krav ställts på särbestämmelser som syftar till att begränsa utnyttjandet. Digitalteknikens inverkan ledde tidigt till överväganden om inskränkningar i rätten att förfoga över *datorprogram*. Sedan 1992 är det, som en följd av införlivandet av datorprogramdirektivet, inte tillåtet att framställa exemplar av datorprogram ens för enskilt bruk. Vissa andra möjligheter att framställa exemplar av datorprogram finns dock enligt 26 g § URL, t ex för säkerhetskopiering.

Inskränkningar av motsvarande innebörd i rätten att framställa verk i digital form i undervisningsverksamhet och inom arkiv och bibliotek finns som ovan angivits i 13 § och 16 § 2 st URL. Där inskränks exemplarframställningen till *reprografiskt förfarande*, vilket alltså utesluter såväl digitalisering som kopiering i digital form. Uttrycket *reprografiskt förfarande* kan idag emellertid anses bundet till en teknik som inte längre svarar mot verkligheten (jfr nedan s 350 om hur reprografiskt förfarande preciserats i de svenska undervisningskopieringsavtalen).

Databasdirektivets art 5 (a) anger också att upphovsmannen har en ensamrätt att själv utföra eller tillåta provisorisk eller varaktig framställning av exemplar, helt eller delvis och oberoende av sätt eller form.[309] Genom införlivandet av databasdirektivet föreslås därför en särskild begränsning av exemplarframställningen för enskilt bruk enligt 12 § URL. Enligt 12 § 2 st 3 skall det inte vara tillåtet att framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form.[310] I motiven ville regeringen emellertid understryka att ändringen i 12 § URL inte träffade varje fram-

[306] SOU 1985:51 s 72 f.
[307] Prop 1992/93:214 s 54.
[308] Jfr Grönbok s 26.
[309] En liknande rätt ges också enligt databasdirektivets utdragsförbud i art 7; jfr härtill även preambelns p 44 där det anges att om det krävs att hela eller delar av innehållet varaktigt eller tillfälligt överförs till ett annat hjälpmedel för att innehållet i en databas skall kunna visas på en bildskärm, rättsinnehavarens tillstånd behövs för sådant förfogande.
[310] Se prop 1996/97:111 s 33 ff.

ställning av exemplar i digital form av verk i digital form. Det skulle endast vara sammanställningen som sådan – dess struktur – som var skyddsföremål och det var den som inte fick kopieras. Däremot skulle ändringen inte komma att hindra att exemplar i digital form framställdes av de enskilda verk eller uppgifter som ingick i samlingen.[311]

Att, såsom i Sverige, förbjuda exemplarframställning i digital form av datorprogram och databaser även för enskilt bruk, men inte för andra verkskategorier kan ifrågasättas. Det gäller särskilt som datorprogram och sammanställningar kan innehålla annat verksinnehåll, t ex bilder (se ovan 3.6.2.5 och 3.7). Som enda nordiskt land har *Danmark* utsträckt denna inskränkning generellt till att avse även andra i digital form framställda verksexemplar. Enligt 12 § 2 st 4 DURL är det inte tillåtet att framställa exemplar i digital form av andra verk när exemplarframställningen grundas på en återgivning av verket i digitaliserad form. Det betyder att alla former av digital kopiering från digitala media omfattas av rättighetshavarens ensamrätt. I Danmark krävs alltså upphovsmannens samtycke för att lagra allt digitalt verksinnehåll, att kopiera från CD-ROM eller att spela in digitala TV-sändningar. Värt att märka är emellertid att en exemplarframställning som i sig innebär digitalisering inte är uttryckligt omfattad av begränsningen i den danska lagen.[312]

5.9.2 Digitaliseringsrätt och oförändrad återgivning

Bildreprografi har fram till utvecklingen av den digitala tekniken inneburit att bildens kvalitet försämrats genom reproduktion. För upphovsmannens del har det inneburit en balansgång mellan intresset att å den ena sidan sprida bilden och få ekonomisk ersättning och intresset att få bilden återgiven på ett sätt som ger den rättvisa å den andra. När ett digitalt verk kopieras kan det nya verket, till skillnad från all analog exemplarframställning, få samma kvalitet som ursprungsverket.[313] Sedan kan all vidare digital återgivning av bilden få samma kvalitet. Emellertid innebär alltid digitaliseringen, tekniskt sett, en förändring av bildinnehållet som *de facto* betyder att bildkvaliteten försämras. Teckningar och fotografier har en upplösning av ett slag som den digitala tekniken idag på långa vägar inte kan fånga upp och återge. När en bild digitaliseras över-

[311] Op cit s 36.
[312] Se Schønning, Ophavsretsloven s 214 ff; Jfr dens Ophavsretten s 39.
[313] Se Rosén i NIR 1993 s 267 f; Maaßen i ZUM 1992 s 345.

förs det analoga bildinnehållet till digitala punkter. Det betyder att varje *pixel* på den digitala kopian motsvaras av flera punkter på det ursprungliga fotografiet.[314] Emellertid kan det vara nödvändigt eller i vart fall ändamålsenligt att reducera det digitala informationsinnehållet i bilden för att den skall kunna lagras eller överföras.

Digital bildanalys, bildlagring och bildbearbetning kräver ofta kraftfull utrustning och behandlingen kan ta stort minnesutrymme i anspråk. För att övervinna detta har man, förutom att öka datorkapaciteten, utvecklat särskilda *bildkompressionssystem*, som syftar till att minska informationen i bilderna i relation till bildkvaliteten, d v s att eliminera redundans.[315] Det kompressionssystem för stillbilder som idag är vanligast på marknaden är det s k *JPEG-systemet* (*Joint Photographers Expert Group*). Tekniken går ut främst på att information som ofta upprepas kan reduceras.

Själva digitaliseringen medför inte en bearbetning eller översättning av det slag som avses i 4 § 1 st URL. Digitalisering av ett i analog form skapat verk innebär emellertid i praktiken något mer än ren exemplarframställning. Genom digitaliseringen kan man säga att upphovsmannens förfogande över verket på visst sätt *diskvalificeras*. Sedan verket digitaliserats, förlorar upphovsmannen som regel viss *faktisk* kontroll över hur verket vidareutnyttjas. Eftersom verk som skapas digitalt eller som väl är digitaliserade kan behålla samma form och kvalitet vid digital kopiering, medför digitalteknik också en försvagning av gränserna mellan original och kopia.[316] Det kan försvåra bevisföringen om bildobjektet är ett original eller om det är ett annat exemplar av verket som man står inför.[317]

En möjlighet att begränsa tredje mans rätt att digitalisera kunde kanske finnas i upphovsmannens rätt till oförändrad återgivning i 11 § och 28 § URL (jfr härom ovan 5.2). Om ett analogt verk digitaliseras utan upphovsmannens tillstånd och återges i digital form skulle man kunna hävda att verket återges i *förändrad* form. Ett studium av lagmotiven stjälper dock en sådan tes. AKs tydliga utgångspunkt att relatera rätten till oförändrad återgivning till verkets *inre form* tyder tvärtom på att en ändring av verkets tekniska bärare inte i sig kan medföra att formen ändras.

[314] Jfr Maaßen i ZUM 1992 s 338.

[315] Om bildkompression i praktiken se Wilkinson/Winterflood, Information Technology s 333 och Nyman, Fyra färger och en bild s 6 ff.

[316] Jfr Maaßen i ZUM 1992 s 350, Koktvedgaard/Levin s 109, Andersen i NIR 1995 s 622.

[317] Enligt Bryde Andersen skulle man av systematiska skäl vara nödsakad att hålla fast vid att det förelåg ett originalexemplar i det ögonblick när verket befann sig i primärminnet under skapandeprocessen. En motsatt tanke skulle föra till att något originalverk alls inte funnes, vilket logiskt sett måste vara en omöjlighet (NIR 1995 s 622). Enligt min mening saknar detta i Norden upphovsrättslig betydelse.

En annan möjlighet att begränsa annans digitaliseringsrätt kan eventuellt finnas i upphovsmannens paternitetsrätt i 3 § 2 st URL enligt vilket verket inte får *göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i sådant sammanhang som är på angivet sätt kränkande för upphovsmannen.*

Eftersom själva digitaliseringen av ett med analog teknik skapat verk får så påtagliga effekter, bör rätten att bestämma över verkets digitalisering enligt min mening alltid vara förbehållen upphovsmannen. Han bör också ha rätt att bestämma hur många skilda digitaliseringar som skall få göras av ett och samma verk. Han kan ju vilja att skilda digitaliseringar skall innehålla olika digitala informationsinnehåll för att t ex kunna påverka intresset av vidareutnyttjandet. Situationerna är också olika för skilda verkstyper. Det digitaliserade exemplaret av en tvådimensionell bild förutsätts komma originalet så nära som möjligt. En digitalisering av en skulptur kan däremot samtidigt innebära en önskan att tillföra bildinnehållet något.

5.9.3 Tillgängliggörande

1900-talets tekniska utveckling har radikalt förändrat möjligheterna att överföra information av olika slag. Istället för att lagras på materiella bärare, som sedan transporteras i materiell form, har det blivit allt vanligare att informationen sprids direkt i digitala nätverk. Informationen kan överföras i telenätets ledningar av koppar eller optiska fibrer, i radiovågor via marksändare eller satellit. Nationellt och internationellt kan information överföras både till och från elektroniska databaser. Informationen kan tillgängliggöras enkelt genom s k *electronic delivery* till skilda användare och den kan förmedlas via BBS och digitala nätverk. Det internationellt mest välutvecklade nätverket i vår tid är *Internet.*

TV-mediet som under 1950-talet vann insteg på den svenska marknaden förändras fortfarande. Allmänhetens ökade tillgång till TV-program har möjliggjorts av att satelliter börjat användas i större omfattning, att kabelnäten har byggts ut samt att nya finansieringsmöjligheter har tagits i bruk. Digitalt sänd TV s k HDTV (*High Definition Television*) som breder ut sig i USA och Europa möjliggör digital bildsändning.[318]

[318] SOU 1994:105 s 105; se prop 1996/97:67 om utvecklingen av digitala TV-sändningar och planerna på deras införande i Sverige.

Digitala radiosändningar från markbundna sändare inleddes i Sverige år 1995. Det förekommer också satellitsändningar med digital teknik. I en särskild utredning[319] föreslogs att digitala TV-sändningar i marknät skulle byggas ut i Sverige. Enligt utredningen kunde en första etapp påbörjas 1997 och vara slutförd våren 1998. Denna etapp skulle ge sändningsmöjligheter för åtta rikstäckande marksända kanaler.[320]

Sändningskvaliteten i digitala sändningar är väsentligt bättre än i sändningar i analog form. Detta faktum förändrar också möjligheterna och allmänhetens intresse att spela in programinnehåll.[321] Det är också möjligt att sända många fler digitala TV-kanaler via satellit än vad som är möjligt med den analoga tekniken. Samtidigt är de investeringar som behövs hos sändarföretagen marginella, vilket sammantaget medför att sändningskostnaden per TV-kanal sjunker.[322] Det primära problemet med digital-TV har emellertid länge varit att hantera den stora mängd information som behövs för att överföra bilder i digital form. Den nya tekniken möjliggör kompression också av TV-signalen, vilket medför att frekvensutrymmet kan utnyttjas mer effektivt.[323]

Upphovsrättens offentlighetsbegrepp (se härom ovan 5.5) kompliceras ytterligare i en digital miljö. Där har gränserna mellan privat och offentlig sfär suddats ut väsentligt. Medan det tidigare funnits en tydlig gräns mellan enkel tvåvägskommunikation från punkt till punkt i form av telefonsamtal eller telefax som ju inte omfattas av upphovsmannens ekonomiska rätt och sändning eller annan spridning till allmänheten av verksinnehåll, kan de digitala nätverken fungera för båda dessa kommunikationsformer. I den digitala cirkulationen suddas gränserna mellan dator, databas, TV och telefoni ut när allt samlas i ett och samma medium.

Om nätverket möjliggör tvåvägskommunikation är det också interaktivt. Nätverken gör det möjligt att sända såväl meddelanden i form av elektronisk post som digitala informationspaket vilka kan innehålla skilda typer av medieinnehåll. Därmed möjliggörs digitala *konferenser*, digitala *demonstrationer* och digitala *konstutställningar*. *Tidningar* kan komplettera sin pappersutgivning med en digital utgivning via sådana nätverk. I den di-

[319] SOU 1996:25.

[320] Prop 1995/96:125 s 64.

[321] Traditionella analoga TV-apparater kan inte ta emot digitalt sända signaler. För att kunna ta emot sådana måste alltså den enskilde tittaren investera i ny utrustning. Detta har gjort att man planerar med relativt långa övergångsperioder innan den analoga tekniken helt har ersatts (SOU 1994:105 s 106 ff).

[322] SOU 1994:105 s 105.

[323] Motsvarigheten till JPEG på det audiovisuella området är *MPEG* (*Moving Pictures Expert Group*) som har utarbetat standarder för hur rörlig bild, ljud och data skall kunna överföras med digital teknik för användning i TV och datorer.

gitala formen kan läsaren själv skapa sin tidning eller sitt museum genom att välja vilken information han vill ha och om informationen skall förädlas.[324]

I USA finns sedan flera år digitala radiokanaler som mot betalning ger lyssnaren tillgång till ett stort utbud av populärmusik mot betalning (*celestial jukebox*). Denna nya möjlighet att exploatera musik påverkar hela fonogramindustrin, eftersom den drastiskt minskat efterfrågan på traditionella fysiska exemplar. *Video on demand* har redan kommit till Sverige. På motsvarande sätt kan också bilder förmedlas till slutanvändaren.[325] Digitaltekniken kan ge helt nya möjligheter att visa bilder. Digitala väggtavlor kan ersätta traditionella bildexemplar. Istället för verkliga tavlor kan man söka efter och ta fram vilka konstverk, fotografier eller videokonstverk som helst från digitala arkiv. *Elektronic publishing* innebär att ett verk publiceras i elektronisk form. Allt mer verksinnehåll ges ut enbart i CD-ROM-format och allt vanligare blir att verk publiceras i en databas eller tillgängliggörs direkt via digitala nätverk utan ett förlag som mellanhand.[326]

De digitala nätverken bygger idag på att varje användare har en persondator som via modem kan använda telenätet för att kommunicera både med databaser och andra till nätverket kopplade användare.[327] En dator i vilken ett bildverk, som antingen har skapats eller lagrats, kan kopplas till ett nätverk, som gör verket åtkomligt globalt för dem som är anslutna till nätverket. Det kan ske praktiskt taget redan medan det skapas. En alltmer utbredd uppfattning har därför blivit att förmedling av information *on demand* och kommunikation i öppna nätverk skall tillhöra det upphovsrättsligt skyddade området och att den bör ges tydliga upphovsrättsliga uttryck. I en digital miljö kan det ofta råda oklarhet om när ett verk blivit offentliggjort och hur det blir offentliggjort. Om en bild finns i ett elektroniskt bildarkiv, som inte finns tillgängligt *on-line*, blir bilden i vart fall materiellt offentliggjord när den första gången lämnas ut till en utnyttjare. Det gäller naturligtvis under förutsättning att bilden inte redan tidigare är offentliggjord.[328] Om det offentlighetsbegrepp som antagits ovan skall gälla även i digital miljö, bör ett verk emellertid anses offentliggjort redan när det finns tillgängligt för någon att ta del av det via nätet.[329]

[324] Se prop 1995/96:125 s 9.
[325] Olsson, Digitalteknologin s 9.
[326] Se Fiedler s 8 f; jfr Olsson, Digitalteknologin s 11.
[327] Jfr Dreier i Digitalisering s 118.
[328] Jfr Maaßen i ZUM 1992 s 343.
[329] Jfr Bing i NIR 1994 s 92.

Den digitala tekniken förändrar också delvis innebörden av *utlåningsbegreppet*. När det tidigare var ett fysiskt exemplar som blev föremål för utlåning, är det idag istället en digital kod som överförs. Traditionell utlåning är *exklusiv* såtillvida som långivaren inte själv kan förfoga över det utlånade exemplaret. Någon *utlåning* behöver inte ske i digital miljö. Istället sker en ny exemplarframställning eller tillgängliggörande på annat sätt genom t ex visning. Den digitala motsvarigheten till utlåning är alltså *enkel* med hänsyn till sitt exemplar. Långivaren behåller vanligen sitt exemplar hos sig.[330]

5.9.3.1 Visning

För att lagens regler om visning skall vara tillämpliga förutsätts att det är ett ex*emplar* som visas. Det förklarar bildverkets starka band till sin materiella bärare. Till skillnad från en analog bild är en digital bild i sig osynlig för ögat. Det som tillgängliggörs vid en digital visning är ju inte bilden i egentlig mening utan som en tolkning av det elektroniska paket som det digitala bildinnehållet finns lagrat i. För att bilden skall avteckna sig krävs viss utrustning som kan tyda den digitala bildinformationen. Det förtar emellertid inte faktum att verket ändå måste finnas någonstans och i någon form för att kunna visas. Det krävs ett konkret kausalförhållande mellan det exemplar som förmedlas och det exemplar som beskådas för att bilden skall visas, men kausalförhållandets styrka har ifrågasatts efter utvecklingen av TV- och digitaltekniken. Frågan när det gäller digitalteknik är inte minst var det visade exemplaret finns när det t ex åtkomliggörs i ett digitalt nätverk. Man kan tänka sig att exemplaret finns antingen i *sekundärminnet* från vilket det har hämtats eller både där och i terminalens *primärminne*.

Frågan om åtkomst från ett nätverk eller en databas av en bild skall innebära såväl exemplarframställning som tillgängliggörande för allmänheten t ex genom visning eller endast tillgängliggörande för allmänheten har länge diskuterats såväl i Norden som internationellt. Det som främst har debatterats är frågan om lagring i datorns *primärminne* skall anses utgöra exemplarframställning eller inte. Här har två skilda uppfattningar gjort sig gällande. Den ena är att verkets obeständighet i primärminnet skall tala för att det inte bör betraktas som ett exemplar i upphovsrättslig mening. Den andra är att verket faktiskt finns där – om än obeständigt –

[330] Jfr Bing i NIR 1995 s 596.

och att det därför skall betraktas som ett exemplar. Något konkret och entydigt svar på frågan har ännu inte utkristalliserats ur den livliga diskussionen.

Svaret på om tillgängliggörande av verksinnehåll på datorskärmen skall anses utgöra exemplarframställning eller endast visning, kan utifrån gällande nordisk upphovsrättslagstiftning ges endast genom tolkning av 2 § 2 st URL som säger att som exemplarframställning anses även att verket överförs på anordning, genom vilken det kan återges. Tekniskt sett blir då frågan hur beständigt exemplaret skall vara för att det skall kunna återges i upphovsrättslig mening. De nordiska upphovsrättslagarna ger inte något direkt svar på den frågan. Om lagen skall tolkas *bokstavligt* borde all åtkomst via datorer medföra exemplarframställning. Stöd för denna slutsats finns i motiven till 2 § 2 st URL. AK anförde att formuleringen gjorts med avsikt på att täcka alla praktiskt möjliga metoder för återgivning.[331] Det bör betyda att digital lagring av ett verk innebär exemplarframställning när verket finns lagrat i sådant skick att det kan återskapas med hjälp av digitalteknik om det för det första kan återges från sitt nya medium och om det för det andra är överfört på en anordning.

Från primärminnet överförs verksinnehållet till en skärm, från vilken det i praktiken kan återges. Vid visning på skärmen finns verket förvisso tillgängligt där i en i faktisk mening materiell form. Det är t ex möjligt att ta del av det och kopiera det med hjälp av fotografisk utrustning. I det hänseendet föreligger stora likheter med en papperskopia. Enligt *Bryde Andersen* skulle ett exemplar föreligga i vart fall när ett medium var permanent eller tillfälligt så att det manifesterade en samlad informationsmängd.[332] När bilden hämtas från nätverket, lagras den i datorns primärminne och kan därifrån visas på skärmen. Såväl lagring i datorns primärminne som en visning på skärmen skapar möjlighet till *återgivning* därifrån. Bildinnehållet kan från primärminnet lagras i en diskett, i en server eller i datorns hårddisk. Bilden kan därifrån också skrivas ut från en skrivare. Från bildskärmen kan bilden *återges* grafiskt genom fotografering eller på annat sätt.

Om man väl har accepterat att exemplaret finns i primärminnet, kan man fråga sig var gränsen skall gå när verket återges därifrån. Om det visas på skärmen, kan det med lika starka argument hävdas att det också finns ytterligare ett exemplar på själva skärmen, vilket är skilt från primärminnet. I utländsk doktrin har som ett extremt exempel också använts visning av ett verk i en spegel. Verket finns ju även då på ett un-

[331] SOU 1956:25 s 101.
[332] Bryde Andersen i NIR 1995 s 623.

derlag – spegeln – från vilket det kan återges.[333] Ett verk som uppfattas av ögat avtecknas också på ögats näthinna. I så fall skulle ett exemplar också existera på TV-skärmen vid TV-sändningar.

Verksmaterialiseringen i primärminnet skiljer sig från traditionella exemplar. Ett verk som finns tillgängligt i datorns primärminne är t ex inte särskilt lätt att flytta. Om strömförsörjningen till datorn stängs av, förloras den information som finns i primärminnet och den grafiska återgivningen från skärmen är också klart förknippad med tekniska komplikationer. Ofta finns inte heller hela verket samtidigt tillgängligt i primärminnet.

Skall uppfattningen att en kopia i primärminnet *inte* är ett *exemplar* godtas, uppstår frågan hur den hypotetiska situationen skall behandlas att det beständiga exemplaret raderas under det att visningen sker. Då finns bara det obeständiga exemplaret i visningsterminalens primärminne kvar. Eftersom visning förutsätter att det finns ett exemplar som visas, skulle en sådan händelse innebära att visningen i upphovsrättslig mening upphörde.

Det ansågs tidigare vanligen att tillgängliggörande av verk *on-line* från en databas eller ett nätverk *inte* medförde exemplarframställning.[334] Det kunde räcka med att tillgången gjorde att verket visades (eller, i fråga om text eller film, framfördes) på skärmen till en terminal. UU tolkade vid mitten av 1980-talet 2 § 2 st URL så att verket inte hade fixerats vid ett föremål vid bildskärmsprojektion, eftersom det i enlighet med såväl svensk som internationell uppfattning då inte ansågs vara fråga om en *varaktig* fixering av verkets innehåll (jfr ovan).[335] Under tiden som den frågan har diskuterats har det emellertid skett en väsentlig utveckling på det tekniska området. Äldre generationers *datorprogrammjukvara* fungerade t ex så att hela programmet och i princip hela det verk som med hjälp av programvaran skulle visas på skärmen eller bearbetas måste finnas i primärminnet för att operationer med programmet skulle kunna utföras. Idag fungerar de flesta program så att endast delar av mjukvaran behöver finnas i primärminnet vid körning av programmet. När mjukvaran används, vet användaren i många fall inte vad som finns i primärminnet och vad som finns på annat håll. När det gäller stillbilder är situationen

[333] Jfr Brandriss i Journal of the Copyright Society of the USA 43/1996 s 261 ff och Kurtz i EIPR 1996 s 122.

[334] Se Olsson i NIR 1981 s 111.

[335] SOU 1985:51 s 62 f; jfr NJA 1979 s 70 (Offsetplåtar) där frågan var huruvida *offsetplåtar* för tryckning utgjorde exemplar i lagens mening. Plåtarnas enda funktion var att verket därifrån skulle överföras på papper. Domstolen ansåg därför att plåtarna inte var verk i lagens mening.

speciell genom att det som visas på skärmen *måste* finnas i primärminnet för att visning skall kunna ske. Såtillvida uppstår inte något direkt problem med anledning av den tekniska utvecklingen.

Som ovan anges finns på vissa håll utomlands krav på fixering för att verket över huvud taget skall skyddas. Det har då särskilt skapat när lagens fixeringsdefinitioner skall appliceras på den nya tekniken. Inte minst i angloamerikansk rätt har detta vållat tolkningsproblem. Enligt Section 101 i den amerikanska Copyright Act är verket *'fixed' when its embodiment is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived reproduced, or otherwhise communicated for a period or more than a transitory duration* och enligt Section 102 (a) föreligger ett exemplar om det är *fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.*

Redan före UUs uttalanden om fixering i primärminnet hade det förts en livlig diskussion om skyddet för livebilder i TV. Frågan var om de kunde skyddas som fotografi eller inte, vilket i så fall förutsatte fixering. Vid direktsändning av TV-bilder rörde det sig enligt *Løchen* otvivelaktigt om visuella intryck, men de kom som resultat av en förmedling av den direkta visuella upplevelsen. Det som framkom på TV-skärmen var visserligen avbildningar, men det var knappast tal om exemplar. Intrycken var alltför flyktiga och obeständiga för det. Den direkta förmedlingen av synintryck genom TV gick emellertid i alla fall på ett med fotografering jämförligt sätt och behovet av skydd för bilderna var detsamma som för fotografier generellt.[336] Enligt *Karnell* kunde en, låt vara inte varaktig eller helt samtidig men ändå fotorättsligt relevant fixering ske i *kameran.*[337]

I tysk praxis har man löst skyddsproblemet genom att tolka äldre principer i enlighet med nya tekniska förutsättningar. Där har domstolen tillmätt livebilder fotorättsligt skydd, eftersom bilderna alstrades med användning av strålande energi. Att de sedan fixerats endast för bråkdelen av en sekund spelade ingen roll.[338] Skyddsbehovet inträdde enligt domstolen vid den tidpunkt då prestationen var så konkretiserad att den kunde utnyttjas för återgivning av annan.[339] Det är uppenbart att avgörandet hade ett rättspolitiskt syfte att anpassa en föråldrad lagstiftning till en modern verklighet för att kunna förhindra förvärvsmässig återgivning av sändningen.

[336] Løchen i NIR 1987 s 303.
[337] Karnell, Programinnehållet i TV s 240.
[338] BGH GRUR 1962 s 470 (AKI); se härtill Schricker § 2 (114), Nordemann, Die künstlerische Fotografie s 62 f ; Karnell, Programinnehållet i TV s 239 och dens i Copyright 1988 s 136.
[339] Jfr Karnell, Programinnehållet i TV s 240.

Av allt att döma verkar utvecklingen internationellt gå mot att allt mindre krävs för att exemplarframställning skall anses ha skett.[340] Enligt den amerikanska vitboken gjorde 1976 års Copyright Act,dess förarbeten, uttalandena av CONTU och upprepade uttalanden i rättspraxis det klart att lagring i primärminnet var att anse som exemplarframställning.[341] En tillräcklig fixering ansågs enligt vitboken föreligga när verket existerade i en form som var *sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.*[342]

Ett steg i samma riktning utgör också den föreslagna art 7 i förslaget till WCT[343] enligt vilken den uteslutande reproduktionsrätten skulle inkludera direkt eller indirekt reproduktion, vare sig den var permanent eller tillfällig, på varje sätt och i varje form. Av det förslaget blev det emellertid inte mer än en *tumme*. Det återfinns inte i den slutgiltiga WCT, men diplomatkonferensen antog ett s k *agreed statement* i anslutning till mångfaldiganderätten där det angavs att mångfaldiganderätten enligt art 7 och 14 WCT och de undantag som medges med stöd av art 20 (b) skall äga full tillämpning också i den digitala omgivningen, särskilt till utnyttjande av verk i digital form. Lagring av ett verk i digital form i ett elektroniskt medium utgör därför ett mångfaldigande enligt dessa artiklar. I samma riktning går också reglerna om exemplarframställning enligt art 5 (a) och om utdrag ur databaser enligt art 7 i databasdirektivet. I p 44 i preambeln till direktivet anges att om det för att innehållet i en databas skall kunna visas på en bildskärm krävs att hela eller en väsentlig del av innehållet varaktigt eller tillfälligt överförs till ett annat hjälpmedel, så behövs rättighetshavarens tillstånd för sådant förfogande. I p 43 anges också att om användaren verkställer en *on line*-överföring med upphovsmannens samtycke, så innebär det inte en förlust av upphovsmannens rätt att förbjuda återanvändning av databasen eller en materiell kopia av hela eller delar av basen.

I ljuset av databasdirektivet och den utveckling som skett tekniskt och internationellt under 1990-talet är de uttalanden som gjordes i propositionen till införlivandet av databasdirektivet med den svenska upphovsrättslagen[344] anmärkningsvärda. I

[340] Se Kurtz i EIPS 1996 s 121.
[341] Se White Paper s 65 f och där åberopad praxis; se om utvecklingen i angloamerikansk praxis Brandriss i Journal of the Copyright Society of the USA 43/1996 s 248 ff och om de problem som detta skapar.
[342] White Paper s 25.
[343] Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Question, Basic Proposal for the Administrative and Final Clauses of the Treaty to be Considered by the Diplomatic Conference, Geneva, December 2 to 20, 1996.
[344] Prop 1996/97:111 s 32.

propositionen konstaterades att det krävdes fixering för att ett exemplar av verket skulle anses ha framställts, men lagen byggde på förutsättningen att fixeringen var så självständig att den i sig kunde spridas bland allmänheten genom t ex försäljning. Kravet på självständig fixering gällde också för de fall som åsyftades i 2 § 2 st URL. Med hänvisning till det s k BBS-målet[345] ansågs det vidare krävas någon form av aktivt handlande för att ett förfogande över verket skulle anses ha skett i den mening som avsågs i 2 § URL. Det skulle enligt regeringen innebära att enbart förhållandet att ett verk som var återgivet i digital form kom upp på en bildskärm inte medförde att ett exemplar hade framställts av verket, eftersom det inte fixerats på bildskärmen.[346] Om ett verk i digital form visserligen fixerades inne i en dator, men fixeringen var osjälvständig, t ex om den försvann efter ett ögonblick eller när datorn stängdes av, skulle det inte innebära att ett exemplar av verket framställdes. Om man däremot gjorde en självständig fixering av verket, t ex genom att lagra det på datorns hårddisk eller på en datadiskett, skulle det innebära exemplarframställning.[347] Oaktat att uttalandena i propositionen kan vara ett vällovligt försök att skapa en rimlig balans mellan ensamrätt och frihållning, står de enligt min mening i strid inte bara med den utveckling som skett internationellt av synen på exemplarframställning i digital miljö. De strider också direkt mot vad som sägs i databasdirektivet.

Frågan om visning av ett verk på en datorskärm skall anses vara exemplarframställning eller blott en visning eller undantagsvis ett framförande är viktig från förfoganderättssynpunkt. Om den medför exemplarframställning, omfattas den av upphovsmannens uteslutanderätt när den sker i näringsverksamhet. Är åtgärden däremot endast att betrakta som en visning, är ju rätten att visa verket offentligt konsumerad enligt 20 § URL om det är ett lovligen överlåtet exemplar som visas (jfr ovan).

Om det är ett *framförande* behöver man – till skillnad från om det är en visning – inte heller söka efter ett *exemplar*, som ju kan vara svårt att lokalisera i den digitala miljön. Dessutom kommer man förbi visningsrättens stränga konsumtion. Det är samtidigt uppenbart att utnyttjanden som inte förutsätter exemplarframställning är svårare att kontrollera med upphovsrättsliga instrument.[348]

Om en bild hämtas från nätet för visning på skärmen och det inte samtidigt medför exemplarframställning, kan utnyttjaren ta del av bilden som i det tillståndet blir föremål för utnyttjande t ex genom bearbetning. Mindre, i sig oskyddade partier från den ursprungliga bilden kan mångfaldigas genom att lagras i användarens dator. En ursprunglig bild kan också bearbetas på sätt som avses i 4 § 2 st URL utan att någon exemplarfram-

[345] NJA 1996 s 79 (BBS).
[346] Prop 1996/97:111 s 32. Där åberopades vad som anförts i prop 1988/89:85 s 23.
[347] Prop 1996/97:111 s 32; jfr s 50.
[348] Rosén i NIR 1993 s 267.

ställning då skulle anses vidtagen. Är det däremot exemplarframställning i lagens mening, kan upphovsmannen tillgodogöra sig utnyttjandet även vid sådan bearbetning.

Innebär lagring i primärminnet exemplarframställning, får upphovsmän i allmänhet och bildupphovsmän i synnerhet en mycket stark position i för hållande till utnyttjaren. Det kan till och med ifrågasättas om den positionen inte blir *för stark*. Risken för att exemplarframställning sker utan att utnyttjaren har en aning om vad det är han utnyttjar blir överhängande, vilket i gengäld ställer krav på relativt långtgående *inskränkningar* i exemplarframställningsrätten för skilda utnyttjandesituationer. Om det däremot är fråga om en exemplarframställning, så tillstöter frågan om den exemplarframställning som sker är tillåten eller inte.

Visserligen skulle man kunna tänka sig att alla enskilda individer som t ex skapar s k *home pages* på Internet där skyddad information lagras eller länkas gör det för enskilt bruk och att enskilda personer som åtkomliggör sådan lagrad information skulle ha rätt att göra det för sitt enskilda bruk. Mot tillåtligheten av det talar dock faktum att de i sig för enskilt bruk framställda exemplaren samtidigt *tillgängliggörs för allmänheten* utan upphovsmannens samtycke.

Frågan om *visning* av ett verk på en datorskärm också skall anses vara exemplarframställning är intressant eftersom den har flera bottnar. Det kan till att börja med konstateras att den aktuella situationen inte fanns vid upphovsrättslagens tillkomst, men lagen kan antas vara tänkt att vara så abstrakt att dess principer skall kunna fungera även på senare tillkomna faktiska fenomen. I motiven till i 2 § 2 st URL anförde AK att formuleringen gjorts med avsikt på att täcka alla praktiskt möjliga metoder för återgivning.[349] Bildskärmsvisning utgör dock ett sådant gränsfall att det av själva lagen inte klart kan utläsas vad som skall gälla. Faktum är att man inte kommer så långt med en bokstavstolkning av 2 § 2 st URL. Men också om man söker efter lagstiftarens syfte med bestämmelsen, stöter man på problem. Är det ett mer *direkt* syfte med 2 § URL eller ett *allmänt övergripande upphovsrättsligt* syfte som skall efterforskas. Såsom 2 § URL är avfattad förefaller det mer direkta syftet med regeln vara att exemplar av ett bildverk som visas på skärmen inte borde anses ha sådan beständig art att det skall vara exemplar i den av lagstiftaren avsedda meningen. Det kan ju visserligen återges från skärmen men i praktiken endast genom avfotografering eller avritning och är därmed inte mer beständigt än en spegelbild eller en filmbild som projiceras på en filmduk. Om man däremot söker efter ett allmänt övergripande syfte kan det vara

[349] SOU 1956:25 s 101.

att upphovsmannen skall kunna tillgodogöra sig alla för honom intressanta utnyttjandeformer av verket (jfr ovan 1.2.2.1). Det borde tala för att också ett exemplar som tillgängliggörs på skärmen skall vara ett upphovsrättsligt relevant utnyttjande i form av exemplarframställning eller annorledes.

Utifrån ett *pragmatiskt* synsätt skulle det enligt min mening emellertid vara närmast stötande att låta utnyttjaren göra sig skyldig till oauktoriserad exemplarframställning bara genom att tillgodogöra sig en bild som han inte vidtar någon mer beständig åtgärd med. En pragmatisk tolkning kan få ytterligare stöd av en *funktionell* tolkning, enligt vilken man utgår ifrån hur den som sitter vid terminalen *upplever* åtgärden. Det är naturligtvis svårt att svara på den frågan utan empiriskt underlag, men ett antagande kan vara att någon exemplarframställning inte anses ske bara genom att ett verk visas på skärmen, eftersom utnyttjaren inte företar en handling som han förknippar med exemplarframställning. Själva projektionen är en för utnyttjaren själv obeständig återgivning av verket. Om bilden däremot sparas på hårddisken kan antas att situationen skulle upplevas annorlunda. Då kan utnyttjaren förfoga över bildverket på ett långt mer beständigt sätt, eftersom han valt att bevara verket i ett för honom säkert utrymme.

Något svar på exemplarframställningens gränser i digital miljö kan alltså inte ges genom tolkning av 2 § 2 st URL. Det enda effektiva sättet att lösa frågan om bildskärmsvisningens upphovsrättsliga status blir därför att i lagen eller genom domstolspraxis uttrycka förfoganderätten så att skilda företeelser kan kännas igen och tillämpas i den digitala miljön.

Upphovsmännens rätt vid förmedling av verksinnehåll i digital form kan emellertid stärkas på annat sätt än genom en vid definition av exemplarframställningsbegreppet. Det kan ske genom att istället rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten görs mer omfattande eller heltäckande. Något sådant har *de facto* också skett genom art 8 WCT. Där anges att upphovsmännen *skall ha en uteslutande rätt att tillåta överföring till allmänheten av deras verk på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att deras verk görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att medlemmar av allmänheten kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tid som väljs individuellt av dem.* Artikeln medger emellertid möjligheter till nationella inskränkningar i regeln, vilket också torde vara nödvändigt för att balansen mellan ensamrätt och frihållning skall kunna upprätthållas.

5.10 Sammanfattning

För att en önskvärd konkurrenssituation skall uppstå på bildområdet, bör ensamrätt och frihållningsbehov anpassas till utnyttjandets faktorer – *tid, mängd och materialisering.* Att den *tid* under vilken en bild visas hittills knappast tillmätts någon upphovsrättslig betydelse framgår av vad som ovan skrivs om skillnaden mellan framförande och visning (jfr ovan 5.6.1). Att ställa krav på viss tid för att något skall vara ett exemplar strider också mot upphovsrättens teoretiska tankevärld.[350] Tidsfaktorn vid utnyttjande är direkt förbunden med bildens *samtidighet* som minskar förmedlingstiden av en bild till ett minimum. Den *mängd* som skall visas av bilden är avhängig av de ovan i kap 2 beskrivna *verksavgränsnings- och verkshöjdskriterierna.* Det som krävs för att ett utnyttjande skall kunna ske bör alltså vara att så mycket av ett bildinnehåll utnyttjas att verket *framträder* vid utnyttjandet (jfr ovan s 197).

Traditionellt har bilder skilt sig från andra verkskategorier genom att det krävs ett *materiellt* medium för att bilden skall kunnat tillgodogöras. Så gäller inte bara vid exemplarframställning, utan även vid annat tillgängliggörande för allmänheten. Även vid visning i digital miljö krävs ett kausalförhållande mellan exemplar och det som visas, men exemplaret har genom digitaltekniken väsentligen immaterialiserats (jfr ovan s 44).

Vilket skydd har då alster av bildkonst i jämförelse med andra kategorier? Klart är att konsumtionen av visningsrätten slår hårt mot bilder. Visningsrätten är viktigare för bilder än framföranderätten för de flesta litterära verk och minst lika viktig som framföranderätten för musikaliska, audiovisuella och dramatiska verk. I övrigt är det svårt att urskilja att de särskilda inskränkningarna för bilder skulle sätta alster av bildkonst i en sämre ställning än andra kategorier. Eftersom många av de regler som tar upp brukskonst i själva verket avser begränsningar av mer generella undantag, kan man säga att de är till bildupphovsmannens fördel.

I föregående avdelning slogs fast att ju färre dimensioner verket hade, desto starkare framträdde det skyddade objektet. Är det också så att ju färre dimensioner skyddsföremålet har, desto starkare är förfoganderätten? Om så skulle vara fallet skulle alster av bildkonst i två dimensioner ha det starkaste skyddet. Även om så inte direkt är fallet, torde gälla att det är lättare att följa inskränkningarnas verkningar när verket uppträder i två dimensioner. Det följer av att en rad utnyttjandeformer av företeelser i tre dimensioner förutsätter kategoribyte, vilket får

[350] Jfr Bryde Andersen i NIR 1995 s 623 och ovan s 243.

till följd att inskränkningar av andra slag än sådana som direkt är avsedda för verkskategorin i fråga kan påverka förfoganderättens styrka i det enskilda fallet. Det bästa exemplet torde vara filmning eller TV-sändning som återger alster av bildkonst. Där försvagas skyddet först av reglerna i 20 § 2 st och 26 d § URL och sedan av reglerna i 46 och 48 §§ URL.

Vissa inskränkningar är sådana att de i sig – trots att de inte uttryckligen avser vissa kategorier – får betydelse för bilder men inte för alla andra verkskategorier. När det t ex är fråga om audiovisuella verk eller verk som syns eller hörs under en dagshändelse kan bildverk naturligtvis omfattas av inskränkningen eftersom de kan synas. Det kan emellertid knappast t ex datorprogram. I sin egen klass står rätten att återge konstverk på allmän plats som ju för det första medför en relativt omfattande konsumtion av skyddet och för det andra träffar främst skulpturer, d v s verk i sin mest materialiserade, och därtill vanligen en tredimensionell form.

När verket väl kommit in den digitala i cirkulationen tyder mycket på att förfoganderättens krav på *tid, mängd och materialisering* är uppfyllda vid alla utnyttjanden. Till rättighetshavarens fördel är hans ökade möjligheter att föra ut informationen till avnämare. Primärt är rättstillämpningens och rättsvetenskapens uppgift att applicera gällande regler och tillämpningsprinciper på den nya tekniken. I vissa fall låter det sig svårligen göra, vilket kan väcka frågor om krav på revision av gällande lagstiftning. I andra fall kan nya utnyttjandetyper visserligen inordnas under gällande regelverk, men då med risk för att upphovsmannens ställning försvagas, vilket kan ställa krav på överväganden om reglernas *ändamålsenlighet.*

KAPITEL 6
AVTALSOBJEKTET

I detta kapitel avgränsas och beskrivs *avtalsobjektet* och de yttre förutsättningarna för nyttiggörande av bilder genom avtal.

Upphovsrätten är en *förmögenhetsrätt*.[1] I 27 § URL anges att rätten helt eller delvis får *överlåtas*. Även om upphovsrätten alltid uppstår hos en fysisk person, kan den överlåtas eller upplåtas till någon annan som kan vara såväl en fysisk som en juridisk person.[2] I princip gäller avtalsfrihet.[3] Men även om rättens överlåtbarhet vilar på avtalsfrihetens grund, finns det inom upphovsrättens ramar flera regler som inskränker avtalsfriheten. Tydligast är kanske tvångslicenserna (jfr ovan s 205 f). Numera finns också i den nordiska upphovsrätten på flera avtalsområden *avtalslicenser* som begränsar upphovsmannens möjligheter att träffa individuella avtal (jfr ovan s 206 och utförligt nedan 7.9.1). Den främsta inskränkningen av upphovsmannens avtalsfrihet finns i den *ideella* rätten, som enligt 3 § 3 st URL inte alls kan *överlåtas*. Också konkurrensrättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal (7 § KonkL) sätter gränser för hur långt avtalsområdet kan utsträckas.

Medan det endast krävs objektiva rekvisit för att det skall föreligga ett förfogande i upphovsrättslig mening, krävs såväl objektiva som subjektiva rekvisit för att det skall finnas ett avtal om utnyttjande av verket. Det är en förutsättning för att det skall finnas såväl avtalsobjekt som avtal. Båda parter måste uppleva att avtalsobjektet är ett verk. Det måste råda överensstämmelse mellan upphovsmannen och utnyttjaren om objektets existens och om dess upphovsrättsliga beskaffenhet. För att verket över huvud taget skall kunna fungera som ett omsättningsobjekt måste man därför utgå ifrån att upplevelsen av verket skall vara upphovsrättsligt *intersubjektiv*.

[1] Se Olsson, Copyright s 52; Koktvedgaard/Levin s 94; Blomqvist, Overdragelse s 69.
[2] Se SOU 1956:25 s 65.
[3] Se Blomqvist, Overdragelse s 69.

Lagens regler om rättighetsöverlåtelse är begränsade till ett fåtal allmänna bestämmelser och därtill några få särskilda avtalstyper. Eftersom det saknas utförliga regler om överlåtelse av upphovsrättigheter i URL, har överlåtelsen i princip stöd endast i allmän avtalsrätt[4] och principer liksom i köprättsliga regler och i handelsbruk som har utvecklats på området. Att göra detaljerade regler om upphovsrättens avtalsvillkor för alla tänkbara utnyttjandesituationer skulle bli mycket komplicerat och knappast ändamålsenligt.[5] AK konstaterade också att det ofta var en vansklig bedömningsfråga i vad mån särskilda avtalstyper skulle regleras. Härpå inverkade vilken omfattning och betydelse avtalstypen ifråga hade från ekonomisk och kulturell synpunkt och hur avtalspraxis var beskaffad.[6] Den danska upphovsrättsutredningen konstaterade i sitt slutbetänkande att en detaljerad lagreglering av avtalsmarknaden knappast var ändamålsenlig på upphovsrättsområdet. Det var fråga om ett rättsområde som var under konstant och kraftig påverkan av teknologisk utveckling. Det fanns därför stor risk för att en detaljerad lagstiftning snabbt skulle bli föråldrad och det fanns i övrigt en betydande risk för att en detaljerad reglering skulle komma att bromsa en eljest önskvärd utveckling av kontraktspraxis.[7]

Det är tydligt att det vid upphovsrättslagstiftningens tillkomst 1960 var vissa typavtal som stod i fokus för *lagstiftarens* överväganden: förlagsavtal, avtal om filmning, beställning av porträttbild och vissa uppdragsavtal. Några av dem är uttryckligt, om än knapphändigt reglerade. Upphovsrätten rymmer dock en omfattande uppsättning avtalstyper för skilda förfoganden. De varierar med hänsyn till utnyttjandets art och omfattning, karaktär och ändamål, vilket framgår av framställningen i detta och följande kapitel. Till skillnad från andra områden inom immaterialrätten är det endast på upphovsrättsområdet som det förekommer *standardavtal* för särskilda utnyttjandetyper.

För att ge konkretion åt bildrättens avtal illustreras framställningen med några på den svenska bildmarknaden vanligen förekommande standardavtal. Ett avtal har ingåtts mellan Sveriges Reklamförbund å den ena sidan och SFF, FST och gruppen Svenska Reklamfotografer å den andra angående reklambyrås beställning av konstnärliga verk och fotografier (*Reklamavtalet*). Hänvisning görs även till de avtal som Bildleverantörernas Förening (BLF) har ingått med TU, VECTU och Facksam om utnyttjande av bilder i tidningar (*BLF-avtalen*). Vidare hänvisas i vissa fall till standardformulär som utarbetats av KRO för skilda situationer.

[4] Jfr Lund, Ophavsretsloven s 190 och Strömholm i TfR 1980 s 583.
[5] Jfr Bet nr 1197/1990 s 44 f.
[6] SOU 1956:25 s 273.
[7] Bet nr 1197/1990 s 45.

6.1 Primära och sekundära rättigheter

I teorin utgörs bildmarknadens aktörer av upphovsmännen som står på utbudssidan och utnyttjare av skilda slag som representerar efterfrågan. Den verkliga bilden är emellertid långt mer komplicerad. För det första kan utbudssidan utvidgas till att omfatta också bearbetare och andra rättighetshavare i form av producenter, förlag, utgivare, radio- och TV-företag, databashavare m fl. På efterfrågesidan kompliceras bilden av att utnyttjaren inte alltid är en slutanvändare, utan i många fall någon som intar en mellanställning. Således är bearbetaren, förlaget, utgivaren m fl på sätt och vis också utnyttjare.[8]

Främst på musikområdet har avtalen grovt delats in i avtal om *primära* och *sekundära* rättigheter. Med avtal om primära rättigheter förstås det första huvudsakliga utnyttjandet av verket. Verket kan därefter bli föremål för vidareutnyttjanden som gäller fotokopiering eller publicering t ex i en antologi. Då är utnyttjandet av verket *sekundärt* i förhållande till verkets ursprungliga utgivning. Medan primära avtal vanligen är *exklusiva*, är de sekundära vanligen *enkla* utnyttjarlicenser. Tredimensionella verk och kanske framförallt brukskonstalster skiljer sig från andra typer av konstnärliga verk genom att de endast undantagsvis kan bli föremål för sekundära utnyttjanden. Ett *tredimensionellt* alster av brukskonst eller en skulptur kan i och för sig lämpa sig mycket väl för avbildning genom teckning, fotografi eller film. Men det är först sedan denna omvandling från skulptur eller bruksföremål till en tvådimensionell bild har skett – något som oftast innebär *kategoribyte* – som verket kan bli föremål för sekundära utnyttjanden. När det gäller brukskonst gör sig verkets primära utnyttjandeform i sitt materiella uttryck – bruksföremål – också särskilt tydligt gällande.

Digitaltekniken immaterialiserar bilden. Därmed löser den upp gränserna mellan primära och sekundära utnyttjanden. När det inte går att skilja ett digitalt skapat original från en digital kopia, är det lika litet möjligt att skilja ett primärt från ett sekundärt utnyttjande. Det belyser också digitalteknikens revolutionerande betydelse för bildupphovsrätten. (Den aspekten av uppdelningen mellan primära och sekundära rättigheter berörs nedan 7.11, 8.2.1 och 9.1).

[8] Jfr Schønning, Ophavsretten s 17.

6.2 Överlåtelse och upplåtelse

Vanligen skiljer man mellan överlåtelse och upplåtelse av ett objekt. Överlåtelse, som innebär total övergång av alla juridiska förfoganden, sker vid köp, byte och gåva. Det sker en äganderättsövergång. Upplåtelse däremot innebär att rätten övergår i en mer begränsad omfattning.[9] Enligt *Karnell* skulle termen *överlåtelse* användas för en överföring av en ensamrätt som är giltig även mot upphovsmannen. Upplåtelse skulle däremot användas för rätt att använda eller utnyttja verket jämte annan, som kunde vara upphovsmannen själv.[10] I URL används emellertid uttrycket *överlåtelse* för all förfoganderättsövergång.[11]

Eftersom köplagens avtalsobjekt är lös egendom, blir köplagen formellt tillämplig även på upphovsrättigheter.[12] Hur långt köprättens praktiska tillämplighet sträcker sig är dock väsentligen oklart. Att köplagstiftningen rent generellt ägnar sig mindre väl för immaterialrättigheter antyds i motiven till köplagen[13] och är tydligt redan vid en ytlig genomgång av köplagstiftningens karaktär och syfte. Hur kan en upphovsrätt t ex avlämnas? En utgångspunkt kan vara att ju mer av rätten som övergår enligt avtalet, desto närmare ett köp kommer man. Vid en omfattande övergång kan man finna stöd i köplagen, men för upplåtelser som typiskt sett är begränsade blir läget annorlunda. Då är det knappast lämpligt att tillämpa köplagen; inte ens att göra analogier från köprätten.[14] Köprättens tillämplighet gör sig också starkast gällande när det är fråga om förfogande främst över originalverk men också över andra exemplar. En primär rätt har på liknande sätt större överensstämmelse med köp än en sekundär rätt.

I vissa situationer kan köprätten emellertid tillämpas även på upphovsrättigheter. En sådan situation är uppdragsavtal (se härom nedan 7.4).[15] Om upphovsmannen inte levererar en bild vid den avtalade tidpunkten, är han onekligen i dröjsmål, och om han visserligen levererar bilden i tid, men den har fel motiv eller på annat sätt är felaktig eller undermålig, borde köprättsligt fel kunna åberopas. Eljest bör köprättens tillämpning

[9] Se Håstad, Sakrätt s 22 och Blomqvist, Overdragelse s 135; jfr Rosén, Förlagsrätt s 124, Rosén, Upphovsrättens avtal s 35 och Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 200.
[10] Karnell i NIR 1969 s 58.
[11] Se SOU 1956:25 s 275 f; jfr Rosén, Förlagsrätt s 124 och Rosén, Upphovsrättens avtal s 35.
[12] Jfr prop 1988/89:76 s 60 f.
[13] Se op cit s 61.
[14] Rosén, Upphovsrättens avtal s 43; Koktvedgaard/Levin s 368 f.
[15] Jfr Ohly i Urhebervertragsrecht s 439 och Ott i ZUM 1988 s 453.

vid handel med bilder väsentligen kunna inskränka sig till avtalsutfyllnad i tillämpliga delar, t ex vid bestämning av priset. Skapandets särart kan dock i många fall ge upphov till särskilda problem som inte med lätthet låter sig inordna i den köprättsliga eller allmänt avtalsrättsliga tankevärlden.

AK konstaterade att hinder inte borde möta att upphovsmannen överlät upphovsrätten *med hela innehållet*. I vissa fall kunde det t o m vara en fördel för honom att göra så. Ett avtal med sådan innebörd kunde dock senare visa sig leda till uppenbar obillighet och bli föremål för jämkning (jfr härom nedan 6.7).[16] Trots att det är möjligt inom ramen för upphovsrättens systematik, förefaller upphovsmannen inte kunna överlåta hela sin förfoganderätt för all tid till alla verk. En total överlåtelse av rätten även till framtida verk kan nämligen strida mot den ideella rätten som ju i princip stannar hos upphovsmannen (jfr ovan; se också vidare nedan 6.7 angående jämkningsmöjligheter av sådana avtal).[17] Inom vissa anställningsförhållanden torde enligt AK tjänsteavtalet i regel innebära att upphovsmannen till arbetsgivaren överlåtit hela sin förfoganderätt till de arbeten han skapat i anställningen.[18] Konstnärer, som är anställda i konstindustri eller på reklambyråer kan därför vanligen inte göra gällande någon ekonomisk förfoganderätt till arbeten som de skapat i tjänsten.[19] Enligt *Lund* krävdes för en överlåtelse av hela förfoganderätten att upphovsmannen otvetydigt tillkännagav att det var tal om all förfoganderätt över verket.[20] AK konstaterade dock att avtal som innebar att upphovsmannen överlät hela sin förfoganderätt hade blivit ganska ovanliga.[21] Handel med upphovsrättigheter sker istället vanligen på basis av olika licensformer, där större eller mindre förfoganden över rättigheten i fråga *upplåts* till licenstagaren.[22] Det är som regel inte heller intressant för upphovsmannen att upp- eller överlåta mer av sin rätt än vad som följer av *ändamålet med avtalet*. I praktiken bygger i stort sett hela den upphovsrättsliga avtalsstrukturen på partiell rättighetsövergång, men varierar väsentligt från avtalstyp till annan.

[16] SOU 1956:25 s 277.

[17] Se härom Strömholm, Le droit moral de l'auterur II:1 s 121 ff. Synen på möjligheten av total överlåtelse varierar dock väsentligt mellan skilda rättsordningar. Det tydligaste exemplet är angloamerikansk rätt som alls inte hindrar total rättighetsövergång (se härtill Rosén i NIR 1992 s 634).

[18] Jfr SOU 1956:25 s 277.

[19] Jfr Knoph, Åndsretten s 141.

[20] Lund, Billedkunsten s 234.

[21] SOU 1956:25 s 277; jfr Lund, Ophavsretsloven s 190.

[22] Se Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s 637.

6.3 Vidareöverlåtelse

En viktig huvudregel som begränsar utnyttjarens rätt att förfoga över verket är att han enligt 28 § URL, om annat inte avtalats, inte får *vidareöverlåta* rätten. Om rätten ingår i en rörelse får den dock överlåtas i samband med överlåtelse av rörelsen eller del av rörelsen.[23]

Upphovsrättens regel om vidareöverlåtelse är något annorlunda utformad än motsvarande *varumärkesrättsliga* regel. I 32 § VML stadgas nämligen att vid överlåtelse av en rörelse, till vilken hör ett varukännetecken, detta *skall anses innefattat* i överlåtelsen om inte annat avtalats. Om varukännetecknet är ett upphovsrättsligt skyddat verk, och inget särskilt avtalats vid överlåtelse av rörelsen, ger en jämförelse av de båda reglerna till resultat, att varumärkesrätten övergår till den nye innehavaren av rörelsen men att den i kännetecknet inneslutna upphovsrätten kan bli kvar hos överlåtaren. Då kan fråga uppkomma om s k immaterialrättsligt fel i köprättslig mening.

Vidareöverlåtelserätten är emellertid vanligen reglerad i standardavtal på bildrättsområdet. Enligt *Reklamavtalet* får förfoganderätten inte vidareöverlåtas utan upphovsmannens medgivande. Medgivande skall dock ske om överlåtelsen sker i samband med överlåtelse av rörelse. Byrån skall se till att överlåtaren ikläder sig byråns skyldigheter (§ 6).

6.4 Utnyttjarens förpliktelser

Medför en rätt enligt avtalet att förfoga över verket samtidig en *förpliktelse* att nyttiggöra verket? Svaret på frågan är oftast avhängigt av vilken avtalstyp det är fråga om och av hur avtalet i övrigt är avfattat. Den avgörande frågan blir om avtalet är exklusivt eller enkelt, primärt eller sekundärt. Om avtalet rör exklusiva, primära rättigheter, är huvudregeln att det är utnyttjarens skyldighet att nyttiggöra bildverket. Sådana regler kommer också till uttryck i lagens regler om förlags- och filmavtal (se 34 § och 40 § 2 st URL).[24] Vägledande för bedömningen av utnyttjarens plikt i övrigt blir upphovsmannens egna möjligheter att jämte licenstagaren verka på

[23] Jfr det finländska avgörandet HD 1947 II 365 (Reproduktionsrätt) där bl a förhållandet att bildreproduktions- och försäljningsrätten, i strid mot reproduktionsavtalet, vidareöverläts till ett annat företag ansågs utgöra hävningsgrund.

[24] Se om förlagsavtalsbestämmelsen SOU 1956:25 s 314 ff och härtill Saxén, Förlagsavtalet s 36.

marknaden. Om avtalet är exklusivt, såsom det kan vara t ex på förlagsområdet, måste upphovsmannen förlita sig på att förläggaren ger ut verket. Upphovsmannen kan ju då inte för samma marknad ge ut samma verk hos en konkurrerande förläggare. I många standardavtal är också licenstagarens förpliktelser att prestera, t ex vissa kvoter, tydligt formulerade.

Enligt *Reklamavtalet* har byrån alltid rätt att *avbeställa* ett uppdrag. Om det inte sker beroende på upphovsmannens egen försumlighet, har upphovsmannen rätt till ersättning för skäliga kostnader för uppdragets utförande, nedlagt arbete och i vissa fall för uteblivet arvode. Upphovsmannen har alltid rätt att behålla uppburet arvode (§ 8).

Upphovsrättsavtal medför – liksom andra förmögenhetsrättsliga avtal – som regel att parterna får en mängd ömsesidiga biförpliktelser, som inte direkt framgår av avtalen. Genom avtalet skapas en lojalitetsplikt visavi motparten. Av praktisk betydelse är upphovsmannens plikt att avstå från handlingar som kan hindra utnyttjarens förfoganderätt.[25] Lojalitetsplikten innebär att upphovsmannen ofta begränsas i sina möjligheter att utnyttja en ensamrätt som i övrigt borde förbli hans.[26] Han kanske måste avstå från sådan konkurrerande verksamhet, som skulle minska värdet av förvärvarens rätt.[27] För bildrättens del tar sig detta uttryck i reklamavtal, avtal om överlåtelse av rätten till kännetecken och merchandisingavtal i vilka utnyttjaren skall använda verket för egen avsättningsfrämjande verksamhet (se härom nedan 7.4.2 - 7.5).

6.5 Oförändrad återgivning vid överlåtelse

I URL finns särskilda regler om oförändrad återgivning också om verket utnyttjas enligt avtal (jfr angående rätten till oförändrad återgivning vid utnyttjande under en inskränkning ovan 5.2). I 28 § URL anges att om inte annat avtalats, så får den till vilken upphovsrätt överlåtits inte ändra verket. Om ändringsrätten inte uttryckligen har överenskommits, bör många avtal implicera en ändringsrätt, i vart fall så länge den kan motiveras av avtalets syfte (se härom strax nedan).

[25] Koktvedgaard/Levin s 96; jfr IMP s 275 ff.
[26] Koktvedgaard/Levin s 96; jfr Rosén, Förlagsrätt s 393 ff.
[27] Koktvedgaard/Levin s 97; jfr också NJA 1957 s 770 (Författares avtalsbrott) och NJA 1985 s 909 (Med egna ord).

I *Reklamavtalet* är vissa frågor om oförändrad återgivning uttryckligt avtalade. Verken skall enligt § 11 återges med största hänsyn till originalets utförande. Ändringar eller andra bearbetningar får inte göras utan upphovsmannens medgivande. I *BLF-avtalen* anges att uppdragsgivaren inte får innehållsmässigt förändra en levererad bild. En publicerad bild skall vara korrekt och får inte utnyttjas på ett missvisande sätt. Ett bildmontage eller retuschering på elektronisk väg får inte göras så att den vilseleder eller lurar läsaren. Om bildens innehåll förändras genom retuschering eller genom montage, skall det anges direkt i anslutning till bilden. Tekniska justeringar, t ex av färgbalans, kontrast och traditionella beskärningar får dock göras utan att det anges i anslutning till bilden.

Rätten till oförändrad återgivning ansluter nära till upphovsmannens *ideella rätt*. Särskilt på uppdragsavtalsområdet aktualiseras denna koppling (se vidare nedan 7.10).

6.6 Avtalstolkningsprinciper

Enligt AK borde en överlåtelse som gällde rätten att utnyttja ett verk på ett bestämt sätt inte ge förvärvaren rätten att utnyttja verket på annat sätt. Det borde enligt AK vara klart även utan särskilt stadgande (jfr strax nedan). Några särskilda regler om tolkning av upphovsrättsavtal – förutom stadgandena i 28 § URL (jfr ovan) – ansågs inte erforderliga.[28] Inom upphovsrätten har utvecklats några allmänna avtalstolkningsprinciper till vägledning vid oklarhet om avtalets gränser. En allmän avtalstolkningsprincip,[29] som särskilt konkretiserats i den tyska rättens s k *Zweckübertragungstheorie*, säger att vid oklarhet om överlåtelsens omfattning, inte mer av upphovsrätten skall anses ha övergått än vad som följer av avtalets ändamål.[30]

Denna *Zweckübertragungstheorie* utvecklades av *Goldbaum* under 1920-talet[31] och har i den tyska upphovsrättslagen kommit till uttryck i § 31 (5) UrhG där det stadgas att *sind bei der Einräumung des Nutzungsrechts die Nutzungsarten, auf die sich das Recht erstrecken soll, nicht einzeln bezeichnet, so bestimmt sich der Umfang des Nutzungsrechts nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck.* Omfattningen av ett avtal om utnyttjande av ett verk skall alltså bestämmas utifrån utnyttjarens syfte med avtalet.

[28] SOU 1956:25 s 277.
[29] Jfr Ramberg/Hultmark, Allmän avtalsrätt s 172; jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 45.
[30] Se Schweyer, Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht.
[31] Se Blomqvist, Overdragelse s 153, Schneider, Das Recht des Kunstverlags s 118, Fromm/Nordemann §§ 31-32 och Bappert/Maunz/Schricker § 8 (5a) ff.

Teorin anknyter till den ovan nämnda enkla regeln att upphovsmannen inte har något intresse av att upplåta mer än vad som är syftet med avtalet. En allmän tendens i upphovsrätten är också att endast i avtalet väl specificerade utnyttjandeformer av den ekonomiska rätten skall anses ha övergått genom avtalet – den s k *specifikationsprincipen*.[32] Vid oklarhet om hur mycket av rätten som övergår, skall en restriktiv tolkning göras till upphovsmannens fördel. Detsamma gäller vid tolkning av avtalets räckvidd i förhållande till nya förfoganderättigheter.[33]

I dansk och norsk rätt är specifikationsprincipen på visst sätt preciserad i lagen. I § 53 3 st DURL anges att om upphovsmannen överlåtit en rätt att utnyttja verket på ett bestämt sätt eller med bestämda medel, ger överlåtelsen inte rätt att utnyttja verket på annat sätt eller med andra medel.[34] I § 55 DURL och § 39 a NURL stadgas i huvudsak att upphovsmannen, om avtalet inte uttryckligen specificerar enskilda utnyttjandeformer som omfattas av övergången, med rimligt varsel kan säga upp övergången beträffande de inte specificerade utnyttjandeformerna.[35]

Ofta framgår det också ganska tydligt av avtalet, avtalstypen eller omständigheterna i övrigt vilka förfoganden som övergår. Om ett avtal träffas med en förläggare, har han endast fått förlagsrätten[36] och om upphovsmannen upplåter rätten att reproducera en statyett till en porslinsfabrik, så bör avtalet tolkas så att porslinsfabriken har rätten endast att framställa exemplar i porslin.[37] Enligt presumtionsregeln har förvärvaren inte behov av en vidare förfoganderätt. Om det däremot framgår av avtalet att fabriken fått avtalet i konkurrens med ett metallgjuteri, kan det antas att rätten att framställa även metallexemplar ligger hos porslinsfabriken, men däremot inte rätten att framställa affischer. Det motiverades enligt *Jacobsen* av att framställning av metallexemplar konkurrerade med porslinsexemplaren medan affischerna tvärtom skulle gynna framställningen av porslinsstatyetter.[38] En förutsättning för denna tolkning är naturligtvis att det inte på annat sätt framgår om avtalet är exklusivt eller enkelt.

[32] Se Blomqvist, Overdragelse s 147 ff; Bappert/Maunz/Schricker § 8 (5a); Schneider, Das Recht des Kunstverlags s 118 och 121.
[33] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 167 ff.
[34] Se härom Schønning, Ophavsretsloven s 435 f.
[35] Jfr op cit s 440 och Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s 638.
[36] Jfr SOU 1956:25 s 277.
[37] Se Jacobsen, Forlagsretten s 44.
[38] Ibidem s 44.

Avsaknaden av mer preciserade regler om *anställdas upphovsrätt* har resulterat i att en handfull *tumregler* kommit att utvecklas och så småningom manifesterats i doktrinen.[39] Tumreglerna har fått sin främsta inspiration från den tyska *Zweckübertragungstheorie*. Enligt tumreglerna presumeras en rad av de befogenheter som upphovsmannen har till verket genom anställningsavtalet automatiskt övergå till arbetsgivaren, dock inte fler än arbesgivaren har anledning att utnyttja inom ramen för sin dagliga *verksamhet*.

Gränserna mellan den konstnärliga skapandefriheten, avtalsfriheten och avtalsparternas bundenhet av avtalet måste till slut avgöras från fall till fall utifrån vad som egentligen avtalats mellan dem. Här spelar objektets egenskaper och vilken avtalstyp det är fråga om också en roll.[40] Avtalsobjektets säregna form kan här färga av sig på upphovsrättens avtal. För bildkonstens del kan t ex i vissa fall dess starkt personlighetspräglade natur påverka avtalets utformning och innehåll.[41] Inte bara uppdragsgivarens bestämmanderätt över det slutgiltiga resultatets form kan inskränkas genom avtalet, utan även upphovsmannens skapandefrihet.[42] I tveksamma fall kan en utgångspunkt för tolkning kanske vara att den konstnärliga friheten får ta över.[43]

6.7 Oskäliga avtal

I URL fanns – med 8 § skuldebrevslagen som förebild – ursprungligen en särskild regel i 29 § URL som tillät jämkning av oskäliga avtal på upphovsrättsområdet. I och med att den allmänna jämkningsregeln i 36 § AvtL infördes upphävdes regeln. I motiven till den äldre 29 § URL konstaterades att det även i avtal om överlåtelse av upphovsrättigheter kunde förekomma villkor av sådan art eller som kunde leda till sådana konsekvenser att de inte borde godtas av rättsordningen genom att den som förvärvade en upphovsrätt genomdrev villkor som stod i strid med god sed på upphovsrättens område eller eljest var uppenbart obilliga för

[39] Karnell, Arbetstagares upphovsrätt i Ulf, 50 s 39; jfr dens i NIR 1969 s 59 ff och dens i Journal of the Copyright Society of the USA 33/1986 s 109; jfr även Svensäter, Anställning och upphovsrätt, 1991 s 338 ff.
[40] Se Schmitt-Kammler s 44 ff.
[41] Jfr Lund, Billedkunsten s 232.
[42] Jfr Ohly i Urhebervertragsrecht s 440.
[43] Jfr Schmitt-Kammler s 25 ff och 197 f.

upphovsmannen. Det fick enligt AK beaktas att konstnärer inte sällan stod främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden och ofta saknade nödvändig erfarenhet för att bedöma det ekonomiska värdet av den upplåtna rätten. En omständighet var också att det på upphovsrättsområdet ofta var svårt att överblicka de konsekvenser som avtalet kunde medföra för framtiden. Ett exempel som angavs var att verket överläts mot engångsersättning. Fick verket framgångar som vida överträffade vad parterna väntat sig vid avtalets ingående, kunde det anses otillbörligt att låta förvärvaren få en vinst som inte stod i proportion till den utgivna engångsersättningen.[44] Uttalandet kan anses anmärkningsvärt i ett allmänt avtalsrättsligt perspektiv, eftersom många avtal utanför upphovsrättens område medför risktaganden av lika stora mått och ofta större än de som omfattar upphovsrättigheter. Om det är förvärvaren av rättigheten som investerar i t ex marknadsföring av verket, kan det enligt min mening lika väl på motsatt sätt anses stötande att vinsterna av den skulle komma upphovsmannen tillgodo på förvärvarens bekostnad.

I nordisk doktrin har hävdats att även om en överlåtelse av hela förfoganderätten är möjlig (jfr ovan), så kan den vara skadlig för upphovsmannen och bör därför noga betänkas.[45] Så gäller särskilt om upphovsmannen befinner sig i en ekonomiskt pressad situation.[46] Det har också ansetts att upphovsmannen inte kan överlåta rätten till ett obestämt antal framtida verk[47] eller hela sin framtida produktion.[48]

Belysande är ett hovrättsavgörande[49] där avtalstiden för ett konstförlagsavtal jämkades med tillämpning av 36 § AvtL. En konstnär hade sedan mitten av 1940-talet ritat jul- och påskkort åt ett förlag. Konstnären framställde skisser som presenterades för förlaget. Förlaget valde sedan ut några skisser efter vilka konstnären framställde originalmålningar som levererades till förlaget mot engångshonorar. 1985 förmåddes konstnären av förlaget att acceptera ett avtal som gav förlaget exklusiv förfoganderätt till alla verk som han skapat sedan 1944. TRn, vars dom fastställdes av HovRn, konstaterade att avtalets konkurrensklausul tillsammans med avtalstiden innebar att konstnären i praktiken bundit upp sig under återstoden av sitt verksamma liv beträffande samtliga av honom framställda verk. Av avtalet följde också att förlaget egenmäktigt kunde avgöra vilka av verken

[44] SOU 1956:25 s 293.
[45] Knoph, Åndsretten s 137; Lund, Billedkunsten s 234; Blomqvist, Overdragelse s 113.
[46] Koktvedgaard/Levin s 95.
[47] Jacobsen, Forlagsretten s 38.
[48] Se harom utförligt Strömholm, Le droit moral de l'auterur II:1 s 192 ff; jfr Knoph, Åndsretten s 137 och Jacobsen, Forlagsretten s 38.
[49] Svea HovR dom den 24 april 1989 (Konstkort).

som skulle ges ut. Någon särskild ersättning för denna betydande inskränkning i konstnärens förfoganderätt hade inte avtalats. Konkurrensklausulen i förening med den långa avtalstiden framstod, trots det långvariga samarbetet, enligt domstolen som så oskälig att det var uppenbart att avtalet i det hänseendet måste jämkas genom att avtalstiden begränsades.

Samtidigt som avgörandet belyser en sedan länge omfattad rättsprincip, ger det uttryck för en avtalstradition, som går i annan riktning än principen. Även om det varit en inom nordisk doktrin allmän uppfattning att inte hela rätten kan övergå, har en total övergång bevisligen samtidigt länge varit ett krav från reklambyråer och konstförlag.[50] Visserligen tyder en alltmer utvecklad standardavtalsmarknad på att rättighetsfördelningen mellan avtalsparterna blivit jämnare. Men i många fall förekommer (som ovan nämns) fortfarande avtal enligt vilkas lydelse alla rättigheter övergår till beställaren eller förlaget mot betalning av ett engångsbelopp.

Avtalets oskälighet i fråga om framtida produktion måste dock avgöras från fall till fall.[51] Som ovan konstateras kan situationen vara sådan att total överlåtelse av den ekonomiska rätten är nödvändig eller i vart fall ligger mer i linje med avtalets typ. Därför bör det inte finnas något absolut hinder mot en total rättighetsövergång (jfr ovan).[52]

En viktig fråga om avtalets gränser är i vilken utsträckning avtalet kan omfatta även utnyttjandeformer som bygger på ny, vid avtalsslutet *okänd, teknik*. Svårigheter att förutse den framtida utvecklingen är emellertid inte något nytt problem. Den grundläggande utgångspunkten bör vara att en ändamålsbestämd tolkning skall göras av avtalet. AK anförde som en tänkbar oskälighetsgrund att det skulle vara stötande om förvärvaren av den ekonomiska rätten till ett verk fick rätten även till nya metoder för verkets utnyttjande, vilka var okända vid avtalstillfället.[53] Problemet aktualiseras av digitaltekniken[54] som ju fört med sig väsentligt förändrade möjligheter att nyttiggöra verksinnehåll i allmänhet och bildinnehåll i synnerhet. Om avtalet sålunda innebär att även sådana utnyttjandeformer som bygger på någon vid avtalet okänd teknik eller på senare tillkommen lagstiftning, bör det inte kunna avtalas i förväg.[55]

Det har emellertid inte hindrat försigkomna avtalsparter att ta tillfället i akt. Enligt en överenskommelse mellan SVT och SIF har arbetsgivaren (SVT) rätt att

[50] Jfr Jacobsen, Forlagsretten s 40.
[51] Blomqvist, Overdragelse s 133.
[52] Lund, Billedkunsten s 234.
[53] SOU 1956:25 s 293.
[54] Jfr White Paper s 51.
[55] Jacobsen, Forlagsretten s 40.

tillgängliggöra ett verk som skapats i anställningen för allmänheten medelst alla metoder samt all exemplarframställning som fordras för produktion och distribution. Härmed skall avses till och med utnyttjandeformer som inte är kända.[56]

Även om jämkning kunde åberopas också av upphovsmannens medkontrahent, är det tydligt att AK utgick ifrån att det främst var upphovsmannen som i enlighet med den traditionella uppfattningen var den svagare avtalsparten.[57] Tydligen har upphovsrättens avtalssituation ansetts särskiljande eftersom motsvarande jämkningsregler inte införts i annan immaterialrättslig lagstiftning. På det industriella rättsskyddets område är ju som regel båda avtalsparterna näringsidkare, vilket minskar riskerna för obalans i partsförhållandena.[58] Något som alls inte berördes i motiven till URL var möjligheten av att ingen av avtalsparterna var upphovsman eller att upphovsmannen företräddes av en organisation. I sådana fall bör styrkeförhållandet mellan parterna vara relativt jämt.[59]

Avtalets oskälighet har en oklar gräns mot den ideella rätten. Ett avtal som kränker upphovsmannens ideella rätt bör i sig vara otillbörligt enligt 36 § AvtL. Ibland är gränsen mellan ekonomiska och ideella bevekelsegrunder emellertid flytande. I vissa fall skulle det kanske kunna anses att redan ett avtal om rätt till hela upphovsmannens produktion kunde strida mot upphovsmannens respekträtt.

[56] Se Peyron s 126.
[57] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 185.
[58] En reglering som i någon mån kan jämföras med upphovsrättens jämkningsregler, såtillvida som de tar hänsyn till en svagare part, kan dock vara 1949 års lag om rätten till arbetstagares uppfinningar.
[59] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 186.

KAPITEL 7
BILDRÄTTENS AVTAL

I detta kapitel beskrivs några särskilda avtalstyper. Framställningen har inte ambitionen att vara fullständig i enskildheter, utan redovisar några avtalstyper som har särskild betydelse just för bilder. Därmed riktas fokus mot bildobjektets säregenskaper som avtalsföremål och dess omsättningsbarhet i enskilda avtalssituationer. Det är särskilt frågor om avtalsutfyllnad som berörs. Denna fokusering på *avtalsobjektets* säregenskaper medför att många i sig viktiga frågor av obligations- och sakrättsligt slag, såsom upphovsmannens rätt till ersättning, dubbelöverlåtelse m m, vilka eljest hade kunnat vara motiverade att ta upp här, lämnas utanför undersökningen. Ett flertal typer av skyddsobjekt i bildrättens periferi, såsom t ex brukskonst, multimedieverk och databaser lämnas i allt väsentligt utanför undersökningen. Avtalsmarknaden beskrivs från *materialitet* till *immaterialitet*. Med början i det mest materiella förfogandet över bilder genom överlåtelse av bildoriginal beskrivs skilda avtalstyper mot en ökande immaterialisering. Därefter behandlas sekundära utnyttjanden i en kollektiv avtalsmiljö. Kapitlet avslutas med en beskrivning av digitalteknikens inverkan på bildmarknaden.

Den enklaste och mest *materiella* situationen är att konstnären säljer sin bild eller träffar avtal med en gallerist eller konsthandlare om utställning och försäljning av konstverket. Ett sådant avtal har dock mer karaktären av *försäljningsavtal* eller kommissionsavtal än upphovsrättsligt avtal i egentlig mening (se härom strax nedan). Avtalet kan också avse uthyrning och utlåning av konstverk (se nedan 7.2). Något *immateriellare* är avtal som innebär tillhandahållande av exemplar från en bildbyrå, d v s ett bildleveransavtal eller avtal om framställning av bilder. Man talar i det senare fallet om uppdragsavtal (nedan 7.4).

Ibland kan det vara mer ändamålsenligt att *anställa* en upphovsman till vars arbetsuppgifter kan höra att framställa glasskulpturer eller bruksfö-

remål, fotografera eller framställa reklambilder.[1] En bildkonstnär kan vilja låta göra affischer av en bild som han har målat. Grafikern vill låta trycka sin litografi. För denna förfogandetyp finns *förlagsavtalet* (31 ff §§ URL, se nedan 7.6).

Än mer immaterialiserade är avtal om filmning av bilden (se nedan 7.8) eller om rätten att sända den i TV eller förmedla den i digitala nätverk. Någon kan ha gjort kulisser till en film. En film kan också vara tecknad och då blir rätten att utnyttja filmen ytterst avhängig av tecknarens avtal med den som vill utnyttja filmen. Slutligen kan avtalet avse endast visning av bilden, t ex genom film.

7.1 Originalbilder

Det traditionella sättet att nyttiggöra en bild är att sälja originalexemplaret. Även om undersökningens fokus riktas på upphovsrättens ekonomiska sida i egentlig mening, bör bildoriginalhandelns betydelse och den prägel som den satt på bildrätten ändå inte helt förbigås. I grunden är det också uttryckliga ställningstaganden av lagstiftaren som bestämmer när rätten till bildexemplaret skall konsumeras och därmed hur långt upphovsmannens förfoganderätt över originalbilder skall sträcka sig.

Hötorgskonsten (jfr om dess objekt ovan 3.1.1.2) intar, såsom objekt för handel, en speciell ställning i den moderna bildvärlden. Här är nämligen handeln fortfarande fast förbunden med originalexemplaret, liksom äldre tiders bilder, men det finns regelmässigt också ett ekonomiskt värde i bilden redan vid första överlåtelsen. Värdet är dock inte relaterat till bildens konstnärliga kvalitet eller till upphovsmannens renommé, utan till bildens egenskap av just originalkonstverk. Det är en konsumentvara.

Vid vanlig försäljning av exemplar kan konstnären naturligtvis själv sälja konstverket direkt till köparen, varvid köprättsliga regler blir tillämpliga på exemplaren. Vanligt är emellertid att upphovsmannen anlitar en gallerist eller konsthandlare. Teoretiskt sett kan dessa avtal ha högst varierande form. Vanligast är kanske *kommissionsavtal*, men man kan också tänka sig andra mellanmansrättsliga konstruktioner. Galleristen kan vara *kommissionär*, *ensamåterförsäljare*, *agent* eller *fullmäktig*.[2] Skillnaden mel-

[1] Anställdas rätt till sina verk har utförligt behandlats av Svensäter i Anställning och upphovsrätt, varför denna problematik här i princip lämnas åsido.

[2] Se om dessa avtalstypers tillämpning på konsthandeln internationellt Reutter.

lan de olika avtalsformerna visar sig främst i riskfördelningen mellan parterna.[3]

Kommission regleras i Sverige i en särskild *lag om kommission* (1914:45). Lagstiftningen reglerar huvudmannens (kommittentens) och mellanmannens (kommissionärens) rättigheter och befogenheter vid avtalsbrott och insolvens. Kommissionären handlar vid kommission i eget namn men för huvudmannens räkning. Med *handelsagent* förstås någon som bedriver handel för annans (huvudmannens) räkning och i huvudmannens namn. Handelsagentur regleras i lagen (1991:351) om handelsagentur. Ensamåterförsäljaren köper i fast räkning av en leverantör och säljer därefter, i eget namn och för egen räkning, med ensamrätt för ett visst geografiskt område. Ensamåterförsäljareavtal är inte lagreglerade, men ett vanligt förekommande standardavtal är EÅ 93. Fullmaktsavtal regleras i 2 kap AvtL och även i lagen om handelsagentur.

Någon upphovsrättslig förfoganderätt över bildinnehållet följer inte av själva *innehavet* av ett exemplar.[4] I 27 § URL stadgas uttryckligen att överlåtelse av exemplar inte innefattar överlåtelse av upphovsrätt. Även om regeln är giltig för alla verkskategorier, skulle den enligt AK ha sin huvudsakliga betydelse på konstnärsrättens område. Enligt AK uteslöt regeln emellertid inte att omständigheterna vid överlåtelsen kunde vara sådana att förvärvaren måste få en rätt att förfoga över verket i vissa hänseenden. Ett exempel som gavs var överlåtelse av manuskript.[5] I försäljningsavtal om exemplar med anlitande av mellanman är det således vanligen endast exemplarrätten – visningsrätten och rätten att överlåta exemplar av konstverk (jfr 19 § URL) – som tillkommer mellanmannen.[6] Ensamrätt i övrigt tillkommer alltså inte galleristen/konsthandlaren, försåvitt det inte särskilt överenskommits. Det betyder att galleristens förfoganderätt över verket måste avtalas med upphovsmannen,[7] som enligt huvudregeln har kvar sin upphovsrätt enligt 2 § URL. Frågan om förfogandet över själva originalexemplaret återkommer också i de flesta standardavtal och normalformulär på bildområdet och där den förekommer stadgar den en förfoganderätt som går i lagens riktning.

Så anges t ex i den rekommendation till kommissionsavtal om konstverk som upprättats av KRO att avtalet inte skall innefatta någon reglering av de rättigheter som

[3] Jfr Ohly i Urhebervertragsrecht s 430 f.
[4] Se SOU 1956:25 s 279; Jacobsen, Forlagsretten s 37. I NJA 1921 s 579 (Frödings brev) konstaterade HD att det lovliga innehavet av brev som erhållits från Fröding inte medförde någon upphovsrätt till breven.
[5] SOU 1956:25 s 279; jfr Rosén, Upphovsrättens avtal s 33.
[6] Jfr Reutter s 166 f.
[7] Jfr Ohly i Urhebervertragsrecht s 431.

tillkommer konstnären enligt URL. Kommissionären har enligt kontraktet inte någon rätt att utan konstnärens medgivande återge konstverket i annat sammanhang än i samband med försäljningsmeddelande. (24 § 1 st 2 URL medger i sig avbildningsrätt till konstverk som ställs ut eller är till salu, jfr ovan s 258). Motsvarande formulering återfinns också i det formulär till *utställningskontrakt* som upprättats av KRO, liksom även i KROs formulär för *uthyrningsavtal* och *skissuppdrag*.

Ibland kan det emellertid uppstå osäkerhet om huvudregeln verkligen skall tillämpas.[8] Problemet får då lösas utifrån vad som uttryckligen eller konkludent har överenskommits.[9] Det följer av lagen att förvärvaren har bevisbördan för att överlåtelsen av originalexemplaret skall innefatta den upphovsrättsliga förfoganderätt som han påstår.[10] Det torde emellertid i vissa sammanhang vara underförstått att överlåtelse av original eller annat exemplar *innefattar* ett större eller mindre mått av upphovsrättslig förfoganderätt, t ex vid vissa reklamuppdrag eller fotouppdrag.

Någon bestämmelse om i vad mån rättighetsöverlåtelse medför äganderättsövergång eller annan materiell förfoganderätt över det exemplar till vilket upphovsrätt upplåts, finns inte i lagen. Huvudregeln måste också här vara att äganderätt och upphovsrätt skall hållas åtskilda. Enligt AK övergick exemplar som regel inte med förfoganderätt men frågan fick besvaras genom avtalstolkning.[11] Att äganderätten till exemplaret inte medför upphovsrättsliga befogenheter har också fastslagits i praxis.

I NJA 1964 s 99 (Svarta Diana) hade en textilkonstnärinna träffat avtal med en konstnär om rätten för henne att framställa en vävnad efter en kartong, som konstnären för ändamålet utfört. Tvist uppstod sedan om äganderätten till kartongen. Enligt domstolen hade äganderätten inte övergått till textilkonstnärinnan. I ett annat fall,[12] rörande illustrationer i en tidning, kom HD till samma resultat. Domstolen konstaterade att det var ostridigt att frågan om äganderätten till originalen inte var på tal när teckningarna beställdes eller när de överlämnades för reproduktion. Avtalet kunde inte anses ha haft annan innebörd än att endast reproduktionsrätten förvärvats.

Äganderätten till originalbilder döljer ett upphovsrättsrelaterat *säkerhetsmoment* vad gäller förfoganderätten. En upphovsman som lämnar ut en bild till en utnyttjare kan minska risken för att utnyttjaren kommer att vidare förfoga över bilden genom att bestämma att den skall återställas

[8] Jfr Rosén (Upphovsrättens avtal s 33) som hävdar att praxis kan vara annorlunda beträffande mindre personliga prestationer.
[9] Se Koktvedgaard/Levin s 95.
[10] Se U 1949 s 1047 (Ø) (Videreoverdragelse); jfr Jacobsen, Forlagsretten s 37.
[11] SOU 1956:25 s 279.
[12] NJA 1967 s 143 (Stridsropet).

till upphovsmannen efter utnyttjandet. Naturligtvis kan i praktiken utnyttjaren kopiera bilden och använda kopian som *master*. Så kan t ex offsetplåtar återanvändas i ett nytt sammanhang. Men risken med analog teknik har som regel varit att kvaliteten försämras så att ett sådant förfogande ofta inte varit aktuellt. Den *säkerheten* går lätt förlorad för upphovsmannen i en digitaliserad värld. I 31 § 2 st URL, som gäller förlagsavtal, stadgas emellertid uttryckligen att manuskript eller annat exemplar, efter vilket verket återges, skall förbli i upphovsmannens ägo.[13] Också de flesta standardavtal på bildrättsområdet brukar – förutom regler om den upphovsrättsliga förfoganderätten – innehålla klausuler om det sakrättsliga förfogandet över bildoriginal eller förlaga.

Så anges t ex i art 8 i ramavtalet för förlagsavtal mellan FST och *Svenska Förläggareföreningen* angående bilder och illustrationer vid bokutgivning att, om inte annat avtalas, skisser och originalverk är illustratörens egendom och att när bildoriginal inte längre utnyttjas, det skall arkiveras hos förlaget och återställas till illustratören när förlagsrätten upphör. Förkomna eller förstörda verk skall värderas efter återframställningskostnaden. I art 3 i *Reklamavtalet* anges att om annat inte uttryckligt avtalats, alla verk (original, skisser, negativ och andra fotografiska original som tjänar som underlag för reproduktion) är upphovsmannens egendom och efter avsett begagnande snarast skall återställas. Upphovsmannen är dock skyldig att under fem år arkivera returnerade original och reproduktionsunderlag. Därefter skall byrån tillfrågas före makulering (§ 12). I *BLF-avtalen* stadgas uttryckligen att negativ och diapositivoriginal som utlånats till reprocentral skall återställas till säljaren.

Frågan om äganderätten till fotonegativ till beställda bilder togs upp redan i motiven till 1897 års lag om rätt att återge fotografisk bild. *Fotografiska föreningen* framhöll då i en skrivelse att en fotolagstiftning borde bygga på bl a principen att äganderätten till ett porträttnegativ skulle tillkomma fotografen men att fotografen skulle vara skyldig att förstöra negativet på modellens begäran.[14] Mot den anförda principen gjordes ingen erinran under lagstiftningsarbetet. I 3 § intogs också ett stadgande om sådan skyldighet. I förarbetena till 1919 års fotolag ansågs ett sådant stadgande sakna praktisk betydelse, varför det inte fick någon motsvarighet i den nya lagen.[15] Denna uppfattning hävdades sedermera också av

[13] Jfr SOU 1956:25 s 311.
[14] Se prop 1897:34 s 6.
[15] Se Bihang till riksdagens protokoll vid lagtima riksdagen år 1919, 2 saml, 2 avd, 2 bandet, s 194.

AK.[16] Därefter har det i praxis tydligt fastslagits att beställning av en fotografisk bild inte medför någon äganderätt till fotonegativet.[17]

En fråga som togs upp av AK var i vilken utsträckning den som direkt av konstnären förvärvade ett konstverk kunde motsätta sig att konstnären framställde repliker.[18] Enligt AK fanns det ofta ett önskemål hos förvärvaren att konstverket förblev unikt och ibland, när det t ex rörde sig om porträttbilder, kunde förvärvaren vara intresserad av att konstverket inte mångfaldigades utan hans medgivande. AK konstaterade att utgångspunkten måste vara att förvärvaren inte kunde motsätta sig vidare exemplarframställning. Det följde av huvudregeln i 27 § URL. Undantag från regeln kunde uttryckligen ha avtalats. Men även i andra situationer kunde det tänkas att avtalssituationen var sådan att upphovsmannen inte skulle ha kvar sin rätt att framställa exemplar, i vart fall inte i samma konstnärliga teknik (d v s framställa repliker). Ett par exempel gavs av AK. Det ena var att någon köpte en oljemålning direkt hos konstnären. Ett sådant köp skulle regelmässigt få anses innebära att konstnären inte skulle ha rätt att utföra repliker. Det andra exemplet var att en kommun förvärvade ett större skulpturverk. I sådana fall var det tveksamt om konstnären skulle ha rätt att sälja avgjutningar i mindre skala av verket eller detaljer av det. Om förvärvaren inte gjort några förbehåll, torde enligt AK ett sådant förfarande från konstnärens sida inte kunna förhindras.[19]

AKs ställningstaganden förefaller präglade av äldre konstnärsrätt och borde idag kunna avfärdas på flera grunder. För det första utgör 27 § URL en viktig huvudregel som sätter en tydlig gräns mellan förfogande över upphovsrätt å den ena sidan och exemplar å den andra. Om inte annat uttryckligen har avtalats, skall ju enligt den ovan beskrivna *specifikationsprincipen* upphovsmannen behålla sin rätt att framställa exemplar i vilken teknik och i vilken konstart han vill (jfr 2 § URL). För det andra torde konstmarknaden se väsentligen annorlunda ut idag. Många konstnärer upprepar ständigt sina motiv, t ex monokromer av *Klein* , uppskurna dukar av *Fontana* eller *Magrittes Den röda modellen* som finns i flera upplagor. Ofta har köparen också ett särskilt intresse av att komma åt ett original med ett visst motiv, inte ett original med *unikt* motiv. För det

[16] SOU 1956:25 s 84 f.

[17] NJA 1982 s 23 (Bröllopsnegativ); jfr tidigare rättspraxis NJA 1945 s 275 (På kryss med Blixten), NJA 1946 s 501 (Ohlanders Negativ) och 1979 s 70 (Offsetplåtar). Principen har också fått stöd i den juridiska doktrinen (se t ex Galtung s 65 f), men också kritik (se Løchen i NIR 1978 s 309).

[18] Se SOU 1956:25 s 280.

[19] Op cit s 281.

tredje är det självklart ett befogat intresse för upphovsmannen att vidareutnyttja ett redan skapat motiv. Motivet skall dessutom, enligt vad som ovan anges, vara fritt för envar (se ovan 2.1). Ett undantag kan gälla för vissa uppdragsavtal såsom t ex reklamavtal där upphovsmannens parallella utnyttjande av motivet kan kollidera med uppdragsgivarens primära syfte och ekonomiska intresse med avtalet (jfr vidare nedan 7.4.2-7.5). Om beställaren undantagsvis ville tillförsäkra sig ett unikt verk, torde han enligt *Strömholm* ha att sörja för sina intressen genom avtal, men otvivelaktigt kunde situationer förekomma där omständigheter som pris, motiv och bakgrundsförhållanden gjorde det befogat att i avtalet inläsa en försäkran från upphovsmannens sida om att verket skulle få förbli unikt.[20]

7.2 Uthyrnings- och utlåningsavtal

Enligt 19 § 2 st 1 URL har upphovsmannen rätten även till uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar av exemplar av sina verk. I bestämmelsen stadgas dock undantag för byggnader och brukskonst. Såsom ovan konstateras (se ovan 5.6.2.2) har bildupphovsmannen däremot inte någon utlåningsrätt inom upphovsrättens ramar. Uthyrningsrätten har viss betydelse för de traditionella bildupphovsmännen. Det förekommer idag att konstverk hyrs ut. Stadsbiblioteken har på sina ställen verksamhet som går ut på att allmänheten mot viss ersättning får hyra konstverk, s k *artotek*. Verksamheten skiljer sig alltså från annan biblioteksverksamhet genom att den *de facto* avser *uthyrning* – inte utlåning (jfr härtill ovan 5.6.2.1-2 ang uthyrnings- och utlåningsbegreppet enligt uthyrnings- och utlåningsdirektivet). Det finns också företag som *leasar* konst. Verksamheten är då främst riktad till företag.

KRO har utarbetat ett avtalsformulär för hyra av konstverk. I en särskild klausul anges särskilt att *upphovsrätten* till konstverket förblir i konstnärens ägo. Med upphovsrätt kan här i princip avses endast reproduktionsrätten och i förekommande fall visningsrättigheter.

I avtalsbestämmelsen anges också att avfotografering, avritning eller andra reproduktioner inte får göras utan konstnärens medgivande. Räckvidden av inskränkningen i hyrestagarens reproduktionsrätt enligt avtalet kan dock ifrågasättas. Skall den innebära en begränsning av rätten att avbilda konstverk som ställs ut enligt 24 § 1 st 2 URL och rätten att framställa enstaka exemplar för enskilt bruk enligt 12 §

[20] Strömholm i TfR 1980 s 598. Strömholm anlade emellertid delvis olika tolkningsregler för repliker och kopior (jfr op cit s 598 f).

URL? Det bör uppmärksammas att rätten att framställa enstaka exemplar för enskilt bruk enligt 12 § URL endast gäller *offentliggjorda* konstverk. Ett konstverk som hyrs ut behöver varken bli utställt eller vara eller därmed bli offentliggjort, varför all efterbildningsrätt i så fall redan tillkommer upphovsmannen. Begränsningen får besynnerliga konsekvenser om uthyrningen medför att verket ställs ut eller offentliggörs. I så fall skulle hyrestagaren enligt avtalet vara betagen en rätt som enligt 12 och 24 §§ URL tillkom tredje man, under förutsättning att denne hade lovligt tillträde till exemplaret. Enligt formuläret skall dock anges *var* konstverket är avsett att placeras. Med avseende på var det hyrda konstverket placeras kan begränsningen alltså få viss faktisk betydelse.

7.3 Bildleveransavtal

Bildleveransavtal intar ett slags mellanställning mellan hyresavtal och reproduktionsavtal. Den typiska situationen är att någon beställer en bild från ett bildarkiv eller en bildbyrå. Ett exemplar av bilden levereras då till beställaren som reproducerar den mot betalning och antingen behåller eller återställer exemplaret till bildbyrån eller bildarkivet. Bildleveransavtalets har alltså dubbel karaktär. Det avser dels ett tillhandahållande av ett visst bildexemplar, som vanligen skall återlämnas, dels en rätt att utifrån exemplaret mångfaldiga och publicera bilden.

BLF har ingått tre avtal som gäller utnyttjande av BLF-medlemmars bilder i tidningar (BLF-avtalen). Ett avtal har träffats med TU om bilder i dagspress, ett annat avtal har träffats med VECTU om bilder i veckotidningar och det tredje har träffats med Facksam för fackförbundspressen. I avtalen finns också särbestämmelser om fotouppdrag (se nedan s 322). Avtalen gäller för de avtalsslutande organisationernas medlemmar. Endast namngiven tidning eller tidskrift (alltså inte vilket företag som helst) kan vara beställare och ha rätt att publicera bilder enligt avtalen.[21] För de köpare som inte täcks av avtalen har BLF utarbetat *cirkaprislistor*, som fått stort genomslag som norm för villkor om leverans av bilder. Avtalen är i stort sett likalydande och gäller allmänna bestämmelser och priser vid köp- och leveransvillkor för arkiv och urvalsbilder samt fotouppdrag, allmänna bestämmelser och priser.

BLF-avtalen skiljer mellan *arkiv- och urvalsbilder* å den ena sidan och *fotouppdrag* å den andra. Med arkiv- och urvalsbilder förstås enligt avtalen bilder som fotografen har upphovsrätt till eller som en bildbyrå förvärvat rätten till. Med fotouppdrag förstås fotografens åtagande att på beställning framställa en bild. Beställaren får inte vidare-

[21] Se Danowsky m fl, Bildrätt s 72 och 74.

sälja, låna ut eller använda bilderna för annat ändamål än som överenskommits vid leverans. En beställare förvärvar normalt förhandsrätt enligt vilken han får ensamrätt att inom viss tid publicera bilden. Negativ och diapositivoriginal som utlånats till reprocentral skall återställas till fotografen/bildbyrån. Om bilden skadats, skall *full ersättning* betalas.[22]

Det rena bildleveransavtalets mellanställning mellan hyresavtal och reproduktionsavtal framträder särskilt tydligt i jämförelse med andra avtal, som kan syfta till att nå samma resultat. BUS tillämpar t ex ett standardavtal för överlåtelse av rätten att återge konstverk i tidskrifter (se nedan s 347). BUS' avtal skiljer sig från *BLF-avtalen* i stort endast genom att BUS inte tillhandahåller bildexemplaret utan endast reproduktionsrätten.

Bildleveransavtal avser vanligen fotografier och den rätt som ges genom leveransavtalet avser normalt endast fotorätten. Om fotografiet återger andra skyddade föremål, måste beställaren avtala om förfoganderätten med den andre rättighetshavaren.

I ett danskt avgörande[23] ansågs att en professionell reklambyrå, som i reklamsammanhang använt ett fotografi som föreställde *Christos* paketering av riksdagshuset i Berlin och som levererats av en bildbyrå, borde ha varit bekant med att tillstånd från andra rättighetshavare krävdes för användningen av fotografiet, även om det på baksidan angavs att *copyright* tillkom bildbyrån. I ett liknande finskt avgörande[24] hade en reklambyrå av en bildbyrå köpt en reklambild som huvudsakligen bestod av ett fotografi föreställande en ateljémiljö och två offentliggjorda skulpturer. Reklambyrån hade införskaffat fotografiet på villkor att reklambyrån själv skulle skaffa tillstånd för utnyttjande av *namn*, *personer* och *varumärken*. Enligt domstolen var överlåtelsen emellertid att uppfatta endast som rätt till den fotografiska bilden. Reklambyrån måste därför själv utreda begränsningar som hänförde sig till fotografiets motiv. Skulptörens ersättningskrav mot bildbyrån förkastades därför medan kraven mot reklambyrån och beställaren bifölls.

7.4 Uppdragsavtal

Det normala förfogandeobjektet vid rättighetsöverlåtelse är ett verk som redan är skapat. Men inget hindrar att en förläggare, ett filmföretag, en teater etc träffar avtal med upphovsmannen om förfoganderätten till

[22] *Full ersättning* är i avtalet definierat som det pris som angivits på originalet om det ej kan anses oskäligt. Om parterna inte kan komma överens om priset kan ärendet hänskjutas till en särskild nämnd.

[23] U 1997 s 319 (SH) (Billedbureau).

[24] HD 1994:99 (Bildbyrå); se om avgörandet Bruun i Ånd og Rett s 219 ff.

verk som ännu inte finns. Då föreligger ett uppdrag. Det kan vara ett verk som är påtänkt eller som är under skapande. I många situationer är det också vanligt att avtal träffas om framtida produktion i allmänhet.[25]

I äldre tider var det vanligt att konstnären fick arbeta på uppdrag av någon enskild mecenat eller av kyrkan.[26] Ofta drog uppdragsgivaren upp ganska strikta riktlinjer för hur det faktiska resultatet skulle komma att te sig.[27] Idag är det vanligen helt andra typer av bilder som tillkommer på beställning. Ett bildverk kan t ex primärt ha tillkommit för utgivning i bokform som illustration till en text. Till området hör även porträttmålning eller porträttfotografering, fotografering för pressen och skapande av reklambilder och utsmyckningsuppdrag.[28] Det kan också tänkas att en förläggare uppdrar åt en konstnär att framställa bilder åt honom, som han skall förlägga (jfr nedan s 330 och 333).

Uppdragsavtalets likheter med anställningsavtal är tydliga. Liksom vid uppdragsavtal är huvudregeln vid anställningsavtal att det är någon annan än upphovsmannen som tar initiativet till verkets skapande. På liknande sätt som övergångens omfattning i anställningsförhållande, måste man då tolka uppdragsavtalets omfattning. Om arten och omfattningen av rätten till avtalsföremålet inte uttryckligt har definierats, får avtalets art, syfte, varaktighet m m sätta gränsen. Skillnaden mellan anställning och uppdrag framträder i att det är arbetsgivarens verksamhet som är av huvudsaklig betydelse vid anställning medan specifikationsprincipen tar över vid uppdrag.

Uppdragsavtal närmar sig köpeavtalet mer än många andra upphovsrättsliga avtalstyper (jfr ovan s 294). Om verket inte levereras i tid, så kan uppdragsgivaren åberopa *dröjsmål.* Eftersom upphovsrätten först uppstår hos upphovsmannen, av vem den kan upplåtas,[29] bör upphovsmannen som utgångspunkt själv vara berättigad att avgöra när verket är färdigt att leverera.[30] Om han är i dröjsmål borde man enligt upphovsrättsliga principer inte kunna framtvinga leverans, annat än om verket uppenbart är klart och signerat.

[25] Jacobsen, Forlagsretten s 38; jfr det ovan refererade avgörandet av Svea HovR (dom den 24 april 1989 (Konstkort)) och för tysk rätts del Schmitt-Kammler s 11.
[26] Jfr Lund, Billedkunsten s 14 f.
[27] Jfr Ohly i Urhebervertragsrecht s 439.
[28] Jfr Schmitt-Kammler, s 10 ff som utförligt beskriver skilda situationer där avtalet gäller tillskapande av verk (künftige Werke).
[29] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 198.
[30] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 110.

Här kan en jämförelse göras med köprättens regler om fullgörelse i 23 § KöpL.[31] Om upphovsmannen råkat ut för en skada som gör avtalsuppfyllelse omöjlig, kan hävdas att det vore orimligt att kräva fullgörelse enligt hinderrekvisitet i 23 § 1 st KöpL.[32] Upphovsmannen ändrar kanske konstnärlig inriktning eller konstnärlig övertygelse under tiden verket skall utföras. Då kunde konstnären hävda att det medförde uppoffringar som inte var rimliga med hänsyn till uppdragsgivarens intressen, vilket kan leda till en svår *in casu*-bedömning där skilda intressen måste vägas mot varandra.[33]

Av särskild betydelse för bilduppdragsavtalet är att det vid avtalstidpunkten vanligen inte står klart för avtalsparterna hur det beställda verket skall vara beskaffat, åtminstone inte i detalj.[34] Det är klart att avtalet i sig kan innehålla mer eller mindre detaljerade bestämmelser om resultatets egenskaper. Om avtalet innehåller detaljerade bestämmelser om hur verket skall vara beskaffat, blir upphovsmannen naturligtvis bunden av de bestämmelserna.[35] Enligt *Strömholm* måste kraven på bestämdhet i avtalet sättas högt för att en egenskap verkligen skulle anses tillförsäkrad och sannolikt måste man också iaktta stor försiktighet när det gällde att i avtalet inläsa tysta förbehåll eller utfästelser. Konstnärens tidigare verk i liknande sammanhang och med liknande tilltänkt användning torde enligt *Strömholm* i så fall ofta få tillhandahålla kriterier på de egenskaper som kunde anses tillförsäkrade.[36] Hade en konstnär som dittills arbetat i en konventionell stil, plötsligt övergått till ett helt nytt manér som uppoffrade t ex porträttlikhet för att uppnå expressionistiska eller rentav nonfigurativa effekter, kunde den besvikne beställaren enligt *Strömholm* möjligen falla tillbaka på en argumentation om avsaknad av tillförsäkrade egenskaper.[37]

Om verket inte överensstämmer med beställarens förväntningar vad gäller teknisk eller konstnärlig kvalitet, kan han göra gällande fel enligt 17 § KöpL.[38] Mot detta kan ställas konstnärens skapandefrihet, som natur-

[31] Jfr härtill Ramberg/Herre s 313.
[32] Se op cit s 314.
[33] Jfr op cit s 313.
[34] Kanske kan efterfrågas ett slags generalklausul av det slag som återfinns i 4 § KtjL där det stadgas att *tjänsten* skall utföras fackmässigt och med vederbörlig omsorg tillvarata *konsumentens* intressen. En nära tillhands liggande tolkningsregel kunde i så fall vara att upphovsmannen bör utföra uppdraget med vederbörlig konstnärlig skicklighet om annat inte avtalats; jfr angående de krav som i samband med uppdraget kan ställas på material m m Strömholm i TfR 1980 s 594 ff.
[35] Se Tvedt i NIR 1975 s 59 och Strömholm i TfR 1980 s 595 f.
[36] Strömholm i TfR 1980 s 596.
[37] Op cit s 597.
[38] Jfr Schmitt-Kammler, s 136 och 149.

ligtvis varierar beroende på uppdragets karaktär. Den kan på särskilt sätt antas motverka uppdragsgivarens rätt att göra gällande fel, d v s att skapandefriheten kan utgöra tolkningsdatum för bedömning av såväl abstrakt som konkret fel.[39] Frågan om verket är avtalsenligt blir avhängig av en rad faktorer. Den har såväl med dess objektiva kvalifikationer att göra som med vem som är upphovsman och vad verket skall fylla för uppgift. Uppdragsgivaren kan vara intresserad inte bara av ett visst motiv utan kanske också av en viss teknik eller ett visst manér. Även uppdragsgivarens faktiska bestämmanderätt över resultatet kan spela in och bestämmanderätten kan vara avhängig av vilken typ av uppdrag det rör sig om.[40] Att uppdragsgivaren har relativt sett större bestämmanderätt över slutresultatet vid uppdrag än vid andra avtalssituationer följer av själva avtalstypen (jfr nedan s 332 ff om förläggarens bestämmande över förlagsprodukter). Ändå kan det antas att ju större bestämmanderätt över verket som uppdragsgivaren har, desto större ekonomiska befogenheter får han över verket och desto större är sannolikheten att han kan åberopa fel. Om verket inte överensstämmer med avtalad standard, bör emellertid inte heller någon upphovsrättslig förfoganderätt övergå till uppdragsgivaren.[41]

När det är fråga om att ge i uppdrag åt en upphovsman eller fotograf att åstadkomma en bild, bör utgångspunkten vara att det är konstnären eller fotografen som skall utföra uppdraget. Eftersom den skapande verksamheten är så speciell bör uppdragsgivaren inte ha någon obetingad skyldighet att acceptera att upphovsmannen låter någon annan utföra uppdraget. I många fall torde det ändå inte spela någon roll vem som i praktiken framställt bilden. Det betyder att det inte nödvändigtvis behöver vara ett kontraktsbrott att uppdra framställningen åt någon annan. Om så sker, blir det ändå upphovsmannen som ansvarar för att uppdraget i övrigt utförs avtalsenligt.[42]

Om inte annat följer av uppdragsavtalet, säger huvudregeln att en ren beställning av en bild inte medför en rätt att förfoga över bildrätten. Har beställarens nyttjanderätt inte uttryckligen preciserats i avtalet, bör emellertid avtalets syfte automatiskt ge beställaren viss förfoganderätt, men endast så mycket som omfattas av avtalets syfte.

En av de viktigaste uppdragsavtalstyperna på den rena bildkonstens område är utsmyckningsuppdrag. De avser vanligen offentlig utsmyckning. Att utsmyckning-

[39] Jfr op cit s 44 ff.
[40] Jfr op cit s 61 ff.
[41] Se Blomqvist, Overdragelse s 112.
[42] Jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II 2 s 43.

uppdrag inte avser annat än skapande och utförande av visst konstverk, och därmed inte någon upphovsrättslig förfoganderätt, framgår inte bara av avtalstypen som sådan utan även av de riktlinjer för formulering av kontrakt mellan uppdragsgivare och konstnär vid utsmyckningsuppdrag som utarbetats av KRO. Riktlinjerna tar upp bestridande av materialkostnader, resekostnader och andra kostnader i samband med uppdragets utförande. Det anges också att *upphovsrätten till konstverket förblir upphovsmannens.*

7.4.1 Rätt till beställd bild

I 27 § URL finns ett undantag som inskränker upphovsmannens uteslutanderätt till *beställd porträttbild.* Syftet med regeln framträder tydligt när beställaren och den på bilden avporträtterade är en och samma person, d v s när regeln avser *egen bild.* Det framstår som naturligt att den avporträtterades intressen att förfoga över bilden borde ha företräde framför upphovsmannens intresse att förfoga över bildens vidare öden. Om t ex den avporträtterade personen har beställt bilden i syfte att publicera den i en bok till vilken han själv är författare, skulle det också vara ohemult att tillåta upphovsmannen att *motsätta* sig ett sådant utnyttjande. Såsom regeln är avfattad omfattar den emellertid inte endast förfoganden över *egen bild.* Också rätten till en porträttbild som beställs av *tredje man* tillkommer beställaren. Visserligen finns då ett intresse för beställaren att använda bilden för något sammanhang som upphovsmannen inte bör kunna motsätta sig, men det kan klart ifrågasättas om inte den *avporträtterades* intressen att bestämma över utnyttjandet i de flesta fall bör väga tyngre än *beställarens* förfogandeintresse. Enligt AK var det visserligen befogat med ett skydd mot publicering av någons porträtt utan att denne lämnade sitt medgivande, men i sakens natur låg att en tillfredsställande ordning inte kunde uppnås genom en sådan schematisk reglering. AK ansåg att den enskilde i viss utsträckning måste kunna tåla att bilder av honom visades för att tillgodose vanlig nyhetsförmedling. En närmare reglering av rätten att motsätta sig kränkande publicering ansågs mer höra hemma i personlighetsrätten än i upphovsrätten.[43]

Reglerna om rätten till beställd porträttbild avser inte endast rätten att bestämma om bilden skall utnyttjas i vissa sammanhang och för vissa ändamål eller inte. De avser all rätt.[44] Såsom regeln är formulerad kan

[43] SOU 1956:25 s 479.

[44] Möjligheterna för *tredje man* att förfoga över bilden i reklamsammanhang begränsas dock av den specialstraffrättsliga *lagen om namn och bild i reklam.* (Om denna lag se vidare nedan.)

den tolkas i enlighet med vad som ansetts tidigare gälla för beställd fotografisk bild (se härom strax nedan), så att även den *ideella rätten* skulle följa med till beställaren,[45] vilket borde vara fel med hänsyn till syftet bakom bestämmelsen.

7.4.1.1 Förhållandet till lagen om namn och bild i reklam

Ett utökat skydd mot utnyttjande av en viss persons namn eller porträtt i reklamsammanhang ges i lagen (1978:800) om namn och bild i reklam. Även om den lagen fått en *straffrättslig* utformning, har den såväl *personlighetsrättsliga* som *marknadsföringsrättsliga* och *civilrättsliga* funktioner. Den gör det dels möjligt för enskilda individer att bestämma över utnyttjandet av deras personer i rent kommersiella sammanhang, dels ger den ett skydd mot utnyttjande av *goodwill*. Det är idag naturligt att den som väljer att låta sin personlighet utnyttjas för kommersiella ändamål, måste ha rätt att bestämma villkoren för det. Om en person träffat avtal med en näringsidkare om att göra reklam för en viss vara, förstörs reklamprojektet om en konkurrerande näringsidkare fritt kan utnyttja samma person i reklam för sina varor. Därmed får lagen medelbara civilrättsliga effekter, eftersom den i hög grad skapat avtalsgrund för licensiering av kända personers identitet i marknadsföring. Lagöverträdelse kan utgöra grund för skadestånd. Med hänsyn till lagens personlighetsrättsliga skyddssyfte har det ansetts finnas en svaghet i att lagen tar hänsyn endast till reklamsammanhang och lämnar andra utnyttjanden i massmedia av någons personlighet utanför det skyddade området.[46]

Lagen gäller endast rent kommersiella budskap. I förarbetena till lagen om namn och bild i reklam hänvisade lagrådet till uttalanden i motiven till MFL och fastslog att det inte fanns något hinder mot ingripande enligt annan författning än TF mot reklam av utpräglat kommersiell natur. Härmed skulle förstås att skriften skulle ha ett rent kommersiellt syfte samt rent kommersiella förhållanden till föremål.[47]

[45] Jfr Levin, Rätt till egen bild s 66 där det emellertid är den nedan beskrivna tidigare rätten till fotografiska bilder som behandlas.
[46] Se op cit s 96 ff.
[47] Prop 1978/79:2 s 72.

7.4.1.2 Den äldre regeln om beställd fotografisk bild

I 14 § 2 st FotoL fanns en särskild regel, som på visst sätt liknade den om rätten till beställd porträttbild. Även om regeln var generell och gav beställaren rätten till alla beställda fotografiska bilder, är det tydligt att den tillkommit med tanke på verksamheten i fotoateljéer som traditionellt inriktat sig på porträttfotografering åt allmänheten.[48] Idag tas de flesta beställda bilder emellertid på beställning av näringsidkare.[49]

En regel liknande den om rätten till beställd bild fanns också i 1919 års fotolag.[50] AK fann bestämmelsen omotiverad. Enligt AK borde frågan om och i vad mån beställaren skulle äga rätt att förfoga över bilden avgöras med ledning av beställningsavtalets innehåll och omständigheterna i övrigt.[51] AK förordade istället en särskild regel om att man inte utan beställarens samtycke skulle få framställa ytterligare exemplar av en fotografisk bild som utförts på beställning.[52] I propositionen, som antogs av riksdagen, föreslogs dock att beställarregeln skulle behållas.[53]

Utgångspunkten enligt den äldre beställarregeln var att det förelåg ett uppdrag. Om fotografen själv begivit sig till en viss plats och tagit bilder som sedan levererats, så ansågs det alltså inte föreligga någon beställning.[54] Vad gällde själva avtalet måste en restriktiv inställning intas till såväl avtalets faktiska förhandenvaro som till dess innehåll. Avtalet skulle avse framställning av fotografisk bild med ett visst motiv eller med ett visst slags motiv. Beställarregeln ansågs inte kunna omfatta fotografier som fotografen tagit i ett annat sammanhang. Det gällde även om de bilder som fotografen hade i sitt eget arkiv uppfyllde kraven enligt uppdraget.[55] Uppdraget kunde eljest ha en relativt obestämd avgränsning. Några utförliga eller preciserade instruktioner om motivval eller direkt regi i

[48] Jfr Magnusson som uttalade att lagrummet syntes förutsätta att beställaren inte var en professionell bildköpare. Verkligheten tedde sig emellertid annorlunda. Merparten av fotografernas inkomster härrörde från av SR, bokförläggare, bildbyråer och reklambyråer beställda arbeten. Generellt sett utgjorde porträttfotografering en obetydlig del av fotografernas inkomster. 14 § FotoL borde därför bortfalla eller i vart fall begränsas till att avse endast beställning av fotografisk porträttbild (Magnusson i NIR 1978 s 320).

[49] Jfr Løchen i NIR 1978 s 308.

[50] Se Lögdberg i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 336.

[51] SOU 1956:25 s 478.

[52] Se ibidem; jfr Lögdberg i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 336.

[53] Prop 1960:17 s 344 och 1960:LIU 41 s 88 f; jfr Lögdberg i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 336 f.

[54] Blomqvist i NIR 1984 s 167; jfr Galtung s 62.

[55] Se Blomqvist i NIR 1984 s 168.

själva fotograferingsarbetet ansågs inte vara behövliga för att presumtionsregeln skulle vara tillämplig.[56] Vad som skulle gälla för omfattningen av uppdraget i övrigt var också svårt att göra några uttalanden om. Ju vidare uppdraget var desto större blev utrymmet för olika uppfattningar om dess omfattning. En rimlig tillämpning av bestämmelsen borde ändå förutsätta att beställningen avsåg en någorlunda *specifik uppgift*, normalt knuten till visst motiv eller vissa motivkretsar.[57]

I ett danskt domstolsavgörande[58] hade en frilansfotograf fått ett uppdrag som inte var mer preciserat än att ett visst hotell skulle fotograferas. Fotografen levererade fem bilder av vilka två användes av tidningen. När tidningen vid ett senare tillfälle ånyo publicerade en av bilderna uppkom fråga om fotografen åter skulle honoreras. Enligt domstolen var det fråga om beställda bilder vilkas fotorätt i enlighet med presumtionsregeln övergått till beställaren.

Om fotografen tagit bilder vid ett tillfälle som föranletts av ett fotouppdrag, uppstod ett principiellt problem beträffande rätten till bilder som i och för sig framställts vid det tillfället, men som inte levererats. Det kunde ligga nära till hands att anta att sådana bilder inte omfattades av avtalet.[59]

I slutbetänkandet med förslag till införlivande av fotorätten i URL kritiserades beställarregeln. UU föreslog att den skulle avskaffas. En motivering för en sådan reform var att de gällande avtalen på marknaden utförligt reglerade frågan.[60] Regeln hade också kommit att utnyttjas långt utanför dess ursprungligen tänkta tillämpningsområde.[61] Beställarregeln upphävdes också i och med fotorättens integration i upphovsrätten (se allmänt om integrationen ovan 3.2.2).

[56] SOU 1990:30 s 140; jfr Løchen i NIR 1978 s 308.
[57] Rosén, Upphovsrättens avtal s 101.
[58] U 1982 s 861 (B) (Aalborg Stiftstidende); se härtill Blomqvist i NIR 1984 s 167 och Galtung s 63.
[59] Se Galtung s 63 f. Om det avtalats att upphovsmannen inte fick göra sin rätt gällande förrän viss tid hade löpt, måste enligt *Blomqvist* reglerna i 3 § AvtL om konventionell acceptfrist gälla (Blomqvist i NIR 1984 s 168).
[60] Jfr ovan och SOU 1990:30 s 139 f.
[61] Jfr prop 1993/94:109 s 29 och 1993/94:LU16 s 12 ff.

7.4.1.3 Beställd fotografisk bild enligt den nya fotorätten

Även om den äldre beställarregeln är upphävd, behöver det inte betyda att den har gått helt spårlöst förbi. Trots att det inom flera branscher endast fanns leveransbestämmelser som dikterats av den ena parten, var, såsom ovan konstaterats, ett motiv för reformen att de gällande avtalen på marknaden redan utförligt reglerade rättighetsfördelningen mellan fotograf och beställare.[62] I propositionen med förslag till fotorättens integration i upphovsrätten konstaterade regeringen att beställarna utgjordes främst av tidningar, förläggare, reklambyråer och liknande, d v s näringsidkare. Generellt sett hade beställaren därför inte längre behov av ett stärkt skydd i förhållande till fotografen. Också i de fall beställaren var en privatperson torde en beställarregels betydelse vara begränsad, eftersom fotograferna i sådana fall normalt såg till att genom avtalet förvärva de önskade rättigheterna. Visserligen kunde det medföra en viss oklarhet rörande rättsförhållandet att låta avtalstolkningen bli avgörande för frågan om hur rättigheterna skulle fördelas mellan fotografen och beställaren. Men om avseende i varje särskilt fall fästas vid denna tolkning, skulle ett materiellt sett mer tillfredsställande rättsläge i parternas förhållande uppnås än det som blev följden om alla rättigheter enligt lag tillkom beställaren.[63]

Av 1994 års reform följer att beställaren av fotografisk bild inte kan få en så vidsträckt rätt som gavs honom enligt beställarregeln. En klar följd är att det nu inte kan råda någon tvekan om att den ideella rätten stannar hos fotografen. Det kan antas att beställarens förfoganderätt trots allt sträcker sig ganska långt. Beställarregeln byggde delvis på handelsbruk. Delvis torde den också ha skapat handelsbruk, som gav beställaren en relativt stor bestämmanderätt över bildens användning. Att beställarregelns upphävande helt skulle ändra den sedvänjan till att vända presumtionen i alla lägen är tveksamt. Även om det kan antas att situationen skiljer sig väsentligt mellan skilda områden, kan det ändå tänkas att beställaren ändå i många lägen kan få en position som är starkare än vad som eljest gäller för bilduppdrag. I vart fall bör beställaren enligt övergripande upphovsrättsliga avtalsprinciper få rätten att förfoga över bilden i enlighet med de syften som han haft med beställningen (jfr ovan).

I propositionen med förslag till fotorättens integration i upphovsrätten konstaterades också att det inte var specifikt för fotograferingsuppdragen, utan också gällde i

[62] Jfr ovan och SOU 1990:30 s 139 f.
[63] Prop 1993/94:109 s 28.

fråga om uppdrag till upphovsmän, att beställaren tog initiativet till uppdraget, gav anvisningar om hur det skulle utföras och ofta skapade de praktiska och ekonomiska förutsättningar som krävdes för att det skulle kunna genomföras. De nämnda omständigheterna kunde ha betydelse å ena sidan för vilka krav beställaren vid avtalstillfället kunde ställa avseende förvärv av rätten till fotografiet och å andra sidan för tolkningen av beställningsavtalet, men de utgjorde inte tillräckliga skäl för att beställaren skulle förvärva alla rättigheter till följd av lagregeln.[64]

Som ovan antytts reglerar *BLF-avtalen* (jfr ovan s 312) även *fotouppdrag*. Beställarens förfoganderätt har emellertid enligt *BLF-avtalen* påtagligt försvagats sedan beställarregeln togs bort. Enligt avtalet får en bild, som fotografen framställer under uppdrag och levererar till beställaren, publiceras *endast en gång*. Tidigare skulle enligt avtalet alla beställda bilder tillhöra beställaren. Vid vidareförsäljning skulle fotografen dock erhålla skälig ersättning. Rätten är exklusiv såtillvida som uppdragstagaren inte utan medgivande får vidaresälja en bild som framställts under fotouppdrag förrän tidigast en månad efter det att uppdraget slutförts. Beställaren har enligt *BLF-avtalen* rätt att få se alla de bilder som fotografen framställt under ett fotouppdrag och har rätt att för publicering fritt välja bland dem.

Den gällande utgångspunkten idag borde kanske närmast uppfattas som en modifierad specifikationsprincip, där syftet med avtalet visserligen tillåts vara tolkningsdatum för att fastställa beställarens befogenhetsområde, men där bestämningen av syftet kan tolkas till förmån för beställaren. Beställarens intressen innefattar som regel alla utnyttjanden i hans näringsverksamhet, men det bör inte betyda att han bör kunna hindra fotografen att använda bilden för ändamål som är helt främmande för beställarens intressen.[65] Den avtalspraxis som utvecklats på fotografiområdet under beställarregelns tid och den doktrin som kommenterat den borde idag ändå delvis kunna vara analogt giltiga för tolkning av den alltjämt gällande bestämmelsen om rätt till beställd *porträttbild* i 27 § URL.

7.4.2 Reklamavtal

Det finns idag ett stort intresse för bilder som reklambärare (jfr ovan 3.1.2). För sådana bilder har nya avtalstyper utvecklats, där såväl bilder skapade för det aktuella reklamändamålet som redan skapade (*preexistenta*) bilder kan bli föremål för avtal. Med *reklamavtal* förstås här att en beställare, vanligen en reklambyrå, beställer ett bildverk för att använda det i reklamsammanhang. När en bild används i reklamsammanhang får den

[64] Ibidem s 28.
[65] Jfr Løchen i NIR 1978 s 308.

ofta en symbolfunktion. Reklambildens särart i detta hänseende påverkar också intressefördelningen mellan avtalsparter. Även om bilden redan är skapad blir det nya ändamålet så artskilt från det ursprungligen avsedda syftet att bilden kan framstå som ett helt nytt förfogandeobjekt. Bilden får alltså ett nytt, kommersiellt syfte och förfogandet över den regleras därför vanligen som en primär rättighet.

Beställaren får här särskilda intressen av att bilden används på visst sätt och att den inte får användas för andra, konkurrerande ändamål eller i sammanhang som kan vara till förfång för den vara som bilden i förekommande fall skall göra reklam för. Om så skedde, skulle beställaren riskera att förlora *goodwill*, samtidigt som upphovsmannen gjorde en obehörig vinst på att hans bild användes i marknadsföring av andras (eventuellt välrenommerade varor). I reklamsammanhang förefaller det därför finnas en väl utvecklad branschsedvänja att alla – eller i vart fall de flesta – förfoganderättigheter övergår till beställaren och att avvikelser från denna rätt måste avtalas särskilt.[66]

Enligt *Knoph* kunde man rent generellt kanske säga att ju mer praktiska syften som präglade verket och ju mindre utpräglat det individuellt-konstnärliga momentet var, desto lättare kunde man falla tillbaka på en mer merkantil uppfattning av vad det var man köpt och betalt för. Med t ex reklamteckningar var det regelmässigt tanken att beställaren skulle ha nytta av dem i sin verksamhet. Tecknaren kunde därför knappast protestera mot att fabrikanten använde teckningarna som affischer, även om de närmast var avsedda för cigarettpaket.[67]

1990 ingicks det redan nämnda *Reklamavtalet* mellan Sveriges Reklamförbund å ena sidan och SFF, FST och gruppen Svenska Reklamfotografer å den andra. I avtalet regleras de villkor som gäller vid en till Sveriges Reklamförbund ansluten reklambyrås beställning av konstnärliga verk[68] och fotografier. Till avtalet hör också ett standardiserat avtalsformulär, som förutsätts användas vid avtalsbildning.

Avtalet avser att fördela rättigheter och skyldigheter mellan parterna, på ett mer nyanserat sätt än vad som tidigare verkar ha gällt i branschen. Det syftar bl a till att ge upphovsmannen bättre ställning gentemot uppdragsgivaren. Huvudregeln enligt avtalet är att förfoganderätten för reklamändamål exklusivt övergår till byrån såvida inte annat avtalats. Avtalets § 4 stadgar att förfoganderätten till verket för det ändamål och i den omfattning som är avtalad övergår till byrån när fullt arvode erlagts.

[66] Jfr Blomqvist i NIR 1984 s 148.

[67] Knoph, Åndsretten s 141.

[68] Med konstnärligt verk jämställs enligt avtalet även bild som avses i 1 § 2 st URL, vilket teoretiskt sett kan ge upphov till skyddsavgränsningsproblem.

Ett undantag gäller dock för reproduktion i utställningskatalog och för upphovsmannens egna reklamsammanhang. Sådant material får inte användas i redaktionellt material utan byråns samtycke förrän två år förflutit, räknade från det att materialet publicerats eller tre år från det att materialet beställdes (§ 5).

7.4.3 Upplåtelse av kännetecknsrätt

En företeelse som på många sätt liknar bildanvändning i reklamsammanhang är när bilder används som *kännetecken* i egentlig mening. Inte bara faktum att bilden i sin kännetecknsroll får en explicit symbolfunktion bidrar till att situationen skiljer sig från vanliga reklamavtal. Här bidrar även särskilt möjligheten till dubbla immaterialrättsliga skydd (jfr ovan 3.1.3) på flera sätt till att konkurrensproblem över förfogandeobjektet i sina skilda immaterialrättsliga egenskaper kan uppstå.

Enligt kännetecknsrättsliga huvudregler erhålls ensamrätt endast inom varuslaget. Normalt skulle alltså inget hindra att upphovsmannen själv använde verket i marknadsföring av sig själv eller licensierar rätten att använda bilden som kännetecken för andra varor till någon annan. Liksom vid reklamavtal måste ett företag som har tillstånd att använda en bild emellertid ha ett intresse av att upphovsmannen inte själv hur som helst använder bilden för mer eller mindre konkurrerande ändamål. Eljest skulle näringsidkaren riskera att förlora goodwill, samtidigt som upphovsmannen gör en obehörig vinst på att hans bild används i marknadsföring av andras varor.

Ett kännetecknens huvudfunktion är enligt 1 § VML att kunna särskilja näringsidkares varor från andras (se ovan s 84). För att det skall kunna ske på ett så effektivt sätt som möjligt, är det viktigt att näringsidkaren vårdar sitt kännetecken. Näringsidkaren bör vinnlägga sig om att kännetecknet inte degenererar. Ofta kan det därför finnas ett intresse hos näringsidkaren att företa *ändringar* i kännetecknet, för att det bättre skall svara mot företagets *policy*. I ett sådant läge kan regeln i 28 § URL om rätt till oförändrad återgivning kollidera med näringsidkarens intresse att ändra kännetecknet. Regeln i 28 § gör ingen hänvisning till handelsbruk eller sedvänja.

I praktiskt hänseende förefaller det naturligt att en upphovsman som skapat en bild på uppdrag av en näringsidkare måste acceptera näringsidkarens intresse av att kunna företa ändringar i bilden för att förbättra dess förmåga att individualisera näringsidkarens varor. Om upphovs-

mannen är medveten om att bilden uteslutande är ämnad att komma till användning som kännetecken eller för andra mer praktiska eller kommersiella sammanhang, bör ett överlåtelseavtal implicera en ändringsrätt för sådana ändamål. Den av upphovsmannen åstadkomna bilden har ju i så fall inte enbart ett konstnärligt syfte, utan därtill ett *kommersiellt syfte, som upphovsmannen är medveten om.* Om upphovsmannen då vill göra ändringsrätten gällande, borde han därför särskilt förbehålla sig den. I motsats härtill bör kunna ställas situationen att näringsidkaren ber upphovsmannen om lov att få förfoga över ett *preexistent verk* – en bild som redan är skapad. I det fallet borde näringsidkaren i högre grad vara medveten om det *huvudsakligen konstnärliga syfte* som bilden tillkommit i och därmed inte få samma självskrivna rätt att ändra den.

Skillnaden mellan uppdragssituationen och den där ett preexistent verk används som kännetecken har inte minst att göra med *goodwill* som kan finnas i bilden. Om det är ett preexistent verk som någon vill utnyttja som kännetecken, kan det antas att näringsidkaren är ute efter särskilda kvaliteter i bilden. Den kan ge associationer, som redan är kända för omsättningskretsen. Genom att få utnyttja verket såsom kännetecken slipper näringsidkaren inarbeta sådana associationer. Det sker alltså ett slags *image-* eller *goodwilltransfer* från verket till näringsidkarens verksamhet.[69] Om näringsidkaren har rätt att ändra ett preexistent verk i sin egenskap av känneteckenshavare, finns risk för att ändringen kan bli till förfång för upphovsmannens goodwill.

Skillnaden mellan uppdraget och utnyttjandet av ett preexistent verk har också betydelse för upphovsmannens anspråk på att själv få utnyttja bilden. Om bilden används såsom kännetecken, är det sannolikt att upphovsmannen inte samtidigt kan förfoga över den hur som helst – i vart fall inte som kännetecken för den egna verksamheten. Upphovsmannen bör då inte få någon obetingad rätt till det mervärde som verket genererar såsom kännetecken. Det finns anledning att återkomma till dessa frågor nedan i avdelningen om *merchandising*, där huvudregeln är att preexistenta verk utnyttjas för artskilda ändamål.

Det finns också en rent känneteckensrättslig begränsning av möjligheterna att använda annans namn eller bild. Enligt 14 § 1 st 4 VML får ett varumärke inte registreras om det innehåller eller består av något som är ägnat att uppfattas bl a som annans konstnärsnam eller annans porträtt, där namnet eller porträttet uppenbarligen inte åsyftar någon sedan länge avliden. Något motsvarande registreringsförbud fanns inte i 1884 års varumärkeslag, men i doktrinen ansågs det att de allmänna reglerna om förbud att registrera annans namn eller firma analogiskt kunde tilläm-

[69] Se om företeelsen *imagetransfer* Mayer/Mayer, Imagetransfer.

pas på porträtt. Enligt *Eberstein* var en personbild ett betydelsefullt individualiseringsmedel.[70] En näringsidkare skulle därför inte ha rätt att avbilda t ex en inom politik eller konst bemärkt person. Även om det inte förelåg någon risk för förväxling, kunde den avbildade känna sig förfördelad av att hans bild på det sättet användes i reklamsyfte.[71] De här nämnda reglerna berör emellertid endast inskränkningar i *registeringsmöjligheterna*. De berör alltså inte direkt inarbetningsskyddet.

7.5 Merchandising

Bildens möjlighet att fungera som symbol, främst i avsättningsfrämjande sammanhang, har givit upphov till en egen avtalstyp, kallad *merchandising*. Vid merchandising utnyttjas ett föremål för marknadsföring – inte av sig självt – utan för något annat. Det är också tydligt hur merchandising som fenomen har uppstått som en effekt av förbättrad medieteknik. Merchandising började i organiserad form i 1930-talets USA där en av de anställda på *Walt Disney Studios* bildade en särskild avdelning som specialiserade sig på sekundära utnyttjanden av figurer som *Musse Pigg* och *Kalle Anka*. Redan tidigare hade man emellertid kunnat konstatera de positiva effekterna av att individualisera varor med hjälp av figurer.[72] *Merchandising* som rättsligt begrepp utvecklades emellertid inte förrän i början av 1960-talet när karaktäristiska element från TV-serier licensierades för avsättningsfrämjande syften.[73] På senare tid har fenomenet tilldragit sig ökad uppmärksamhet. Från immaterialrättslig synpunkt har merchandising visat sig komplicerad, främst genom att olika immaterialrättigheter kan utnyttjas under samma grundläggande avtalstak.[74] I beroende av merchandiseobjektets egenskaper och avtalets syften kan avtalsinnehållet i övrigt emellertid skifta högst betydligt. Avtalsobjektet kan vara en känd figur, ett kännetecken, ett alster av bildkonst eller ett fotografi.[75] Den sammanhållande gemensamma nämnaren för det till synes heterogena avtalsobjektet för merchandising är *goodwill*. Det är den goodwill som finns i avtalsobjektet som utnyttjas för att bära fram en ny företeelse, som således blir avtalsobjekt i egentlig mening. (Av systematiska skäl avses emellertid här med *avtalsobjekt* genomgående det licensierade, enligt

[70] Eberstein, Om skydd för individualiteten s 44.
[71] Op cit s 46 f.
[72] Ginsburg i RIDA 163/1995 s 3; Jfr WO/INF/93 s 8 f; jfr Ruijsenaars i Urhebervertragsrecht s 600.
[73] Jfr Ruijsenaars i Urhebervertragsrecht s 599.
[74] Op cit s 599 f.
[75] Jfr op cit s 599.

huvudregeln *immaterialrättsligt skyddade* objektet och alltså inte dess goodwill).[76]

Inom immaterialrätten är det endast på kännetecknsområdet som *goodwill* i sig kan vara skyddsobjekt (6 § 2 st VML och 6 § 2 st FirmaL). Det hindrar emellertid inte att andra immaterialrätter, såsom upphovsrätt, kan ge ett medelbart skydd för goodwill, när den innesluts i lagens skyddsföremål. Otillbörligt utnyttjande av goodwill kan också åtkommas med regler utanför immaterialrätten, såsom marknadsföringslagstiftningen och lagstiftningen om namn och bild i reklam.

Genom merchandisingavtalet får merchandisetagaren rätt att framställa och vanligen också marknadsföra varor som på skilda sätt rymmer ett skyddat objekt. Merchandisetagaren kan antingen verka i merchandisegivarens eller i eget namn. Avtalet är vanligen tidsbegränsat och merchandisetagaren får under avtalstiden en exklusiv rätt att använda merchandiseföremålet för det avsedda ändamålet.

Även om merchandising på skilda sätt har likheter med bildleveransavtal, uppdragsavtal och avtal om överlåtelse av kännetecknsrätt, finns det mycket som skiljer dem åt. Merchandisingavtalet har den likheten med kännetecknsavtalet att bilden genom avtalet ges symbolfunktion. Också en reklambild kan tillkomma för att få symbolisera – men lika gärna också avbilda – den vara som skall avsättas. Merchandisingavtalet har det gemensamt med bildleveransavtalet att avtalsobjektet vanligen är preexistent. Det är alltså fråga om ett sekundärt utnyttjande i vidare mening,[77] vilket naturligtvis också kan vara fallet när det gäller utnyttjande av en bild som kännetecken (jfr ovan). Man kan dock tänka sig att figurer ursprungligen skapas för ett kommersiellt eller annat medialt sammanhang, t ex en *maskot* till ett olympiskt spel eller en *panda* som symbol för *Världsnaturfonden*.[78]

Genom merchandisingavtalet ges merchandisetagaren rätten att framställa exemplar av t ex upphovsrättsligt skyddade alster av bildkonst för ett visst, vanligen kommersiellt, ändamål. På sätt och vis kan man kanske säga att avtalet antingen skapar ett nytt slags skyddsföremål för ett objekt, som tidigare inte haft kännetecknsegenskap eller utvidgar ett kännetecken till att symbolisera något nytt. Avtalets väsen blir därför vanligen ett slags blandning av upphovs- och kännetecknslicensavtal.[79] Det ger merchandising fördelar från kännetecknssynpunkt genom att det

[76] Jfr Bjelke i NIR 1992 s 654.
[77] Jfr op cit s 600 och Bjelke i NIR 1992 s 654.
[78] WO/INF/93 s 5; jfr Ruijsenaars i Urhebervertragsrecht s 601.
[79] Jfr Ruijsenaars i Urhebervertragsrecht s 603 f.

som regel inte kan ifrågasättas att objektet har symbolfunktion. Då kan symbolen registreras som kännetecken och skyddsfrågan bli löst den vägen. Dessutom har kännetecknet fördelen av att kunna åtnjuta ett i tiden obegränsat registreringsskydd så länge registreringen upprätthålls.

Något som skiljer merchandisingavtalet från många reklamavtal och andra kommersiella uppdragsavtal, är faktum att ursprunget skall vara synligt. Varan skall vanligen ge sken av att kommersiellt härröra från merchandisegivaren. En effekt av merchandisingavtalet skall vara att även avsättningen för merchandisegivarens egna varor ökar.[80] Det medför att styrkeförhållandet mellan avtalsparterna i merchandisingavtalet skiljer sig från uppdrags- och bildleveransavtal. Medan det vid uppdrag och leverans vanligen är beställaren/uppdragsgivaren som är den starkare parten, intar merchandisegivaren vanligen den starkare ställningen. Det är ju den goodwill som finns i hans produkter som är åtråvärd, vilket ger honom relativt stora möjligheter att diktera avtalsvillkoren.

Från bildsynpunkt blir merchandising intressant, dels när rena konstobjekt utnyttjas som motiv eller mönster, t ex på bruksföremål, dels i form av s k *character merchandising*, som avser licensiering av verkliga eller fiktiva figurer. Även om avtalstypen funnits i modern form sedan 1930-talet, så har merchandising av *bildkonstverk* i egentlig mening kommit att utvecklats först under senare år.[81] Vad gäller den rena bildkonsten finns idag allt fler uttryck av merchandising eller merchandiseliknande förfaranden, där kända konstnärers verk får tjäna som reklambärare för allsköns varor eller tjänster. Ibland utnyttjas kända konstnärers verk i regelrätta merchandisingavtal, t ex när pussel eller slipsar förses med kända konstverk som motiv,[82] men det förekommer också att delar av motiv eller manér efterbildas. Ett exempel på det förra är *Dalís* mjuka klockor. Ett exempel på det senare är *Mondrians* karakterisktiska rutmönster. En annan typ av objekt som kan ifrågakomma är paraplyer mönstrade med *Magrittes* himmel och moln. Mattor med motiv av kända konstnärer, såsom *Miró*, *Dalí* och *Mondrian* har utvecklats till en hel industri. Naturligtvis kan vykort och affischer också räknas hit, men sådan produktion och distribution hör ändå närmast till traditionell förlagsutgivning (se mer härom under följande rubrik).

Character merchandising innebär ett sekundärt utnyttjande av en fiktiv karaktär eller figur eller av en verklig person i marknadsföring av andra varor eller tjänster. Oftast är det figurer från underhållningsvärlden som är

[80] Jfr op cit s 602 f.
[81] Ginsburg i RIDA 163/1995 s 3.
[82] Op cit s 7.

intressanta att utnyttja. Det kan också tänkas att litterära eller verkliga kulturpersonligheter kan vinna så stor uppmärksamhet att det finns intresse av att använda dem i marknadsföring.

Från bildrättssynpunkt är det av väsentlig betydelse om det licensierade objektet är en fiktiv eller en verklig person (jfr ovan 3.1.4). Som regel kommer fiktiva karaktärer oftare till konstnärligt uttryck än verkliga. Fiktiva karaktärer som kan bli föremål för merchandising kan vara av olika slag. De kan vara personer i litterära verk eller filmverk. De kan vidare vara tecknade seriefigurer eller figurer från andra konstnärliga bildverk. När det gäller filmfigurer har de emellertid ofta sitt ursprung i litterära verk som sedan har filmatiserats.[83]

Avtalsobjektets skyddsvärdighet är beroende inte bara av om det är en fiktiv eller verklig figur som utnyttjas, utan även av det medium som den kan vara upptagen på. När det gäller fiktiva figurer är tecknade seriefigurer fortfarande det centrala merchandiseobjektet. Möjligheterna att definiera ett fungerande avtalsobjekt på området är beroende av om skyddet för seriefiguren kan fastställas. Så länge det rör sig om en grafiskt uttryckt seriefigur, torde den upphovsrättsliga skyddsvärdigheten sällan skapa problem (jfr ovan 3.1.4). Tecknade filmfigurer har också visat sig attraktiva som merchandiseobjekt. Inte minst har utvecklingen av spelprogram (jfr härom ovan 3.6.2.5) medfört att kända tecknade seriefigurer blivit intressanta att licensiera till spelprogramsproducenter.[84]

Är det fråga om en litterär figur, kan något skydd för den inte ges *per se* (jfr ovan 3.1.4). Men om det är en rollfigur i en film eller en verklig människa som skall bli föremål för utnyttjande, så kan *fotorätten* eller rätten till en *konstnärlig avbildning* av personen eller figuren eller *filmrätten* i förekommande fall duga som avtalsobjekt. Skyddet blir dock bräckligt, eftersom annans efterbildning av personen lätt kan komma att ligga utanför skyddsomfånget för vad som skyddas av bilden eller filmen. Det är med andra ord lätt att göra en oskyddad *look-alike*. Slutligen skyddas ändå levande personer genom lagen om namn och bild i reklam (jfr ovan 7.4.1.1).

[83] Jfr WO/INF/93 s 6.

[84] Jfr Ruijsenaars i Urhebervertragsrecht s 600 ff.

7.6 Förlagsavtal

Under lång tid har grafiska tekniker såsom kopparstick, xylografi, litografi, linoleumsnitt m m varit reellt intressanta vägar att åstadkomma bildexemplar. Sådana bildframställningstekniker har utvecklats till en möjlighet att tillgängliggöra god konst på ett billigt sätt. Konstnären har producerat en begränsad, signerad upplaga och sedan förstört förlagan. Med sådana traditionella reproduktionsmetoder har bildexemplaren försämrats ju fler exemplar som framställs. Sedermera har allt mer avancerade tryckteknikер kunnat utnyttjas för att återge bilder. Det har medfört att konstnären kunnat reproducera och signera större upplagor av verk som åstadkommits med mer eller mindre industriella metoder.[85]

Förlagsavtal kan avse såväl ett *primärt* som ett *sekundärt* utnyttjande av verket. Som primär rättighet reglerar avtalet rätten att framställa originalgrafik eller motsvarande och som sekundär rättighet får förläggaren rätten att ge ut t ex en konstbok eller trycka affischer.[86] När avtalet avser ett sådant sekundärt utnyttjande närmar det sig merchandising (jfr strax ovan). Vanligen är det ett existerande verk som förläggs,[87] men det förekommer att förlaget tar initiativet och ger ett *uppdrag* åt upphovsmannen att skapa ett verk (jfr t ex nedan det s k FST-avtalet).[88]

Sekundära förlagsrättigheter tillhandahålls inte sällan kollektivt av en upphovsmannaorganisation. Så sker t ex enligt det avtal som BUS har träffat med Statens Konstmuseer (SKM) angående museernas rätt att utnyttja bilder i SKMs verksamhet, vilkas upphovsmän representeras av BUS, t ex för katalog- eller bokutgivning, vykorts- och affischutgivning och annan exemplarframställning (se om avtalet vidare nedan s 347 f).

1919 års lagar innehöll inte regler om konstförlag. Det är, med hänsyn till karaktären hos 1919 års konstnärslag, inte heller särskilt förvånande. AK motiverade utvidgningen i 1960 års lag till att omfatta även konstnärliga verk med att även alster av bildkonst mångfaldigades och utgavs under

[85] Jfr Ohly i Urhebervertragsrecht s 449.

[86] Jfr Schneider, Das Recht des Kunstverlags s 22 och Ohly i Urhebervertragsrecht s 447.

[87] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 39.

[88] Se SOU 1956:25 s 310. I doktrinen har ansetts att ett sådant avtal skall ses delat så att det är först när verket föreligger som förlagsavtalet kan bli giltigt (se Jacobsen, Forlagsretten s 79). Uppfattningen har dock kritiserats av Ross (Juristen 1952 s 78; jfr Blomqvist, Overdragelse s 110).

former som var likartade dem som förekom vid utgivningen av litterära och musikaliska verk.[89]

Trots att förlag förekommer både på litteraturområdet och på konstområdet, är det för litterära och musikaliska verk som förlagsavtalet har sin fundamentala betydelse. Det torde dessutom vara traditionell bokutgivning som stått i fokus för lagstiftarens reglering av förlagsavtal.[90] Grunden för alla förlagsavtal är ändå att upphovsmannen uppdrar åt förläggaren att mot betalning mångfaldiga och ge ut exemplar av verket (31 § URL).

I den nya DURL har lagstiftaren valt att helt ta bort regler om förlagsavtal. Den danska upphovsrättsutredningen anförde att lagens regler om förlagsavtal, som byggde på ett tidigare standardavtal, blivit föråldrade. Det ansågs inte rimligt att bygga lagen på standardavtal, eftersom de ställde parterna i en vansklig situation när avtalet sedan ändrades, vilket inträffat 1987. När det förelåg standardavtal, ansågs det också olyckligt att genomföra lagstiftning med annat innehåll än avtalets. Det borde under sådana omständigheter inte vara möjligt för någon part att genom lagstiftning få till stånd vad som inte kunnat uppnås vid förhandlingsbordet.[91]

Konstförlag kan i praktiken komma ifråga endast för grafiska återgivningar av verket. *Grafisk* måste dock förstås i sin vidaste betydelse, innefattande grafiska förfaranden, fotografi och annan reprografi.[92] Enligt 31 § URL förutsätter förlagsavtalet viss teknik: *tryck eller liknande förfarande.*[93] Förlagsavtal kan med lagens utgångspunkter därför i princip avse endast *avbildning* av verk, d v s att verket återges i planet. I lagen anges emellertid *mångfaldigande* som förlagsavtalets exemplarframställningstyp, vilket indikerar att mångfaldigande är en kvalificerad form av avbildning (jfr om begreppen *avbildning* och *mångfaldigande* ovan 5.4.1). Typiska exempel var avtal om utgivning av litterära verk i bokform och utgivning av musikaliska verk i nottryck samt avtal om utgivning av konstverk i reproduktionstryck. Överlåtelseavtal av annat slag borde inte behandlas inom förlagsrätten.[94] Enligt AK kunde till tryck inte höra stencilering eller mångfaldigande genom fotografi eller ljuskopiering.[95] Det har *Olsson* tolkat så att stadgandet enligt sin bokstav inte kan omfatta mångfaldigande av verk på CD-ROM, eftersom en sådan reproduktion inte kunde avses

[89] SOU 1956:25 s 309.
[90] Jfr Lund, Billedkunsten s 236.
[91] Bet nr 1197/1990 s 45; jfr härtill Bjelke i NIR 1992 s 653.
[92] Jfr Lund, Billedkunsten s 236.
[93] SOU 1956:25 s 309.
[94] Ibidem.
[95] Ibidem.

falla inom begreppet tryck.[96] En så snäv och av föråldrad teknik präglad uppfattning torde dock inte vara förenlig med lagens syfte. Vad som omfattas av förlag måste istället ses *funktionellt* till vad som de facto kommer ut som förlagsprodukter och vad som i nya media direkt ersätter traditionella förlagsprodukter.[97]

Om en författare redan har givit ut ett verk på ett förlag kan det enligt vad som ovan antagits falla inom ramen för förlagsavtalet att en utgivning på CD-ROM kan komma att omfattas av förlagsavtalet, i vart fall på det sättet att upphovsmannens egen utgivning i CD-ROM-format skulle konkurrera med traditionell förlagsutgivning. Om en sekundär utgivning av ett bildverk på CD-ROM skulle ha annat syfte, t ex i egenskap av antologi eller uppslagsverk eller för att belysa något annat än vad som omfattas av en ursprunglig analog utgivning, kan dock antas att sådan konkurrens inte föreligger.

Enligt 32 § URL har förläggaren rätt att utge verket i en upplaga som inte får överstiga 200 exemplar.[98] Med upplaga skall förstås vad förläggaren på en gång låter framställa. I 33 § återfinns en central regel som säger att förläggaren är *förpliktad* att ge ut verket.[99] Det skall dessutom ske inom skälig tid. Till förläggarens huvudförpliktelse hör också att på sedvanligt sätt sörja för verkets spridning samt fullfölja utgivningen i den omfattning som betingas av möjligheterna till avsättning och övriga omständigheter. Om förläggaren försummar sina förpliktelser, får upphovsmannen häva avtalet och därvid behålla uppburet honorar. Han har också rätt till skadestånd för den skada som han lidit och som inte täcks av honoraret. Om verket inte ges ut inom två år från det att upphovsmannen avlämnat det original som skall mångfaldigas, får han enligt 34 § URL häva avtalet. Detsamma gäller om verket är utgånget och förläggaren har rätt att utge ny upplaga men inte utnyttjar sin rätt inom ett år efter det att upphovsmannen begärt utgivning.

[96] Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 212.

[97] Helt utanför förlagsrätten låg enligt AK återgivning av konstverk genom avgjutning eller annat plastiskt utförande (SOU 1956:25 s 309); jfr dock att man i t ex tysk rätt inte stått främmande för att under konstförlagsavtal inordna även framställning i tredimensionell form genom avgjutning; jfr härtill Bryde Andersen som inte verkar ställa sig främmande för att låta utgivning av CD-ROM falla inom förlagsavtalsområdet (Praktisk aftaleret s 671).

[98] Motsvarande för litterära verk är 2 000 och för musikaliskt verk gäller 1 000. T o m AK konstaterade att de valda siffrorna var i viss mån godtyckliga och att det med hänsyn till de från fall till fall skiftande förhållandena på området inte kunde fastslås några för upplagans storlek faktiskt brukliga normalsiffror (SOU 1956:25 s 313).

[99] Se Jacobsen, Forlagsretten s 126 ff; Saxén, Förlagsavtalet s 147 ff; jfr Knoph, Åndsretten s 142.

Förläggaren är skyldig att tillställa upphovsmannen intyg om antalet framställda exemplar från tryckeriet eller den som eljest mångfaldigar verket. Även eljest får upphovsmannen efter redovisningsfristens utgång erhålla uppgift om restupplagan om han begär det (35 § URL). Om framställning av en ny upplaga påbörjas senare än ett år efter det att föregående upplaga utgavs, skall upphovsmannen enligt 36 § URL före framställningen ges tillfälle att göra sådana ändringar i verket, som kan vidtas utan oskälig kostnad och utan att ändra verkets karaktär. Eftersom avtalet är exklusivt, har han enligt 37 § URL inte rätt att på nytt ge ut verket i den form och på det sätt som avses i avtalet, förrän den eller de upplagor som omfattas av avtalet blivit slutsålda. Det betyder att förlagsavtalet är exklusivt. Avtalets exklusivitet bör emellertid inte tolkas alltför strängt. Ett avtal som avser produktion av t ex affischer bör inte kunna hindra upphovsmannen att ge åt annan rätten att ge ut hans verk i ett annat medium, t ex på bildband.[100] Enligt *Lund* fick man acceptera att förläggaren i viss utsträckckning hade rätt att ingripa mot handlingar från överlåtarens sida som verkade direkt konkurrerande med de förvärvade befogenheterna.[101] Ytterst blir även exklusivitetens gränser en fråga om avtalstolkning där en rad olika faktorer kan spela in.[102]

I praktiken uppvisar bildförlagsområdet en högst varierande flora av exemplarframställningstyper. Det säger sig självt att förutsättningarna skiftar mellan avtal som avser utgivning av t ex originalgrafik, affischer, vykort och konstböcker. Det är uppenbart redan vid en flyktig blick på lagens bestämmelser om konstförlag att reglerna sällan kan användas i ograverat skick på ett enskilt avtal. Reglerna nästintill uppfordrar till standardavtalsbildning för skilda förlagsavtalstyper.

På bildområdet kan nämnas de ramavtal för förlagsavtal som FST har ingått angående bilder och illustrationer vid bokutgivning. Ett avtal är träffat med Svenska Förläggareföreningen. Ett annat är tecknat med Litteraturfrämjandet. Förläggareavtalet gäller illustrationsuppdrag avseende illustrerade skönlitterära verk. Litteraturfrämjandets avtal gäller utnyttjande av illustrationer i bokverk, utgivna i enlighet med riktlinjer som riksdagen anvisat för massmarknadsutgivning. Avtalen har alltså blandad karaktär. De är såväl uppdragsavtal som förlagsavtal. Enligt avtalet upplåter illustratören rätten till förläggaren att i bokform på svenska förlägga angivet antal illustrationer. Alla andra rättigheter behåller illustratören (§ 2). Det är förläggaren som bestämmer antal upplagor och upplagornas storlek (§ 3). Avtalet skall gälla så länge utgivning pågår eller maximalt till utgången av femte året efter tryckningen.

[100] Se närmare om exklusivitetens gränser vid förlag SOU 1956:1956:25 s 325 ff.
[101] Lund, Billedkunsten s 244; jfr SOU 1956:25 s 325 f.
[102] Se härom utförligt Strömholm, La concurrence entre l'auteur d'une œuvre de l'esprit et le cessionarire d'un droit d'exploitation s 54 ff och s 117 ff.

Därefter kan avtalet förlängas ytterligare fem år (§ 5). Förläggaren får inte överlåta förlagsrätten utan illustratörens medgivande annat än i samband med överlåtelse av hela rörelsen (jfr 28 § URL). Illustrationerna skall enligt avtalet återges med största möjliga hänsyn till originalets utförande. Om illustratören önskar lämna synpunkter på den grafiska återgivningen, skall det ske vid avlämnandet av reproduktionsunderlaget.

7.7 Enstaka exemplar för enskilt bruk

Som angivits ovan (s 220) är det enligt huvudregeln i 12 § URL tillåtet att låta *annan* framställa enstaka exemplar för ens enskilda bruk. Eftersom rätten att efterbilda konstverk, brukskonstalster, alster av byggnadskonst och att framställa exemplar av filmverk väsentligen är undantagen, kvarstår för bildrättens del här i princip endast möjligheten att låta annan framställa fotografi eller att medelst fotografisk, reprografisk eller annan efterbildningsteknik framställa exemplar av bildkonst eller fotografisk bild. Något hinder mot att låta annan *yrkesmässigt* framställa exemplar finns inte. Även om avtalet tekniskt sett bör inordnas under kategorin uppdragsavtal eller beställningsavtal,[103] kan det ses som en specialform av förlagsavtal. Det är ju de förfoganden som upphovsmannen eljest kunnat utnyttja genom förlag, som härigenom ges åt tredje man.

Rättsligt sett kan det i många fall vara oklart om det är beställaren eller uppdragstagaren som betraktas som framställare. Enligt AK var det beställaren och det var han som skulle bära ansvaret för att framställningen var tillåten.[104]

Jag ställer mig emellertid tvekande till en sådan huvudregel. Eftersom upphovsrättsintrång i princip är förenat med straffansvar, bör det vara den som företar handlingen – exemplarframställning – som kan fällas till straffansvar för upphovsrättsintrång. Situationen kompliceras av att den som framställer exemplaren ofta torde sakna uppsåt. Samtidigt kan väckas fråga om beställarens medgärningsmannaskap och ansvar för förberedelse. Problemet förtjänar kanske inte någon närmare utredning i denna framställning.

När fråga var om exemplarframställning enligt 12 § URL, skulle framställningens tillåtlighet enligt AK besvaras med hänsyn till beställningens syfte och övriga förhållanden hos honom. En beställning kunde inte föreligga, om den som framställt exemplaren endast förmodat att någon

[103] Jfr Schønning i NIR 1991 s 354.
[104] SOU 1956:25 s 183.

annan sedermera ville överta exemplaren. Det gällde inte ens om denna förmodan senare skulle komma att visa sig riktig. En skrivbyrå fick t ex inte stencilera en föreläsningsserie och hålla de framställda avskrifterna i lager för studenter som sedermera beställde sådana hos byrån.[105]

Var gränsen mellan beställning och egen verksamhet går vid utnyttjande av kopiatorer har varit föremål för överväganden i nordiska lagmotiv. NUK fann att det knappast var rimligt att, när det gällde kopiatorer som ställdes till allmänhetens disposition, ha olika regler för om den som önskade en kopia stoppade in ett mynt och själv tryckte på en knapp och de fall då någon av apparatägarens personal uppbar betalning och betjänade kopiatorn.[106] Frågan har också behandlats av de nordiska upphovsrättsutredningarna, som i flera betänkanden ansett att utnyttjande av en allmänt tillgänglig kopiator skulle innebära att exemplarframställningen skett med utomståendes medverkan.[107] Även om framställningen i så fall kan anses ha skett genom utomstående, bör det enligt min mening visserligen föreligga ett konkludent avtal om rätt att nyttja kopiatorn men knappast något *exemplarframställningsavtal.*

7.8 Filmavtal

Det finns vanligen många medupphovsmän till ett filmverk – manusförfattare, arkitekter, dekoratörer, regissör, kompositör m fl. Filmavtal innefattar som regel därför en mängd olika avtalsrelationer men samlar vanligen, inte bara skilda upphovsrätter, utan även närstående rättigheter på en hand – producentens.[108] Upphovsrättslagstiftningen innehåller vissa regler som syftar till att förenkla handhavandet av alla dessa rättigheter. Producenten kan enligt 46 § URL hindra obehörig exemplarframställning. 46 § URL reglerar endast producentens rätt. *In dubio* erhåller producenten ett skydd för filmverket i dess kompletta form. En tolkning av producenträttens ändamål i 46 § URL torde dock ge skäl att anta att rätten inte gärna kan tillämpas på verk där film eller rörliga bilder ingår som endast en marginell komponent i ett annat verk, t ex i ett datorprogram eller kanske i ett videokonstverk. Den måste primärt gälla för filmverk i egentlig mening (jfr ovan 5.8).

På sina håll utomlands förekommer rättsfiguren *cessio legis* som innebär att upphovsrätten genom lag övergår till någon annan. I Sverige har man

[105] Ibidem.
[106] NU 1973:21 s 79.
[107] Se härom SOU 1990:30 s 219 ff; jfr Schønning i NIR 1991 s 354 f.
[108] Rosén, Upphovsrättens avtal s 118.

försökt lösa denna situation genom 39 § URL. 39 § URL (39 § FURL och NURL och § 58 DURL) säger att den som överlåtit rätten till ett litterärt eller ett konstnärligt verk för filminspelning, skall anses ha överlåtit även rätten till tillgängliggörande för allmänheten, t ex genom framförande eller på andra sätt.[109] Regleringen av filmavtal är inte helt densamma enligt de nordiska ländernas lagar, men återgår alla på art 14 bis 2 BK.[110] Endast den danska bestämmelsen medger uttryckligen rätt att framställa exemplar. Som regel är emellertid exemplarframställning en nödvändighet för att filmen skall kunna framföras.[111] Den danska bestämmelsen inbegriper alla upphovsrätter utom den till musikaliska verk.

Uthyrnings- och utlåningsdirektivets art 2.6 ger möjlighet att föreskriva att upphovsmannens uthyrningsrätt skall presumeras ha övergått till filmproducenten när upphovsmannen har träffat avtal om en filmproduktion med denne.[112] I Sverige är rätten att nyttja ett filmverk i första hand beroende av de avtal som ligger till grund för en filminspelning. Om avtal inte har träffats som reglerar hur filmverket får nyttjas, kan presumtionsregeln i 39 § upphovsrättslagen om filmavtal bli tillämplig.[113] Det skulle enligt depch ge stöd för att behålla presumtionsregeln i 39 § URL oförändrad vid införlivandet av uthyrnings- och utlåningsdirektivet med URL. Det fanns inte något som motiverade – såsom hade föreslagits från några remissinstanser – att bestämmelsen upphävdes eller inskränktes. Någon lagändring gjordes således inte.[114]

Även om 39 § URL uttryckligen gäller såväl litterära som konstnärliga verk är det lätt att inse att det inte är alster av bildkonst som bestämmelsen direkt tar sikte på utan litterära och dramatiska verk.[115] AK konstaterade dock att regeln skulle tolkas i vidsträckt mening och därmed täcka varje avtal varigenom ett filmföretag försäkrade sig om rätten att utnyttja ett verk för film, således även inslag av musik eller andra arter av

[109] Se Rosén, Upphovsrättens avtal s 124.

[110] Jfr Karnell i NIR 1982 s 289; Rosén, Upphovsrättens avtal s 124 f.

[111] Jfr 1960:17 s 209; jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 226 och Rosén, Upphovsrättens avtal s 126.

[112] Reinbothe/Lewinski s 61 f.

[113] Enligt 39 § gäller att överlåtelse av rätt till inspelning av ett litterärt eller konstnärligt verk på film omfattar rätt att genom filmen på biograf, i TV eller annorledes göra verket tillgängligt för allmänheten. Bestämmelsen omfattar inte musikaliska verk (Prop 1994/95:58 s 26).

[114] Prop 1994/95:58 s 26.

[115] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 40.

konst.[116] Presumtionsregeln får ändå på flera sätt betydelse från bildkonstsynpunkt. För det första kan filmen i sig vara tecknad och således bestå av sekvenser av alster av bildkonst. För det andra kan en redan existerande bild i sig avbildas genom filmning. Också sådana företeelser som scenkulisser och ljussättning kan få betydelse från bildsynpunkt (jfr ovan 3.4.2-3). Den danska bestämmelsen talar om avtal om att *medverka vid filminspelning* och bör därmed avse bl a även kameramäns och ljussättares insatser. Såsom regeln är avfattad i övriga nordiska länder tar den emellertid inte sikte enbart på det skydd som uppstår genom själva filmningen, t ex att skilda filmbilder skyddas som fotografiska verk, alternativt fotografiska bilder, utan även på andra preexistenta verk. Enligt den svenska lagens nuvarande lydelse gäller presumtionen även rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten i biograf, i TV eller genom överföring på annat sätt.[117] I § 58 DURL nämns inte rätten att visa verket i TV.

Att den ändå gäller framförande i TV har fastslagits genom en dom i den danska Højesteret.[118] Målet gällde en författare som 1952 överlåtit filmrättigheterna i Danmark en gång för alla. När filmen visades i dansk TV 1971 gjorde författaren anspråk på ersättning. Domstolen fann visserligen att regeln inte var tillämplig, eftersom lagen inte gällde vid tiden för överlåtelsen, men å andra sidan kunde domstolen inte finna att regeln skulle ha haft motsatt innehåll före lagens ikraftträdande.

Trots att lagen anger *film*, torde bestämmelsen idag inte kunna tolkas annorlunda än att ordet *film* i förekommande fall innefattar upptagning på videogram. Däremot omfattas knappast utgivning och spridning av videogram.[119]

En förvärvad filmrättighet skall enligt 40 § URL utnyttjas inom 5 år. Rätten gäller enligt lagtextens lydelse emellertid endast utnyttjande av ett *litterärt eller musikaliskt* verk. Om inspelningen inte gjorts inom fem år har upphovsmannen rätt att säga upp avtalet och behålla honoraret. Den avser alltså inte konstnärliga verk och därmed inte alster av bildkonst. Det innebär samtidigt att sceneri och dräkter inte heller omfattas av regeln om inspelningsplikt i 40 § URL.[120]

[116] SOU 1956:25 s 332; jfr prop 1973:15 s 97 f där det talas om filmning av *preexistenta* verk utan att närmare ange karaktären eller innehållet hos dem; jfr också prop 1960:17 s 210.

[117] Se prop 1973:15 s 53; jfr Karnell i NIR 1982 s 291; Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 226 och Rosén, Upphovsrättens avtal s 124.

[118] U 1974 s 167 (Soya); jfr härtill Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s 638.

[119] Se Karnell i NIR 1982 s 289 ff; jfr uttalandena i Bet 1197/1990 s 58.

[120] Jfr DsJu 1985:7 s 49 angående 22 d § URL; jfr Bet 1197/1990 s 59.

7.9 Kollektiv rättighetsförvaltning

I Norden präglas upphovsrätten kanske mer än annorstädes av upphovsmannaorganisationerna och deras starka ställning. Upphovsmannen har i många fall blivit beroende av sina organisationers insatser, t ex när det gällt överläggningar med utnyttjarsidan om ram- och standardavtal för skilda slags utnyttjanden av verk.[121] Ibland är det en organisation som företräder upphovsmannen inför utnyttjaren. Ibland är organisationen upphovsmannens motpart.[122] Bland de organisationer som har betydelse för den upphovsrättsliga avtalsmarknadens funktion, kan man främst skilja mellan å ena sidan upphovsmännens *fackliga organisationer* och å andra sidan organisationer som förvaltar upphovsmännens rättigheter.[123] Av det förra slaget är KRO, BLF, SFF och KIF. Av det senare slaget är BUS ett bra exempel från bildområdet. Sådana organisationer avtalar för medlemmarna som kollektiv om rätten att utnyttja den enskilde upphovsmannens verk. Internationellt används uttrycket *Collective Management Organization* eller *Collective Administration Organization* (CAO) för att skilja denna typ av intresseorganisation från organisationer som har annan verksamhet. Benämningen *Collecting Society* avser organisationer som inkasserar ersättningar åt upphovsmännen för utnyttjanden av deras verk. *Förvaltningsorganisation* är den term som används nedan. För organisationernas verksamhet används uttrycket *kollektiv förvaltning.*

Den kollektiva förvaltningen möttes ursprungligen med skepsis. Det antogs bl a att de administrativa kostnaderna skulle vara för höga i förhållande till de inkrävda ersättningarna.[124] Senare har inställningen ändrats. Det har inte bara haft att göra med förbättrade administrativa rutiner, utan även med att det visat sig vara det i praktiken bästa sättet för upphovsmannen att bevaka sina ekonomiska rättigheter vid sekundära utnyttjanden av deras verk. *Bergström* konstaterade att det fanns en skillnad mellan ensamrätter som lämpade sig och sådana som inte lämpade sig för utövning av upphovsmannen själv.[125] Ofta kan upphovsmannen inte alls göra sin rätt gällande mot varje utnyttjare.[126] Det har t o m hävdats att kollektiv för-

[121] Jfr Lund Christiansen i NIR 1978 s 281 f.
[122] Se Immaterialrätt s 59.
[123] Jfr Lund Chrisitansen i NIR 1984 s 364.
[124] Koktvedgaard/Levin s 105.
[125] Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 71.
[126] Immaterialrätt s 59.

valtning är *nödvändig* för vissa typer av utnyttjande.[127] Det är främst vid massutnyttjanden av verk som kollektiv förvaltning får betydelse eftersom upphovsmannen varken har möjlighet att lokalisera eller identifiera sådana massutnyttjanden.[128] Det ringa värdet av utnyttjandet uppväger inte heller utnyttjarens arbete och kostnaderna att i varje enskilt fall få kontrakt med upphovsmännen.[129] Då kan organisationer istället kollektivt sköta avtalsbildning. Den kollektiva rättighetsförvaltningen blir även i utnyttjarnas intresse, eftersom den gör det lättare för dem att skaffa erforderliga tillstånd för utnyttjanden och utnyttjarna kan erlägga ersättningen enligt fastställda tariffer istället för att behöva förhandla individuellt om villkor med varje enskild upphovsman.[130]

Teknikutveckling har möjliggjort nya utnyttjandeformer och därmed lagt grundan till den kollektiva rättighetsförvaltningen. Förvaltningsorganisationer har längst tradition på *musikområdet.*[131] Fonogram- och radiotekniken innebar en massmedial revolution som fick kompositörerna att förlora kontrollen över sina verk och sina rättigheter. Därför har sekundära rättigheter på musikområdet länge varit ekonomiskt intressanta.[132] Inte minst bidrog jazzmusiken på sin tid till att stärka radio- och fonogramindustrins ekonomiska intressen. Ett stort antal organisationer på musikområdet slöt sig 1926 samman i *Confédération Internationale des Sociétés des Auteurs et Compositeurs* (CISAC).[133] Utvecklingen av biograffilmen, TV, videogramtekniken och fotokopieringstekniken, har medfört att krav på kollektiva lösningar kommit att ställas även på utnyttjande av andra slags upphovsrättsligt skyddade företeelser. Sedan 1980-talet finns en internationell organisation IFRRO (*International Federation of Reproduction Rights Organisations*) även för tillvaratagande av reproduktionsrättigheter. IFRRO har bl a antagit principer och ett modellavtal för bilaterala avtal mellan nationella reprodkuktionsrättsorganisationer.

Sekundära bildrättigheter har fått ökad betydelse under senare decennier och den kollektiva förvaltningen förefaller få än större betydelse framgent även utanför musikområdet.[134] Det har också sin förklaring i ut-

[127] Schønning, Ophavsretten s 105.
[128] Schovsbo s 24.
[129] Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 72; jfr Lund Crisitansen i NIR 1984 s 371.
[130] Olsson, Copyright s 22.
[131] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 89, Karnell i Copyright 1986 s 47 och dens i Essays in honour of Hugo Tiberg s 387.
[132] Jfr Ficsor s 11.
[133] Se Karnell i Copyright 1986 s 47.
[134] Jfr Olsson i NIR 1992 s 603.

vecklingen på teknikområdet, vilken givit praktiska möjligheter att vidareutnyttja bilder på ett sätt som inte tidigare varit möjligt. Visserligen gav tillkomsten av fotografi- och filmtekniken påtagliga effekter på *bildområdet*, men vad gäller kollektiv rättighetshantering har musikområdet ändå fått ett påtagligt försprång.[135] På musikområdet kan idag varje enskilt verk och dess rättighetshavare identifieras. Det gör att rättighetsförvaltningen kan ske rutinmässigt på ett sätt som hittills inte kunnat ske på konstområdet, där motsvarande register saknats.

Varje nordiskt land har idag sin egen förvaltningsorganisation på det rena bildkonstområdet. Sedan 1990 verkar BUS på den svenska marknaden och idag är BUS, liksom även många förvaltningsorganisationer utanför musikområdet, medlem i CISAC. Motsvarande organisationer har tillkommit ungefär samtidigt i övriga nordiska länder. I Danmark är det en sektor av COPY-DAN som innehar motsvarande uppgift. Den finländska organisationen heter KUVASTO och i Norge finns organisationen BONO. Även verksinnehåll som har indirekt betydelse för bildområdet, såsom fotokopiering, kassettersättning och annat utnyttjande av audiovisuella verk, omfattas idag av kollektiv förvaltning.[136] När det gäller fotokopiering finns i Sverige samorganisationen BONUS. I Danmark är det åter COPY-DAN, i Finland KOPIOSTO och i Norge KOPINOR som förvaltar motsvarande rättigheter. COPY-DAN, KOPIOSTO och KOPINOR är medlemmar i IFRRO. På det audiovisuella området verkar i Sverige COPYSWEDE, i Danmark COPY-DAN, i Finland KOPIOSTO och i Norge NORWACO.

7.9.1 Avtalslicens som avtalsgrund

Vid tiden för de nordiska upphovsrättslagarnas tillkomst stod det klart att den tekniska utvecklingen tillsammans med utvecklingen på massmedieområdet nödvändiggjorde kompletteringar av upphovsrättslagstiftningen. I det nordiska reformarbete som skett på upphovsrättsområdet sedan ikraftträdandet av de nordiska upphovsrättslagarna har stort arbete lagts ned på att skapa fungerande lösningar för kollektiv förvaltning av rättigheter när det ansetts att de inte kunnat tillgodogöras individuellt.

En stor fråga i det nordiska reformarbetet har rört den rent juridisk-tekniska konstruktionen av den kollektiva förvaltningen. Målet har varit att på bästa sätt tillgodose upphovsmännens och utnyttjarnas intressen.[137] Frågan om möjligheterna för de upphovsmän som står utanför organisa-

[135] Jfr Karnell i Copyright 1986 s 50.
[136] Jfr Olsson i NIR 1992 s 601.
[137] Se t ex SOU 1978:69 s 53 ff; NOU 1988:22 s 34 ff; jfr A M Lund i NIR 1987 s 425.

tionen har i Norden i flera hänseenden lösts på ett konkret sätt genom *avtalslicenser*. *Bergström*, avtalslicensens andlige fader,[138] konstaterade att boten för sådana rättigheter, som inte lämpade sig för utövning av upphovsmannen själv och som därför kunde komma att ligga outnyttjade, först och främst var att upphovsmännen bildade eller effektiviserade organisationer med uppgift att bevaka sina rättigheter. Om man sedan ville tillgodose även utomstående upphovsmäns intressen av att kunna utnyttja sina rättigheter, kunde avtalslicenssystemet vara en praktisk och principiellt godtagbar lösning, i vart fall beträffande vissa större brukare av verk.[139]

Avtalslicensbestämmelsen i 22 § 2 st URL fanns inte med i AKs ursprungliga lagförslag. Rätten att sända verk i *radio* reglerades i Sverige först genom 1931 års revision av upphovsrättslagstiftningen.[140] Då utformades rätten som en ren ensamrätt.[141] Trots påtryckningar från SR (dåvarande Radiotjänst) föreslog AK att ensamrätten skulle kvarstå på området. Enligt AK kunde det inte förnekas att lagens krav på samtycke av upphovsmannen för rätt att framföra verk ofta var svåra att uppfylla i praktiken när rättighetshavarna inte företräddes av organisationer. Det var uppenbart att arrangörerna ofta nödgades utgå ifrån att ett tyst samtycke förelåg, när verket tidigare framförts offentligt och särskilt förbehåll inte gjorts. AK ansåg emellertid att radioföretagen var administrativt relativt väl utrustade och borde ha lättare än de flesta att etablera erforderliga kontakter med upphovsmän och deras rättighetshavare.[142] Vid remissbehandlingen underströk SR åter vikten av att lättnader beviljades beträffande kravet på förhandstillstånd för att sända verk. SR föreslog då införandet av en avtalslicensordning. Radions förslag avstyrktes av rättighetshavarorganisationerna.[143]

[138] Termen *avtalslicens* härrör ursprungligen från Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult 1960 s 74 ff. Bergström var även upphovsman till själva den lagtekniska konstruktionen (Se Strömholm i Festskrift till Anders Agell s 627). (Begreppet *utsträckt generellt tillstånd* (jfr ovan s 206) har även använts för samma företeelse (se härtill Karnell i NIR 1981 s 255 f).

[139] Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 82 f.

[140] Se SOU 1929:37 s 28 ff.

[141] Enligt art 11 bis BK medges rätt till tvångslicens för radio- och TV-sändningar. Artikeln har sitt ursprung i 1928 års Romkonferens. Vid konferensen var man emellertid ense om att medgivandet skulle få utnyttjas endast om vederbörande land funnit erfarenheten påkalla det (se SOU 1956:25 s 243).

[142] SOU 1956:25 s 245.

[143] Se prop 1960:17 s 149 f; jfr Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 77.

Depch underströk att det fanns beaktansvärda skäl både för ensamrättsprincipen och för generella tillstånd. Det kunde enligt depch te sig omotiverat att bereda just radion speciella förmåner. Emellertid förelåg i fråga om radion i flera hänseenden förhållanden som gjorde att dithörande problem blev särskilt framträdande. Radion skulle varje dag tillhandahålla nya program som måste varieras inom en mycket vid ram. Många program hänförde sig dessutom till aktuella händelser och tiden för att förbereda programmen var starkt begränsad. Radions behov av lättnader beträffande kravet på förhandstillstånd var därför större än för andra företag. För regeln talade även att radion även som folkbildande och kulturfrämjande faktor intog en speciell ställning genom att den nådde större publik än andra spridningsmedel. Det skulle vidare beaktas att radion hade halvofficiell karaktär, vilket enligt depch minskade risken för missbruk av bestämmelsen.[144]

Depch framhöll särskilt att avtalslicenslösningen medförde att lagens krav på att upphovsmännens tillstånd till sändningar skulle inhämtas upprätthölls. Systemet fick verkan först när upphovsmannaorganisationen lämnat tillstånd och upphörde att gälla om tillståndet förföll. Något intrång i organisationernas förhandlingsmöjligheter skulle inte göras. Av stor betydelse var också att upphovsmännen kunde göra förbehåll mot bestämmelsens tillämpning. Lösningen innefattade enligt depch endast en legalisering av det system som redan hade utbildats. Regeln skulle därför knappast innebära olägenheter för upphovsmännen, men lättnader för radion.[145] Det ledde så till införandet av den första avtalslicensbestämmelsens i 22 § 2 st URL (nuvarande 26 d § URL). Med tanke på att det var på förslag från SR[146] som regeln infördes i lagen är det inte förvånansvärt att den ursprungligen avgränsades till litterära och musikaliska verk eftersom TV var en teknik som i Sverige vid den tidpunkten inte nått någon egentlig spridning bland allmänheten. Vid mitten av 1990-talet hade verkligheten ändrats. Vid integrationen av fotorätten i upphovsrättslagen uppkom frågan om den äldre tvångslicensregeln i fråga om visning av fotografier i TV skulle behållas eller om upphovsrättslagens avtalslicensregel skulle göras tillämplig också på fotografier. Regeringen ansåg att det saknades skäl att ha olika regler avseende å ena sidan litterära och musikaliska verk och å andra sidan fotografier. Bestämmelsen om avtalslicens borde därför gälla även för fotografier. KLYS hade också tidigare föreslagit att en lagändring skulle genomföras vilken innebar att avtalslicensbestämmelsen i 26 d § URL skulle gälla alla slags bilder. KLYS konstaterade att KRO representerade en bred repertoar och att KRO sedan länge hade ömsesidighetsavtal med motsvarande organi-

[144] Prop 1960:17 s 151 f.
[145] Op cit s 152.
[146] Se op cit s 149 f.

sationer utomlands.[147] Förslaget stöddes av UU.[148] Enligt regeringen saknades det skäl att ha olika regler beträffande fotografier och konstverk. Avtalslicensregeln borde därför göras tillämplig även på konstverk.[149]

Sedan tillkomsten av URL har inom ramen för revisionen av upphovsrättslagstiftningen avtalslicenser tillkommit i den svenska 13 § URL om exemplarframställning i undervisningsverksamhet och i 26 f § URL som gäller samtidig och oförändrad vidaresändning av verk som ingår i en trådlös radio- eller TV-sändning. Avtalslicenser för själva sändningen finns också i 47 § URL. I avtalslicensbestämmelsen om samtidig och oförändrad vidaresändning av radio- och TV-program i 26 f § URL har aldrig funnits någon begränsning till visst verk.

I de nordiska lagarna har själva innebörden och funktionen av avtalslicensen nu definierats i ett särskilt lagrum, till vilket de olika materiella avtalslicensreglerna hänvisar.[150] I 26 i § URL anges att en avtalslicens som avses i 13, 26 d och 26 f §§ gäller för verksutnyttjande på visst sätt, när ett avtal har ingåtts om sådant utnyttjande med en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän på området.

Avtalslicensfiguren innebär i praktiken att en från det allmänna mer eller mindre fristående *organisation* som företräder upphovsmän och som besitter vissa kvalifikationer ges ett lagstadgat tillstånd att sköta den praktiska hanteringen av ett i lagen särskilt angivet ekonomiskt utnyttjande. Det är alltså en form av *reglerad avtalsmekanism* som skall bestämma de närmare formerna för och omfattningen av det utnyttjande som sker, i kombination med en presumtion för att utanförstående upphovsmän accepterar avtalsvillkoren.[151] Här har alltså syftet varit att åstadkomma en avvägning mellan utnyttjarintresset, upphovsmannaintresset och förläggarintresset.[152]

Avtalet binder även upphovsmän som *inte* är anslutna till organisationen[153] och liknar på det sättet en tvångslicens, men skiljer sig från tvångslicensen på flera sätt. För det första är det en förutsättning för regelns tillämpning att ett avtal har ingåtts. Det finns alltså inte något tvång gentemot organisationen. Finns det inte något avtal, får varken anslutnas eller utomståendes verk utnyttjas. För det andra kan den enskilde upp-

[147] SOU 1990:30 s 369.
[148] Op cit s 371.
[149] Prop 1993/94:109 s 33.
[150] Prop 1992/93:214 s 122; Bet 1197/1990 s 205 ff.
[151] Jfr Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 79.
[152] Jfr op cit s 78.
[153] Se Karnell i NIR 1981 s 257; jfr Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 76 ff.

hovsmannen enligt huvudregeln bringa bestämmelsen ur tillämpning för sina egna verk.[154] Rättighetshavarna – medlemmar såväl som utanförstående – har enligt 13 och 26 d §§ URL rätt att meddela förbud mot att deras verk utnyttjas.

För att säkerställa att avtal kommer till stånd på avtalslicensområdet har stiftats en särskild lag om medling i vissa upphovsrättstvister. Lagen tillämpas när det uppkommer en tvist om ingående av avtalslicensavtal enligt 13 § URL eller vidaresändning i kabel enligt 26 f, 45, 46, 48 och 49 a §§ URL. Den som vill företa en vidaresändning genom kabel av verk som ingår i en trådlös radio- eller TV-sändning och begär, men inte får avtal på önskade villkor hos organisationen eller hos ett radio- eller televisionsföretag som verkställer utsändningar inom EES, har enligt 52 a § URL rätt att begära förhandling med organisationen eller företaget.

Det har varit upphovsrättsorganisationernas företrädare som starkast förespråkat införande av nya avtalslicensordningar.[155] UU var parlamentariskt sammansatt och olika rättighetshavargrupper företräddes av ett antal organiserade företrädare för sakintressen. Många av dem var förvaltningsorganisationer. Organisationerna har på det sättet haft stor påverkan på lagstiftaren.[156] UU föreslog därför en rad ändringar som syftade till att stärka upphovsmännens ställning med avtalslicenser. UU framhöll visserligen att ingrepp i avtalsfriheten i det längsta borde undvikas,[157] men i slutbetänkandet föreslogs ändå avtalslicens för en rad nya företeelser.

De förslag till avtalslicenser som lades fram av UU gällde fotokopiering av tidningar och tidskrifter för internt bruk till anställda på myndigheter och företag, framställning av ljud- och bildupptagningar i undervisningsverksamhet, kopiering av radio- och TV-program för tidsförskjuten visning i sjukvården, kopiering av radio- och TV-program för intern information till anställda i myndigheter och företag, kopiering av fotografier hos arkiv och museer för forskningsändamål, fotokopiering för utlåning i bibliotek, återgivning av samlingsverk för undervisningsbruk samt framställning av ljudupptagningar till talböcker.[158] UU övervägde även införande av avtalslicens på andra områden utan att slutligen förorda sådana. UU prö-

[154] Se Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 79; jfr Prop 1960:17 s 403 f och SOU 1978:69 s 54.
[155] Redan 1969 kom KLYS med ett förslag till ytterligare avtalslicensbestämmelser. Förslaget gällde skolantologier, ljudkopiering i undervisningsverksamhet, exemplarframställning för vissa handikappade, offentligt framförande vid undervisning, uthyrning och utlåning av litterära eller musikaliska verk (se Karnell i NIR 1981 s 146).
[156] Jfr Lund Christiansen i NIR 1978 s 283.
[157] Se SOU 1988:31 s 91; jfr dock den något välvilligare inställningen i SOU 1978:69 s 53 ff.
[158] Se prop 1992/93:214 s 42 f.

vade i sitt slutbetänkande flera olika former för hur en *bibliotekersättning* skulle kunna genomföras upphovsrättsligt. En avtalslicensbestämmelse var enligt UU den enda i praktiken tänkbara formen. Enligt UU var tiden emellertid inte mogen för lagstiftning. Det skulle t ex vara omöjligt att uppnå nordisk enighet i frågan.[159]

UUs förslag till införande av avtalslicenser kritiserades likväl av en rad remissinstanser som ansåg att sådana inte borde införas utan att effekterna av kollektiviseringen och monopoliseringen analyserades.[160] Depch påpekade särskilt nödvändigheten av att upphovsmännens rätt skulle stå stark. I linje med det ansågs det viktigt att inskränkningar i ensamrätten inte gjordes mer ingripande än vad syftet med dem motiverade. Det måste därför på varje område noggrant prövas om det verkligen behövdes en inskränkning i ensamrätten. Inte minst kravet på att lagen skulle förenklas talade för en kritisk granskning av olika undantag från denna rätt. Depch föredrog därför att låta ensamrätten gälla istället för inskränkningsbestämmelser och att om en inskränkning var nödvändig, ge en avtalslicenslösning företräde framför en tvångslicens.[161]

På motsvarande sätt som i Sverige har upphovsrättsutredningarna i de övriga nordiska länderna lagt fram flera förslag om ändringar, syftande till att förenkla möjligheterna till kollektiv förvaltning av rättigheter vid massutnyttjande av verk genom avtalslicenser. Förslagen har på skilda sätt och i olika omfattning resulterat i ändringar i den upphovsrättsliga lagstiftningen.

Ingen av de idag gällande avtalslicensbestämmelserna gäller direkt alster av bildkonst eller fotografi. Däremot har bilder medelbar betydelse för alla existerande avtalslicensbestämmelser, vilket innebär att ersättningen till BONUS för exemplarframställning enligt 13 § URL och till COPYSWEDE för utnyttjande av audiovisuella verk enligt 26 d[162] och 26 f §§ URL för utnyttjande av bildinnehåll kanaliseras till BUS. Viss del av ersättningen från BONUS överförs sedan från BUS till KRO.

[159] SOU 1990:30 s 445; se härtill v Greyers i NIR 1990 s 351.
[160] Se Prop 1992/93:214 s 42.
[161] Op cit s 44.
[162] I 26 d § URL anges dock uttryckligen att regeln gäller bl a offentliggjorda konstverk (jfr ovan).

7.9.2 Den organiserade avtalsbildningen

I det följande görs en översiktlig redogörelse för de kollektivt förvaltade rättigheterna på upphovsrättens bildområde. Dit hör först och främst den förvaltning som handhas av BUS. Även den materiella förvaltningen av *fotokopiering, bandupptagningar i undervisningsverksamhet, radioföretagens återgivning och sändning, av verk* berörs kortfattat.

7.9.2.1 Rena bildrättigheter

Karnell proklamerade redan 1978 att det behövdes *ett slags bildkonstens motsvarighet till STIM med välutvecklade kontakter till systerorganisationer i andra länder.*[163] Sådana organisationer har under lång tid funnits och verkat på flera håll utomlands. Frankrike har två organisationer som kollektivt hanterar bildrättigheter, SPADEM och ADAGP.[164] I Tyskland verkar på motsvarande sätt organisationen VG BILD-KUNST.[165] Organisationerna administrerar inte minst följdrättsersättning.

På senare år har *Karnells* önskan om bildkonstens motsvarighet till STIM blivit verklighet i de nordiska länderna. Verksamheten i BUS och dess systerorganisationer är av samma slag: att bevaka, lämna tillstånd till och ta betalt för sekundäranvändning av bilder i skilda media t ex TV, video, tidningar, och fotokopiering. BUS har ingått ömsesidighetsavtal med systerorganisationer i andra länder, däribland de övriga nordiska länderna. Vardera organisationen har en exklusiv rätt att företräda den andra parten inom sitt territorium.

BUS är en ideell förening. En upphovsman blir medlem i BUS genom att ingå ett standardisert anslutningsavtal som ger BUS ett förvaltningsuppdrag. Juridiska personer som innehar rättigheter kan visserligen också ge förvaltningsuppdrag, men de kan inte bli medlemmar i BUS. Förvaltningsuppdraget är exklusivt men påverkar inte avtal som träffats före avtalet med BUS. Om särskilda skäl föreligger får upphovsmannen undanta vissa bestämda verk, förutsatt att BUS underrättas om det.

[163] Karnell i NIR 1978 s 318.

[164] Se om de franska organisationerna, Direction de l'administration générale, sous-direction des Affaires juridiques, La gestion des droits d'auteur et des droits voisins, Paris 1990, (stencil) s 143 ff.

[165] Ohly i Urhebervertragsrecht s 433 och FuR 1968 s 232.

På den svenska avtalsmarknaden har viss kollektiv avtalsbildning funnits även före tillkomsten av BUS. Tidigare verkade KRO för att upphovsmännens rättigheter till sekundärt utnyttjande skulle tillvaratas på ett så effektivt sätt som möjligt. Det skedde bl a genom att KRO var medlem i ett flertal organisationer som på olika områden förvaltade rättigheter eller förhandlade om utnyttjande av sådana rättigheter. KRO hade även träffat ömsesidighetsavtal med utländska organisationer.[166] Efter bildandet av BUS har KRO ersatts av BUS som avtalspart i flertalet standardavtal som tidigare ingåtts med KRO.

Genom förvaltningsuppdragen förbinder sig BUS att företräda upphovsmannen i fråga om exemplarframställning, spridning och visning av verk i de fall nyttjandet är lagt under tvångslicens. Vidare ger organisationen rätt till inspelning och visning av verk i TV och på film, samt vidaresändning eller annan återanvändning av bilder i TV-sändning, användning av verk för illustrationsändamål i trycksaker såsom tidningar, böcker och kataloger, eller genom datorer, återgivning genom diabilder, datamedia eller på affischer, vykort m m.

Förfoganderätten enligt förvaltningsavtalet är dock begränsad i vissa avseenden. BUS får inte utan samtycke tillåta att verk eller fotografier ändras på ett sätt som ingriper i verkets karaktär. Upphovsmannens särskilda tillstånd måste inhämtas för återgivning i framställning med politiskt eller religiöst syfte, reklam, användning av verk i annan teknik såsom t ex dekoration på industriellt tillverkade föremål, utgivning av samlingar av upphovsmannens verk i bokform inspelning av verk på film eller TV-program med biografiskt innehåll. BUS har enligt förvaltningsuppdraget rätt att beivra intrång på de områden som förvaltningsuppdraget gäller, men när det gäller upphovsmannens ideella rätt, krävs upphovsmannens tillstånd. Uttryckligen undantagna från förvaltningsuppdraget är upphovsmannens *egen* visning av sina verk samt reproduktioner utan vinstsyfte som upphovsmannen låter framställa av egna verk i avsikt att göra verken kända.

Vid överlåtelse av rätt att *återge* medlemmarnas bilder i tidskrifter tillämpar BUS ett standardiserat avtal. I ett liknande avtal regleras Statens Konstmuseers (SKM) rätt att utnyttja bilder i SKMs verksamhet, t ex för katalog- eller bokutgivning, vykorts- och affischutgivning och annan exemplarframställning (jfr ovan s 330). Enligt avtalen får utnyttjaren en icke-exklusiv rätt att *återge* verk av de upphovsmän som BUS representerar. Reproduktionsrätten inbegriper inte rätt att vid återgivningen beskära, förvanska eller på annat sätt förändra verket. Verken får inte heller återges på ett sätt som förändrar deras karaktär (jfr 3, 11 och 28 §§ URL).

[166] Jfr SOU 1990:30 s 451.

Enligt avtalet med tidskrifter måste särskilt tillstånd inhämtas, om bilden skall användas i en artikel med politiskt eller religiöst syfte eller i reklam. Enligt avtalet med SKM krävs särskilt tillstånd vid utgivning av mer än tio verk av samme upphovsman i böcker, videogram eller film. Ersättningen för utnyttjandet utgår per bild och varierar med hänsyn till var bilden är placerad, bildens storlek i återgivningen och upplagans storlek. För att kunna bevaka sina rättigheter har BUS förbehållit sig kostnadsfri prenumeration på tidskriften eller friexemplar av varje utgåva som omfattas av avtalet med SKM.

Vid mitten av 1980-talet ingicks ett avtal mellan *Teatrarnas Riksförbund* (TR) såsom företrädare för SVT och UR å ena sidan och FST, KRO, *Sveriges Reklamförbund*, KIF och SFF å den andra sidan om villkor vid utnyttjande i SVT och URs TV-program av konstverk och fotografier som skapats av upphovsmannaorganisationernas medlemmar. Enligt en protokollsanteckning skall avtalet emellertid gälla bruksföremål endast om de är unika. Det betyder att andra, icke-unika, brukskonstalster, som ju enligt vad som ovan (under 5.7.3) konstaterats är omfattade av upphovsmannens visningsrätt, inte tillerkäns någon visningsrätt enligt standardavtalet. BUS har numera övertagit KROs plats som avtalspart och Arbetsgivareföreningen SRAO har övertagit TRs plats. Avtalet har sin naturliga grund i upphovsmännens visningsrätt enligt 20 § 2 st URL (jfr ovan s 265 f).

Enligt avtalet har SVT och UR rätt att göra *inspelning* av program som innehåller någon medlems konstverk eller fotografi. Vidare har SVT och UR rätt att sända tidigare offentliggjorda verk utan särskilt medgivande. I fråga om tidigare offentliggjort verk skall SVT och UR före sändning utomlands av ett verk vid varje särskilt tillfälle inhämta medlems tillstånd. Bildupphovsmännen har rätt till ersättning i form av honorar för inspelning och visning. Vid överföring eller försäljning av program inom Norden skall en särskild procentsats på honoraret betalas. Vid överlåtelse till TV-företag inom Norden garanteras bildupphovsmannen särskild ersättning i form av royalty ur SVTs/URs bruttointäkt.

Avtalet har inte ändrats som följd av ändringen i 26 d § URL, som ju numera också omfattar *sändning* av konstverk. I den mån sändningsrätten ges genom avtalslicensbestämmelsen i 26 d § URL, borde upphovsmännen enligt min mening kunna göra krav på ersättning enligt detta avtal gällande endast för själva inspelningen.

BUS lämnar också tillstånd till användning av bilder i det digitala nätverket *Internet*. Bedömningen av ersättningens storlek görs med hänsyn till utnyttjandets omfattning: den tid under vilken verket skall finnas tillgängligt i nätet, om det skall finnas under en svensk eller utländsk hem-

sida och om det är en privatperson eller ett företag som skall använda bilden.

Enligt anslutningskontraktet har BUS även rätt att inkräva ersättningar för *följdrätt*. Ersättningen kan enligt 26 j § 4 st URL utkrävas endast av organisation som *företräder ett flertal svenska upphovsmän på området*. Organisationen skall kräva in ersättningen och betala beloppet till den ersättningsberättigade, efter avdrag för skälig ersättning till organisationen för dess omkostnader. Den som är ersättningsskyldig skall på begäran av organisationen redovisa de ersättningsgrundande försäljningar som gjorts.

I följdrättspropositionen uttalades att erfarenheten talade för att det inte var realistiskt att låta den enskilde konstnären själv kräva in ersättningen. Upphovsmännens organisationer på området hade visat sig villiga att ta på sig uppgiften. Organisationerna hade stor erfarenhet av hur man effektivt administrerade ersättningssystem som rörde ett mycket stort antal användare. Genom att uppdra åt en organisation att bevaka, kräva in och betala ut ersättningen fick man en samordning som dessutom besparade konsthandeln ett stort antal ersättningskrav.[167]

Enligt de danska och finländska lagarna skall organisationen vara godkänd av kulturministeriet, eller undervisningsministeriet. Ersättningen för följdrätt hade i den svenska propositionen emellertid föreslagits kunna göras gällande endast av *en* organisation.[168] Efter mönster av vad som föreskrivits i fråga om avtalslicens enligt 26 i § URL utformades bestämmelsen lämpligen så att organisationen skulle företräda ett flertal svenska upphovsmän på området. Därigenom uppnådde man att organisationen var legitimerad att inkräva ersättning oavsett om den ersättningsberättigade var medlem i organisationen eller inte.[169]

7.9.2.2 Fotokopieringsavtal

Det första svenska skolkopieringsavtalet, som ingicks 1973 mellan staten och en rad organisationer (se ovan 228), ansågs vara otillräckligt eftersom endast organisationens medlemmar träffades av avtalet. Även utländska upphovsmän ställdes utanför. Enligt UU måste en diskussion om lämplig reglering av kopiering inom undervisningen ske med utgångspunkt i att frågan redan var reglerad genom kollektiva avtal. Det måste enligt UU

[167] Se prop 1994/95:151 s 21.
[168] Op cit s 21.
[169] Ibidem.

emellertid uppmärksammas att frågan inte kunde få en fullständig lösning genom kollektiva avtal. Det sammanhängde med att de svenska organisationernas avtal endast band organisationernas egna medlemmar. En avtalslösning som omfattade endast organiserade upphovsmän var därför otillräcklig.[170] Bl a detta talade enligt UU för att en avtalslicensordning kunde införas.[171] Därför infördes 1980 avtalslicensbestämmelsen i 13 § URL.

Enligt 13 § URL får lärare eller andra framställa exemplar för användning i undervisningsverksamhet. Skolkopieringsavtal har ingåtts mellan BONUS å ena sidan och de skilda kommunerna å den andra. För skolor som har landsting som huvudman har avtalen ingåtts med landstingen. Högskolekopieringsavtal har ingåtts mellan BONUS och staten. Avtal har även ingåtts med andra skolor och utbildningsorganisationer.

Exemplarframställningsrätten enligt skol- och högskoleavtalen är begränsad på flera sätt. Den gäller bara fotokopieringsmetoder men har på senare tid utökats till att gälla även kopiatorer som är försedda med minne, dock endast om det rör sig om en sammanhängande process, d v s *samtidig och oförändrad* kopiering. Avtalen avser alltså inte situationen att materialet lagras i maskinen för framtida kopiering. Exemplarframställningen får avse endast utgivna verk men inte obligatorisk, förlagsutgiven kurslitteratur. I princip får framställas endast ett exemplar till varje elev samt några överexemplar. Om verken är mer omfattande får endast delar av dem kopieras. Läraren har därtill rätt att framställa några enstaka exemplar för sitt eget bruk. Avtalen gäller både text och bilder. Avtalen gäller även för verk som läraren själv har upphovsrätt till, men inte för sådant material som läraren själv har framställt direkt för sin undervisning och som inte är utgivet.

Läraren får framställa ett eller flera exemplar i form av diabilder för användning uteslutande för de egna studenterna under det aktuella läsåret. Av videogram och film som är avsedd att framföras, får endast enstaka bilder kopieras (hur nu det skall gå till i en fotokopiator).

En upphovsman kan meddela förbud mot kopiering (jfr 13 § 1 st URL), något som i praktiken är mycket sällsynt. Enligt avtalen förbinder sig organisationerna också att verka för att upphovsmän inte meddelar förbud. En upphovsman som inte företräds av organisationen har alltid rätt till ersättning som hänför sig till mångfaldigandet om han begär det inom tre år efter utgången av det år då mångfaldigandet ägde rum. Den ersättning som utnyttjarna skall utge bestäms efter förhandlingar mellan

[170] SOU 1978:69 s 52 f.
[171] Op cit s 54 f.

BONUS och företrädare för utnyttjarna. Något register över upphovsmän eller verk finns inte till hjälp för beräkning av fördelningen. Däremot har medlemsorganisationerna förteckningar över sina medlemmar.

Ersättningen beräknas per kopiesida.[172] Redovisning och fördelning av kopieringens omfattning sker på grundval av ett statistiskt system. De inkasserade medlen fördelas först på fem skilda förvaltningsgrupper: läromedel, press, bild, bok och not. De i förvaltningsgrupperna ingående organisationerna träffar därefter överenskommelse om hur medlen skall fördelas mellan utgivarsidan och upphovsmannasidan. Medlen fördelas sedan av medlemsorganisationerna själva enligt egna regler. I många fall används ersättningen till stipendier, utbildning, priser m m. I vissa fall förekommer individuell fördelning. Uppdelningen på olika förvaltningsgrupper medför att medel härrörande från en viss förvaltningsgrupp inte fördelas till alla medlemsorganisationer.

BONUS har träffat ömsesidighetsavtal med ett mindre antal utländska systerorganisationer, däribland KOPIOSTO i Finland.

7.9.2.3 Den audiovisuella avtalsmarknaden

Flertalet avtalslicenser gäller förhållanden på det audiovisuella området. Här finns rätten att göra exemplar av upptagningar av verk som sänds ut i radio eller TV för undervisningsbruk enligt 13 § URL, avtalslicensbestämmelserna i 26 d § om rätten att sända offentliggjorda konstverk och rätten till samtidig och oförändrad vidaresändning av radio och TV enligt 26 f § URL. Regler om kollektiv förvaltning av utsändningar finns också för närstående rättigheter. Enligt 47 § 2 st URL skall producenträtten i 47 § 1 st för radio- och TV-sändning gälla vid samtidig och oförändrad återutsändning.

Den ekonomiska föreningen COPYSWEDE som 1982 grundades som ett slags förhandlingskartell har till uppgift att organisera och leda medlemsorganisationernas samarbete rörande avtalsfrågor på upphovsrättsområdet, att företräda medlemsorganisationerna i avtalsförhandlingar rörande utnyttjande av offentliggjorda verk, prestationer och fotografier som utnyttjas genom sändning via satellit, kabel-TV eller genom överföring till anordning genom vilken återgivning kan ske eller vid exemplarframställning av audiovisuella verk. COPYSWEDEs medlemmar består

[172] Med kopiesida förstås en sådan kopia som har format A4 eller mindre; är formatet större än A4 räknas som en sida varje påbörjad del som motsvarar A4.

av organisationer som i sig företräder upphovsmän, utövande konstnärer eller fotografer. COPYSWEDE kan också utföra förhandlingsuppdrag åt organisationer och företag som inte är medlemmar i föreningen.

COPYSWEDE har standardiserade avtal för vidaresändning av TV-program i kabel enligt 26 f och 48 §§ URL. Enligt avtalen ges kabeloperatören tillstånd till samtidig och oförändrad vidaresändning av radio- och TV-sändningar av en rad svenska och utländska radio- och TV-företags kanaler (§ 1). Kanalerna skall vidaresändas i sin helhet samtidigt och utan redigeringar eller förkortningar (§ 2). Enligt avtalet förbehåller sig rättighetshavarna att i undantagsfall förbjuda vidaresändning av vissa program. Den rätten skall emellertid endast få utövas i särskilda fall om det är sakligt och absolut befogat. Så kan vara fallet om vidaresändningen skulle utgöra ett allvarligt och påtagligt hot mot rättighetshavarnas intressen eller av programinnehållet berörd tredje mäns intressen (§ 3). Om kabeloperatören bryter mot avtalet, upphör vidaresändningsrätten (§ 8). COPYSWEDE har också standardiserade avtal av motsvarande slag för vidaresändning av TV-program i hotell och stugbyar. Ömsesidighetsavtal om vidaresändning har träffats med COPY-DAN i Danmark, NORWACO i Norge och med KOPIOSTO i Finland.

COPYSWEDE har också träffat avtal för olika ändamål rörande TV-program som producerats av SVT för utnyttjande i vårdinstitutioner, rätt för skolor att spela in TV-program som producerats av utbildningsradion och distribution av videokassetter med svenska televisionsprogram till svenska handelsflottan, till soldater i FN-tjänst och till svenska ambassader utomlands. Rätten avser programmet i den form det producerats för etersändning. SVT/UR har dock rätt att göra nödvändiga redigeringar, såsom borttagande av ingresser och andra ändringar som inte innebär direkt ingrepp i konstnärliga prestationer eller som förändrar programmets innehåll. SVT/UR har rätt att sammanställa avsnitt till nya program såvida det inte är fråga om klipp i enskilda verk eller prestationer.

I princip fördelas all ersättning från utnyttjandet av radio- och TV-program individuellt. Ersättningen fördelas årligen och görs i två omgångar. I den första omgången delas ersättningen mellan olika program och i den andra omgången delas ersättningen mellan de olika rättighetshavarna som deltagit i den programskapande verksamheten. Ersättningen delas olika mellan de skilda programmen beroende på programlängd, typ av program och typen av utnyttjande.

7.10 Ideell rätt vid överlåtelse

Även om den ideella rätten formellt är skild från den ekonomiska i nordisk rätt, är det uppenbart att den ideella rätten kan ha en starkt ekonomisk karaktär.[173] Upphovsmannens ideella intressen måste alltid tas med i överväganden vid förfoganden över rättigheter. Samtidigt är det klart att sådana intressen i många fall tappar i vikt på grund av avtalsobjektets egenskaper eller syftet med avtalet.[174]

Upphovsmannens paternitetsrätt enligt 3 § URL innebär att han har en rätt att bli angiven som upphovsman när verket görs tillgängligt för allmänheten. Rätten gäller i den omfattning och på det sätt som god sed kräver. Paternitetsrätten är normalt ekonomiskt intressant för upphovsmannen, eftersom namnangivelsen, liksom annan varumärkesanvändning, vanligen är avsättningsfrämjande för en upphovsman med gott renommé och bidrar till att bygga upp ett sådant.

Upphovsmannens rätt att få sitt namn angivet torde ändå – särskilt vid uppdragsavtal – vara väsentligt inskränkt. För det *första* måste det med tanke på krav på den flexibilitet som är nödvändig vid utnyttjande av t ex en reklambild eller ett kännetecken ofta medföra en avsevärd olägenhet, om upphovsmannens namn måste anges i samband med all användning av bilden. För det *andra* är det tänkbart att namnangivelsen i kommersiell användning, t ex vid merchandising, medför att bilden denoterar fel, vilket alltså kan medföra goodwillskada för näringsidkaren samtidigt som upphovsmannen kan tänkas dra otillbörlig nytta av den goodwill som användningen av hans verk för med sig. Exempel på fall där god sed inte krävde att upphovsmannen angavs ansågs enligt AK vara i anslutning till bilder i prospekt och reklamalster.[175]

Inte desto mindre förekommer i de flesta standardavtal uttryckliga regler om upphovsmannens paternitetsrätt. Enligt *Reklamavtalet* skall upphovsmannens namn, om denne begär det, alltid diskret sättas ut vid verket om verket inte redan är signerat. Befintlig signatur får inte tas bort eller utelämnas (§ 9). Enligt *BLF-avtalen* skall fotografens namn eller signatur anges vid publicering i den utsträckning god sed kräver. SVT/URs regler för namnangivelse, som grundar sig på 3 § URL skall gälla enligt det ovan nämnda avtalet om visning av verk i TV.

I KROs riktlinjer för formulering av kontrakt om utsmyckningsuppdrag anges den mycket speciella regeln att uppdragsgivaren i samråd med konstnären skall utarbeta en skylt med angivande av upphovsmannen till konstverket.

[173] Jfr Hansmann och Santilli i Journal of Legal Studies XXVI/1997 s 95.
[174] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 34 f.
[175] SOU 1956:25 s 117.

Enligt 3 § 2 st URL får ett verk inte ändras så, att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks. Den bestämmelsen har nära anknytning till rätten till oförändrad återgivning i 28 § URL. Verket får enligt 3 § 2 st URL inte heller göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i sådant sammanhang som är kränkande för upphovsmannen. Ibland är upphovsmannens respekträtt också direkt reglerad i standardavtal.

Således gäller t ex enligt § 14 i det ramavtal för förlagsavtal som FST har ingått med Svenska Förläggareföreningen angående bilder och illustrationer vid bokutgivning att om ändrade politiska förhållanden eller dylikt inträffat sedan verket första gången utgivits vilket med säkerhet skulle ha avhållit illustratören eller förläggaren från att utge verket, så får den part som så önskar kräva att ny upplaga inte utges. Att avtala bort en sådan regel skulle med stor sannolikhet strida mot 36 § AvtL.

Denna upphovsmannens respekträtt har också en ekonomisk dimension. Utnyttjarens förfoganderätt över verket visar sig som regel kunna mätas i pengar.

§ 4 i *Reklamavtalet* stadgar t ex att om byrån önskar använda verket eller delar därav för annat ändamål eller i annan omfattning än den avtalade, skall upphovsmannen inte vägra en utvidgning av förfoganderätten. Det gäller förutsatt att skälig tilläggsersättning erläggs.

Ju mer artfrämmande i förhållande till det ursprungliga syftet som det utvidgade förfogandet är, desto mer torde upphovsmannen kunna kräva i tilläggsersättning. Emellertid torde det också här finnas en gräns för hur långt förfoganderätten kan utvidgas mot inte bara 3 § URL utan även 36 § AvtL.

Om ett verk offentliggörs på ett sätt som är kränkande för upphovsmannen kan det ge *badwill* åt upphovsmannen, vilket kan få effekt vid avsättning av andra, senare offentliggjorda verk.[176] Respekträtten kan emellertid kollidera med en uppdragsgivares intresse att ändra verket så att det bättre kan fylla sitt syfte, t ex som individualiseringsmedel i reklamsammanhang. Intresset är kanske ännu tydligare när bilden används som kännetecken, eftersom den då kan komma att existera som sådant under en lång tid.

På uppdragsavtalsområdet kan man tänka sig att näringsidkarens verksamhet tar en sådan inriktning att den form i vilken verket används innebär en kränkning av upphovsmannens ideella rätt, t ex vid användning som reklamföremål eller kännetecken eller i ett eljest kränkande sam-

[176] Jfr Hansmann och Santilli i Journal of Legal Studies XXVI/1997 s 104.

manhang. Även om uppdragsgivaren måste kunna använda verket på ett ändamålsenligt sätt, måste han respektera upphovsmannens ideella rätt. Någon regel som inskränker upphovsmannens ideella rätt i annat avseende än vad som gäller för paternitetsrätt enligt 3 § 1 st URL finns ju inte.

Spekulationer om något slags *automatisk eftergift* av upphovsrätten i den omfattning som är nödvändig för att uppdragsgivaren skall kunna individualisera sina varor saknar visserligen strikt juridisk relevans, men det kan, i beaktande av hur upphovsrättigheter normalt sett behandlas vid uppdrag, inte bortses ifrån att ett sådant resonemang kan ha *faktisk* relevans. Här kan därför åter ifrågasättas om inte upphovsmannen i ett sådant läge får finna sig i att hans rätt, om inte annat uttryckligen avtalats, *avlyfts* i den utsträckning som är nödvändig för att alstret skall kunna individualisera kännetecknenshavarens varor. Naturligtvis blir ändå ytterst avtalsobjektet och avtalets utformning i övrigt av betydelse för eftergiftens omfattning.

Enligt *Reklamavtalet* skall verket återges med största hänsyn till originalets utförande. Ändringar eller andra bearbetningar får inte göras utan upphovsmannens medgivande (§ 11). Enligt *BLF-avtalen* får beställaren inte ändra bilden så att fotografens anseende kränks. Enligt *BLF-avtalen* får bilden inte heller visas offentligt på ett sådant sätt att det är kränkande för fotografen.

Också i avtalslicensbestämmelsen i 26 d § URL finns ett särskilt ideellt moment. I 26 d § 2 st URL anges att avtalslicensen inte gäller om det av särskilda skäl kan antas att upphovsmannen motsätter sig utsändningen (jfr ovan s 265). Depch anförde i propositionen att omständigheterna understundom kunde vara sådana att det även utan uttryckligt förbud var tydligt att upphovsmannen inte fann en utsändning önskvärd. Då borde sändningen inte äga rum. Ofta kunde det antas att om upphovsmannen ändrat uppfattning i konstnärligt, politiskt eller religiöst hänseende, han inte önskade förnyad offentlighet för den del av sin produktion som återspeglade hans tidigare ståndpunkt. Ett annat exempel var att ett verk väckt för upphovsmannen ofördelaktigt uppseende hos allmänheten och att han därför kunde antas inte önska ytterligare offentlighet åt det.[177] Observeras bör att någon motsvarande förbudsrätt inte finns i 13 § URL. I motiven till 13 § konstaterade UU istället att upphovsmännens ideella rätt skulle beaktas vid kopiering. Framförallt hade upphovsmännen intresse av att deras paternitetsrätt beaktades. Vidare pekade UU på regeln i 11 § URL som påbjuder att den ideella rätten skall beaktas när verken utnyttjas i

[177] Prop 1960:17 s 153.

enlighet med någon av inskränkningarna i 2 kap URL. Den närmare regleringen av den ideella rätten kunde emellertid enligt UU regleras direkt i det kollektiva avtalet.[178] Så har också skett.

Enligt skol- och högskolekopieringsavtalen är läraren följaktligen skyldig att tillse att av kopian framgår källan samt upphovsmannens eller fotografens namn, eller muntligen nämna det. Här kan också vara värt att påminna om att rättighetshavarna enligt COPYSWEDEs standardavtal för vidaresändning av TV-program i kabel enligt 26 f och 48 §§ har förbehållit sig rätten att i undantagsfall kunna förbjuda vidaresändning av vissa program bl a om vidaresändningen skulle utgöra ett *allvarligt och påtagligt hot mot rättighetshavarnas intressen* (§ 3).

Medan den ideella rätten enligt 26 d URL alltså på visst sätt skall beaktas s a s *ex officio* har den enligt 13 § URL och kanske även enligt 26 f § URL blivit föremål för avtal. Det torde emellertid vara tveksamt om det ideella momentet i 26 d § URL kan få någon reell verkan med tanke på den masshantering av verksinnehåll som i praktiken sker på området.

7.11 En digital bildmarknad

De möjligheter som digitaltekniken bjuder gör att hela infrastrukturen för förmedling av verksinnehåll ändras. Digitaliseringen gör att branscher integreras med varandra, t ex data, telefoni, film, TV, radio, tryck, reklam och andra media, vilka blir delar av en snabbt växande informationsindustri. Självklart spelar tekniska möjligheter att nyttiggöra bilder en viktig roll för de avtalsstrukturer och de bildmarknader som uppstår. Skilda utnyttjarkategoriers varierande möjligheter att komma åt bilder och bildrättigheter inverkar på avtalsbildningen liksom den presumtive utnyttjarens ekonomiska intresse att utnyttja bilden.

Förlagsverksamhetens former har under lång tid varit relativt konstanta.[179] Stabiliteten i den traditionella pappersbaserade tryckproduktionen har tillsammans med den successiva förändringen av marknader, reproduktionstekniker och medier möjliggjort en gradvis framväxt av olika nya typer av licensieringsstrategier. De tekniska villkoren för exploatering av rättigheterna har kontinuerligt medfört förändringar i exploateringsstrukturen. De senaste hundra årens tekniska utveckling har skapat viktiga eftermarknader för upphovsrättsligt skyddat material.

Sedan medeltiden har främst litterära, men också konstnärliga verk, exploaterats av en mellanhand genom förlagspublicering. Det har givit

[178] SOU 1978:69 s 59.
[179] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 38.

förläggaren en mycket framskjuten plats. Försök att skapa nya marknader och nya strategier kan leda till att förläggarens ställning försvagas.[180] Det är i ljuset av den utvecklingen som systematiska förvärv av skilda typer av rättigheter och satsningar på nya möjligheter för nyttiggörande av verksinnehåll på senare tid kunnat uppmärksammas inte minst hos förlagen. Det har emellertid inte bara varit hos förlag, utan också hos andra företag, såsom fonogramföretag, film- och TV-företag och elektronikföretag, som det skett förändringar. Att digitaltekniken förändrat traditionella marknadsstrukturer för bilder märks tydligt på att förlag och mjukvaruföretag börjat köpa nyttjanderättigheter av bildupphovsmännen. Digitala verk behöver inte hänga i gallerier, utan kan förmedlas på sätt som mer liknar film, video och TV.

Ett exempel kan vara företaget *Corbis* som startats av mjukvaruföretaget *Microsofts* grundare *Bill Gates*. Företagets fundament är en enorm digital databas för all världens bilder. Rätten till bilderna ur världens största kommersiella fotoarkiv, *Bettmanarkivet*, där nu sexton miljoner bilder har införlivats med basen. *Corbis* köper också systematiskt upp rättigheterna att digitalisera konstverk som finns på museer över hela världen – *Eremitaget*, *National Gallery*, *Barnes Foundation* m fl. Väsentliga delar av konsthistorien har alltså tillförts databasen. Därur kan sedan förlag, filmföretag och massmedieaktörer köpa de digitaliserade bilderna.

Den ökade tillgängligheten får marknaden att inriktas mot att förmedla det som efterfrågas. Samtidigt kostar lagerhållning av *smalare* produkter mindre. Utnyttjarna blir inte i samma utsträckning tvungna att följa förlagens utgivning, eftersom en upplaga inte tar slut på traditionellt sätt. Utvecklingen med att möjliggöra visning av bilder, framförande av film och videogram och mottagning av television i persondatorer är redan långt framskriden och gör persondatorn till ett kraftfullt och dynamiskt multimedieverktyg.

I och med utvecklingen av den digitala tekniken har nya möjligheter att nyttiggöra verksinnehåll tillkommit. Först var det databaser som förutspåddes bli nya starka informationsbanker. Den utvecklingen blev ett tidigt incitament för EG att reglera rättigheterna till databaser (jfr ovan 3.7). Med utvecklingen av digitalisering och programvara har databaserna utvecklats till multimedia. Det som tydligast skiljer multimedie- och databasavtalen från andra avtal är att de avser både överlåtelse av rätten att utnyttja en rad skilda verksuttryck och att utnyttjandena på grund därav kan ta sig skilda uttryck i såväl exemplarframställning som i framförande och visning. Visnings- och framföranderättens -

[180] Se Clark i Digitalisering s 51.

konsumtionsregler (jfr ovan) medför dock att bildupphovsmännen inte kan förfoga över visning när ett exemplar av databasen väl överlåtits, för såvitt dessa rättigheter inte förbehållits vid överlåtelsen.

Tillgång till såväl databaser som multimedia ställer krav på fungerande avtalsbildning. Genom avtal kan regleras exakt under vilka förutsättningar som databasen får användas, t ex om exemplarframställning får ske, om verket får lagras elektroniskt, om basen eller dess innehåll får hyras ut eller lånas ut och om verket får bearbetas, visas eller framföras.[181] Liksom konstförmedlingsavtal och förlagsavtal har multimedie- och databasavtal i princip tre parter: upphovsman och utnyttjare är desamma, men istället för ett förlag eller en kommissionär som mellanman är det här en databashavare eller multimedieproducent som är mellanman.[182] Vanligt är dock idag att förläggare verkar även som sådana multimedieproducenter.

Den tekniska utvecklingen har medfört att upphovsrättsligt skyddat material i allt större mängd kan distribueras direkt till slutanvändaren, vilket naturligtvis innebär väsentliga förändringar av den traditionella, exemplarbundna exploateringen av verksinnehåll.[183] För att förstå vilka effekter som de förändrade villkoren för utnyttjande ger, måste man bilda sig en uppfattning om åtkomstmöjligheterna till verksinnehåll. Medan det tidigare var fysiska materiella bilduttryck som tillhandahölls från bildbyrån och som utnyttjaren förband sig att återlämna, kan bilderna idag levereras direkt i digital form (jfr ovan).

Den eftermarknad som uppstått genom kommersiellt vidareutnyttjande av det förlagda materialet har sedan länge, på upphovsmannens eller hans rättighetshavares uppdrag, förvaltats av organisationer. Här har den tekniska utvecklingen haft ett annat slags betydelse. Den har förbättrat möjligheten att kontrollera utnyttjandenas omfattning. De kollektiva organisationerna på musikområdet har kunnat samla såväl upphovsmän som deras verk i stora internationella databaser och fördelningen av medel kan också ske med hjälp av ADB. *Karnell* har konstaterat att förvaltningsorganisationer i deras nya roll kunde skapa utmaningar för existerande system. Organisationerna skulle komma tvingas att förfoga över skilda rättighetstyper på en och samma gång, eftersom de i högre grad börjat utnyttjas tillsammans t ex i multimedia.[184]

[181] Jfr Blume i Nordic Conference on Copyright Issues s 91.
[182] Jfr Salokannel i NIR 1995 s 391 f.
[183] Olsson, Digitalteknologin s 9.
[184] Karnell i Essays in honour of Hugo Tiberg s 386.

7.12 Sammanfattning

Konstnären som skapar originalkonst förlorar, på ett annat sätt än författaren som låter förlägga sitt bokverk, lätt kontrollen över verket när det överlåts. Medan författaren kan styra de sammanhang som hans texter skall förekomma i, kan konstnären inte på samma sätt bestämma var och i vilka sammanhang ett överlåtet konstverk skall få visas, utom i samband med det första offentliggörandet.[185] Det gäller bara försåvitt upphovsmannen inte gjort uttryckliga förbehåll vid överlåtelsen, något som är ytterst ovanligt. På det sättet blir upphovsrättsliga avtal mer användbara på litteraturområdet än på konstområdet. Allteftersom den tekniska utvecklingen framskrider, får originalexemplaret emellertid allt mindre betydelse, vilket bör innebära att bilder allt lättare kommer att kunna nyttiggöras på samma villkor som andra verkskategorier – mer frigjorda från sin materiella bärare.

Det råder ett särskilt samband mellan primära rättigheter och originalverk å ena sidan och sekundära rättigheter och efterbildningar å den andra. Sambandet har främst grund i verksegenskaper och i reprografisk teknik. För att återvända till bildens materialitet, förutsätter ett primärt avtal om utnyttjande att bilden nyttiggörs för första gången. Eftersom bilder av tradition tillkommer i en relativt materiell form, tenderar detta första förfoganderättsavtal att förutsätta att bildoriginalet i fysisk mening måste förflyttas från upphovsman till utnyttjare – med eller utan mellanhand. Ju starkare bundenhet bilden har till sitt materiella exemplar, desto starkare gör sig detta faktum gällande. En konstnär som ställer ut sitt bildkonstverk i ett galleri överför det fysiska exemplaret till galleristen. Konstnären behåller visserligen som regel reproduktionsrätten till sitt verk. Men i många fall förblir verket oreproducerat före överlåtelsen och i avsaknad av tillträdesrätt kan konstnären *de facto* inte göra rätten gällande i praktiken.

Frågan om en konstnärens *droit d'accès* eller tillträdesrätt, d v s en rätt att få tillträde till sitt konstverk sedan det överlåtits, var visserligen föremål för diskussion inför 1960 års lagar. Man fann emellertid då att det skulle vara svårt att skilja mellan de skilda intressena genom en generell tillträdesrätt och någon sådan rätt infördes följaktligen inte i lagen. Droit d'accès var också föremål för utredning av UU,[186] men

[185] Jfr Hansmann och Santilli i Journal of Legal Studies XXVI/1997 s 114.
[186] Se SOU 1990:30 s 551 ff.

har hittills inte lett till införande av en uttrycklig sådan i lagen.[187] En viss begränsad tillträdesrätt har dock tillerkänts finska konstnärer genom praxis.[188]

En reklambyrå som beställer en bild av en bildkonstnär har som regel tillgång till originalet vid framställning av reklamalstret och ett förlag som skall ge ut bilden väljer ofta att på egen hand fotografera bilden. Därför innehåller sådana avtal vanligen också vissa regler som inte direkt är förknippade med originalets beskaffenhet och som alltså inte har med upphovsrätten i egentlig mening att göra.[189] Ett extremt fall av materialitet är tryckning av grafiska blad, där originalet ju inte är originalbilden i egentlig mening, utan en förlaga i form av en sten, plåt eller screen. Förlagan eller originalet får då en omedelbar betydelse för att bilden alls skall kunna förläggas.

När det gäller själva utnyttjandets faktorer: mängd, tid och materialitet, bör de fastställas i avtalet. Eljest blir det, förutom avtalets ändamål, specifikationsprincipen som drar gränsen, när inte annat är avtalat. Specifikationsprincipen bör alltså ses i relation till bildens egenskaper. Om den skall följas strikt, bör huvudregeln vara att verket inte får utnyttjas i större omfattning och under längre tid eller i en mer materialiserad form än vad som uttryckligen följer av avtalet. Bildens känslighet för bearbetning bör inskränka utnyttjarens förfoganderätt mer än vad som torde gälla förfoganden över många andra slags verk. När det gäller bildens materialitet måste man beakta att ju materiellare förfoganderätten är över bilden, desto mindre blir upphovsmannens egna förfogande- och kontrollmöjligheter över vidareutnyttjanden av bilden. Om avtalet avser visning, så bör det inte få implicera utgivning. Om situationen är den omvända, så att avtalet avser exemplarframställning, bör det enligt specifikationsprincipen visserligen inte heller implicera visning. Men förlusten för upphovsmannen skulle inte vara så stor, om en otillåten visning skulle ske, som vid en otillåten utgivning.

En viktig egenskap som blir intressant i avtalssituationer är bildens högre densitet, d v s mängden verksinnehåll per materiellt omfång eller tid, vilket borde kunna medföra utnyttjaren i många fall måste acceptera ett högre pris för utnyttjande av bildinnehåll än annat verksinnehåll. Det blir inte minst viktigt när skilda verkskategorier samlas i samma avtal. Så sker på sätt och vis redan enligt vissa avtal, t ex enligt undervisningskopi-

[187] Se prop 1992/93:214 s 100 ff.

[188] HD dom den 24 juni 1976 (Tillträdesrätt), se härom Godenhielm i NIR 1977 s 211.

[189] Upphovsmannens förfogande över sitt verk kan också begränsas genom att det i ett beställningsavtal överenskoms att endast *ett* exemplar skall få framställas och att beställaren skall ha det exemplaret (jfr Koktvedgaard/Levin s 95).

eringsavtalen, där det skall betalas mer för en bildsida än för en textsida. I förslaget till kassettersättning angavs *inspelningsminut* som ett underlag för beräkning av avgiftens storlek. Det tyder på att man utgått ifrån att endast fonogram och audiovisuella verk lagras på sådana bärare. [190]

Ofta krävs det att en rad olika litterära eller konstnärliga uttryck samverkar för att syftet med en viss utnyttjandesituation skall bli intressant. Detta faktum kan kanske resultera i att när avtalsbildningen väl sker, bilder och deras särskilda egenskaper tenderar att försvinna i mängden av kategorier. Något förhandlingsutrymme för att ta hänsyn till bildens särskilda egenskaper finns ofta inte. Det gör att bilder kan missgynnas när de i avtalssituationer *klumpas ihop*[191] med annat skyddat verksinnehåll såsom text och musik, som inte bara har lägre densitet utan även mindre känslighet för bearbetning. Konstnärliga uttryck som på det sättet kan tänkas komma bort i en komplex avtalssituation är t ex, ljussättning och andra former av luminism liksom scendekor (jfr härom ovan 3.4.3-4) och återgivning av brukskonstalster när sådana förekommer i audiovisuella verk.

Det tydliga målet är att alla utnyttjanden, eller i vart fall så många som möjligt, skall kunna observeras, att förutsättningarna för dem skall vara klara och att ersättningen i förekommande fall skall kunna inkasseras och fördelas i överensstämmelse med varje upphovsmans individuella krav. Den kollektiva förvaltningen avviker därvidlag från den grundläggande principen om upphovsrätten som en uteslutande rätt genom att såväl avtalen med rättighetshavarna som med utnyttjarna tenderar att ta formen av *anslutningsavtal.* Visserligen kan det finnas skilda taxor för olika typer av utnyttjanden eller verksinnehåll,[192] men möjligheterna i övrigt att få till stånd individuella uppgörelser är små. I avtalsbildningen med större utnyttjare sker vanligtvis individuella avtalsförhandlingar, men det kan regelmässigt varken ske med mindre utnyttjare eller med de enskilda rättighetshavarna.

Ett från upphovsrättssystematisk synpunkt grundläggande problem med den kollektiva förvaltningen är att finna en tillfredsställande balans mellan upphovsmannens ensamrätt att kontrollera och avtala om utnyttjandet av hans verk å ena sidan och organisationens förvaltning och fördelning av rättigheterna och medlen å den andra.[193] Kollektiv förvaltning ger väsentligt förbättrade avsättningsmöjligheter för sekundära rättigheter. Genom att samla alla rättighetshavare under ett och samma tak, blir

[190] Jfr Ds 1996:61 s 53 ff.
[191] Jfr Karnell i NIR 1992 s 606.
[192] Jfr Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 73.
[193] Jfr Olsson i NIR 1992 s 604.

organisationen något av ett varuhus för verk av ett visst slag. Priset som upphovsmännen måste betala för att nyttiggöra sina verk i varuhuset har varit att villkoren blir lika för alla och ofta fastställda mer eller mindre utan den enskilde upphovsmannens möjlighet till påverkan, vilket kan resultera i prisdiskriminering.[194] Den starkaste invändning som kan göras mot *avtalslicenserna* är lagstiftarens inträde i ett område där det annars står fritt för upphovsmannen att själv avtala om sina rättigheter. Motivet för den kollektiva förvaltningen har i grunden varit att den skall ge upphovsmännen ett bättre skydd än om rätten förvaltats genom individuell fördelning eller tvångslicens. Om alternativet står mellan tvångslicens och avtalslicens, är avtalslicensen naturligtvis att föredra från upphovsmannasynpunkt, eftersom den ger upphovsmännen, i vart fall medelbart, större förfoganderätt än om de skulle tvingas acceptera en tvångslicens. Står valet däremot mellan ensamrätt och avtalslicens bör lagstiftaren verka för att upphovsmännen skall kunna tillvarata sin ensamrätt.

Även om förvaltningsorganisationerna strävar efter att i så stor utsträckning som möjligt fördela medlen individuellt, är det ofta inte praktiskt möjligt att genomföra en individuell fördelning, d v s att upphovsmannens ersättning skall härröra från utnyttjanden som faktiskt har skett. Det har ofta visat sig helt ogörligt att kontrollera det faktiska utnyttjandet. Istället måste skilda typer av samplingsystem användas, som kan resultera i en snedvridning av ersättningen. Kraven på mätning av utnyttjandets omfattning och beräkningsgrundernas utformning innebär en svår balansgång mellan effektivitetskrav och exakthetskrav. Om det ställs krav på alltför omfattande och komplicerade mätningar, finns det risk för ineffektivitet och ökade administrationskostnader. Om alltför tyngande krav ställs på utnyttjarna att rapportera det faktiska utnyttjandet, finns det också risk för att utnyttjarna inte vill sluta avtal med organisationen eller att de bryter mot avtalet. Om beräkningsgrunderna blir alltför generella, finns det å andra sidan risk för snedfördelning som kan resultera i att rättighetshavarna inte vill ansluta sig till organisationerna.[195]

[194] Se Dworkin i Collective Administration of Copyright in Europe s 19.
[195] Jfr Ficsor s 17 f.

KAPITEL 8
FÖRFOGANDERÄTTENS NEGATIVA SIDA

Utanför avtalsrättsligt uttryckta utnyttjandeformer faller *tredje mans* utnyttjande av verket. Därmed blir förfoganderättens negativa sida en spegelbild av vad som ryms inom ramarna för upphovsmannens förfogandemöjligheter. Upphovsrättens effektivitet märks då i upphovsmannens möjligheter att beivra intrång.

Den negativa sidan innehåller ett brett spektrum från *undermedveten efterbildning* över mer eller mindre långtgående avtalsbrott och oaktsamhet till rena uppsåtliga intrång – *pirateri.*

Om den som företagit en efterbildning *undermedvetet* utgick från ett verk som han *de facto* kände till, innebär det i princip ett intrång. Den undermedvetna efterbildningen skiljer sig alltså från ett rent plagiat endast genom att den subjektiva viljan att efterbilda saknas. Något undantag för brist i det subjektiva rekvisitet ges inte, annat än i ersättningssammanhang.

Om det däremot är fråga om att någon undantagsvis *omedvetet* skulle *dubbelskapa* ett verk, bör den som framställt dubbelskapelsen – enligt upphovsrättens princip om subjektiv nyhet (jfr ovan s 53 f) – få skydd för den.[1] Ofta hindras bedömningen i praktiken av bevisproblem. Domstolen måste i det enskilda fallet använda presumtionsregler. Enligt *Strömholm* förekom i upphovsrättsliga tvister påståenden som hänförde sig till ett verks förhistora – en påstådd plagiatör förklarade sig t ex aldrig ha sett den antagna förebilden – men på grund av bevissvårigheter (och kännedom om att s k omedvetna plagiat var möjliga) torde dylika påståenden enligt *Strömholm* för det mesta sakna nämnvärd betydelse. Vad

[1] Jfr uttalandena i motiven till införande av ett uttryckligt skydd för datorprogram där det angavs att om undantagsvis två personer oberoende av varandra utformade ett datorprogram på exakt samma sätt utan att det för den skull var fråga om ett okomplicerat program, man torde få acceptera att båda programmen blev skyddade och att båda programskaparna betraktades som upphovsmän, var och en till sitt program (Prop 1988/89:85 s 27).

domstolarna gjorde, regelmässigt om inte rent av undantagslöst, var att jämföra två färdiga arbetsresultat.[2]

I det ovan berörda avgörandet om *smultronmönster*[3] ställdes frågan på sin spets för svensk rätts del. Domstolen konstaterade att den som gjorde gällande att det förelåg ett intrång i upphovsrätten till ett verk hade bevisbördan för att en efterbildning skett. En framträdande likhet med det skyddade verket kunde emellertid i och för sig anses utgöra ett starkt stöd för att det senare tillkomna alstret var just en efterbildning. Den som påstods ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt att hans alster framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skulle anses föreligga. HD konstaterade vidare att svaranden gjort gällande, att det påstådda intrångsmönstret (jordgubbsmönstret) utgjorde en variation av ett tidigare mönster med plommon och körsbär och att, även om smultronmönstret var känt, jordgubbsmönstret inte utgjorde någon efterbildning av det. Käranden hade uppgivit, att bolagets företrädare vid ett besök hos en leverantör i Hongkong dels inköpt tyg med det färdiga mönstret med plommon och körsbär, dels beställt den nämnda variationen och därvid bestämt, att mönstret skulle förminskas och frukterna ersättas av jordgubbar. Den sistnämnda ändringen utfördes omgående utan förlaga av en hos leverantören anställd designer.[4]

För att minimera risken för av gränsdragningsproblem av det slag som ovan beskrivits har i doktrinen framhållits att det skall vara otänkbart, att två upphovsmän oberoende av varandra skall kunna skapa två alldeles överensstämmande verk (jfr ovan s 52).[5] Detta s k dubbelskapandekriterium har länge funnits med i doktrinen,[6] men har kanske särskilt preciserats av *Ljungman* och *Bergström*. Enligt *Ljungman* kunde det antas att verkshöjd förelåg om alstret *utvisade sådan egenart, att risken var minimal för att ännu ett alster av samma eller liknande innehåll skulle kunna framställas av annan person.*[7] Enligt en liknande *unikumprincip* uttryckte *Bergström* att ett alster var unikt och därför ett *verk* om det i praktiken inte skulle kunna åstadkommas av två personer oberoende av varandra.[8] Kriteriet har förordats som en hjälpnorm vid verkshöjdsbedömningen.[9]

[2] Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 86 f.

[3] NJA 1994 s 74 (Smultron).

[4] En liknande fördelning av bevisbördan har redan tidigare också förespråkats i den nordiska doktrinen (se Karnell i Mélanges Joseph Voyame s 152 ff; Programinnehållet i TV s 375 ff; jfr också Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 136).

[5] Jfr Eberstein, Författarrätten 1925 s 100.

[6] Se ibidem 100; jfr Lund, Billedkunsten s 110.

[7] Ljungman i Nordisk gjenklang s 184.

[8] Bergström i Mélanges de droit comparé en l'honneur du Doyen Åke Malmström 1972 s 15.

[9] Se prop 1969:168 s 135 och prop 1988/89:85 s 27. Hittills har den svenska HD tillämpat ett sådant kriterium endast en gång (se NJA 1995 s 256 (Nummerbank)). Om

Det kan också vara så att utnyttjaren tror att han utnyttjar ett verk men att så inte är fallet. Han kanske tror att hans alster är en bearbetning inom ramen för 4 § 1 st URL, medan det egentligen är fråga om något som åstadkoms i fri anslutning till verket (4 § 2 st URL). Att det då inte föreligger ett intrång är självklart. Emellertid har denna och liknande situationer, som nedan visas, i många fall väsentlig betydelse i den faktiska verkligheten. I många fall sker utnyttjanden av så små delar av verket att det upphovsrättsrelaterade utnyttjandet kan ifrågasättas. Inte desto mindre sker utnyttjandet under upphovsrättsliga avtalsformer.

Vanligt är att den som begår intrånget har utnyttjat verket med ett annat *primärsyfte* än att företa just exemplarframställning av det ifrågavarande verket. Ett skyddat verk kan exempelvis med eller utan upphovsmannens tillstånd utnyttjas i reklamsammanhang eller såsom kännetecken.

Belysande är ett äldre utslag av HD[10] där det ansågs förbjudet att utnyttja av *Ferdinand Boberg* ritade vykortsmotiv föreställande vyer av Baltiska utställningen i Malmö 1914 som varumärke på varuförpackningar.

Ju svagare exemplarframställningssyftet är, desto mer liknar åtgärden något som skulle kunna omfattas av ett undantag eller helt falla utanför ensamrätten. En företeelse som uppmärksammats något under senare år är möbelföretag som i sina kataloger exponerar konstverk på väggarna i sina interiörbilder.

Göta hovrätt[11] fastställde en av Ljungby TR given dom där det ansågs utgöra upphovsrättsintrång att utan tillstånd använda en konstnärinnas bildkonstverk i IKEAs möbelkatalog såsom bakgrunder i interiörbilder.

Belysande är också det ovan under 2.1 berörda fallet NJA 1981 s 313 (Två herrars tjänare) där en fotograf hade tagit ett fotografi av ett antal statister, på en teaterscen i syfte att åstadkomma en bild till ett fonogramomslag. Scenografi hade emellertid skapats för ett visst teaterstycke (*Goldonis Två herrars tjänare*). Bilden ansågs utgöra exemplar av scenografin.

För att ett rent *plagiat* skall föreligga förutsätts att den efterbildande medvetet har försökt eftergöra eller kopiera ett verk och att det lyckats. Om uppsåt att efterbilda ett verk finns, men det misslyckas, utgör efterbildningen naturligtvis inte något upphovsrättsintrång.

problemen med att tillämpa dubbelskapandekriteriet i praktiken se Nordell i NIR 1995 s 631 ff och dens i GRUR Int 1997 s 110.

[10] NJA 1917 s 369 (Varumärke).

[11] Göta HovR dom den 15 juli 1993 (Nessim).

Den rent illegala exemplarframställningen har blivit ett stort problem inom upphovsrätten, hittills främst på fonogram-, videogram- och datorprogramområdena. Det är sådan otillåten exemplarframställning som enligt nordisk rättspraxis renderat strängast straff. Redan i slutet av 1970-talet uppmärksammades den allt större omfattningen av illegal exemplarframställning, främst på fonogrammarknaden.[12] Det ledde till en översyn av upphovsrättens sanktionsbestämmelser.[13] Övervägandena resulterade så småningom i skärpta sanktioner på upphovsrättsområdet: dels höjdes straffmaximum från sex månaders fängelse till två år, dels förbättrades möjligheterna att företa säkerhetsåtgärder.

Digitaltekniken har givit ytterligare förutsättningar för piratkopiering, eftersom original och kopia kan få samma kvalitet. Under lång tid har datorprogram kopierats och spritts illegalt. Idag kan både datorprogram och annat verksinnehåll spridas direkt via digitala nätverk. Spridning genom BBS-verksamhet har för svensk rätts del särskilt belysts i det s k BBS-målet.[14]

Till en BBS hade från datorer anslutna till BBSen överförts kopior av upphovsrättsligt skyddade datorprogram utan upphovsmannens eller hans rättighetshavares samtycke. Andra datoranvändare i BBS-nätet kunde därefter via sina datorer kopiera programmen. Enligt HD gällde målet om BBS-operatören drivit en datornätsverksamhet, som möjliggjort för andra att bl a överföra datorprogram från BBSen till en ansluten dator genom *download*. Såsom ansvarspåståendena utformats, fick enligt HD den fråga som RÅ velat underkasta HDs prövning anses vara om BBS-operatören gjort sig skyldig till upphovsrättsintrång redan genom att programmen varit tillgängliga i hans BBS, varifrån de kunnat kopieras av tredje man. Prövningen gjordes således med utgångspunkt i att något annat aktivt handlande inte skulle läggas BBS-operatören till last än att han tillhandahållit en BBS som skulle fungera som elektronisk brevlåda för meddelanden och ett lager för program. Åtgärden ansågs inte medföra ansvar.

8.1 Förfoganderättsgränsen inter partes

Inget hindrar att avtal träffas om ett förfogande utanför upphovsrättslagstiftningens ekonomiska tillämpningsområde.[15] Vad som eljest skulle vara

[12] Se härtill Davies, Piracy of Phonograms, a Study Requested by the Commission of the European Communities, ESC Publishing Limited, 1981.
[13] Se DsJU 1981:7.
[14] NJA 1996 s 79 (BBS).
[15] Jfr Blomqvist, Overdragelse s 98.

att anse som ett otillåtet utnyttjande, kan självklart bli också lovligt genom att upphovsman och utnyttjare avtalar om rätt till utnyttjandet. Det har en väsentlig betydelse vid oklarhet i intrångsfrågan om ett utnyttjande faller inom ensamrättens ramar eller inte, t ex när det råder oklarhet om en bearbetning faller inom ramen för 4 § 1 eller 2 st URL eller om en viss exemplarframställning faller inom ramen för 12 § URL eller inte.

I många fall kan det vara svårt att avgöra om ett avtalsbrott samtidigt innebär ett upphovsrättsintrång. Man skiljer mellan obligatorisk och icke-obligatorisk bundenhet.[16] I motiven till URL uttalade AK att det i avtal om utgivning av ett dramatiskt verk i bokform kunde stipuleras t ex att utgivningen inte fick ske förrän verket hade fått sin premiär på scenen. Om villkoret överträddes, innebar det att förläggaren handlat i strid mot en av de i URL angivna ensamrätter som skulle tillkomma upphovsmannen och därmed hade upphovsmannens rätt kränkts. Den skyldige kunde då drabbas av sedvanliga påföljder inom ramen för immaterialrättens sanktionssystem. Villkor, som inte omedelbart anknöt till förfoganderätten, medförde däremot i allmänhet endast *obligatorisk bundenhet* för förvärvaren. Normalt kunde påföljden av en överträdelse då endast bli skadestånd. Det exempel som AK angav var att en författare förbehöll sig att verket skulle utges i viss utstyrsel.[17]

Avtal om förfoganderätt utanför ensamrättsområdet förtar inte avtalet dess obligationsrättsliga giltighet. Förfoganderätten kan således *inter partes* bestämmas till objekt som *inte når verkshöjd*, vars *skyddstid har löpt ut* eller till att gälla *andra förfoganden* som inte anges i lagen. Teoretiskt sett har sådana avtal – ur ett upphovsrättsligt perspektiv – knappast någon mening för utnyttjaren, eftersom han ändå besitter den rätten. Från obligationsrättslig synpunkt kan sådana konstruktioner i vissa fall också ha fördelar för avtalsparterna. Det utesluter dock inte risken att avtalet kan anses konkurrensbegränsande och därmed ogiltigt enligt 7 § KonkL.

Avtalsklausuler till skydd för giltigheten av en upplåten rätt förekommer också i upphovsrättsavtal, där det ju i princip alltid råder oklarhet om rättens existens. Om någon upphovsrätt *de facto* inte existerar, är det inte särskilt förmånligt för licenstagaren att betala för det som han eljest hade rätt att utnyttja fritt. Emellertid kan det för båda parter vara fördelaktigt att eliminera en eventuell kostsam och komplicerad process om rättens bestånd genom att utgå ifrån att objektet är skyddat.[18]

[16] Se SOU 1956:25 s 276.
[17] Ibidem.
[18] Jfr Handel med immaterialrätt s 33.

Man kan också tänka sig att upphovsmannen själv utnyttjar en upplåten eller överlåten rätt i strid med avtalet. Frågan är då om upphovsmannen själv begår upphovsrättsintrång. Att så skulle vara fallet har visserligen hävdats i doktrinen.[19] Enligt min mening kan det kanske ligga närmare till hands att se situationen enbart som ett avtalsbrott.[20]

En utsträckning av avtalet till området utanför den legala ensamrätten kan innebära en kränkning av rättigheter som tillkommer tredje man.[21] Utnyttjaren vill då normalt gardera sig mot att en sådan situation uppstår. Det kan ske genom att upphovsmannen i avtalet garanterar att den licensierade rättigheten inte gör intrång i tredje mans rätt. Om tvist skulle uppstå, kan utnyttjaren då ha möjlighet att få eventuella skador ersatta av den påstådde upphovsmannen.

Enligt art 19.2 i ALG 95, som är ett standardavtal för grafisk produktion, gäller att beställaren gentemot leverantören svarar för att det inte finns några rättsliga hinder för leverantören bl a att reproducera eller mångfaldiga tillhandahållet material. Enligt bestämmelsen får beställaren ta konsekvensen av att tredje man innehar rätten till det som skall mångfaldigas. Om leverantören framställer exemplar av material som tillhandahålls av en beställare, riskerar ju leverantören eljest att begå upphovsrättsintrång.[22] Enligt avtalet tar beställaren emellertid på sig ansvaret för sådana intrång. Enligt § 2 st 2 i *Reklamavtalet* gäller också att en reklambyrå som tillhandahåller upphovsrättsligt skyddat material skall ansvara för att materialet får användas.

8.1.1 Överlåtelse inom inskränkta områden

När det gäller avtalssituationer kan upphovsmannen som ovan antytts för ett visst avtalat utnyttjande ställa som villkor att bilden inte får utnyttjas på ett sätt som eljest vore tillåtet, t ex att lagras digitalt. Det stora problemet uppstår främst när det finns särskilda undantag i lagen, som kan tänkas ge rätt till digitalisering såsom enligt 12 § URL, och något avtal med utnyttjaren inte har träffats som begränsar den rätten. Då kan upphovsmannen enligt gällande rätt inte hindra annans digitalisering av hans verk. Han är tvärtom hänvisad till den i 11 § angivna begränsningen av förfoganderätten. Den regel som 11 § ger uttryck för är emellertid en allmän regel som säger att inskränkningarna i uteslutanderätten skall tol-

[19] Se t ex Torp s 62 ff och Knoph, Åndsretten s 142; jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 284 f.

[20] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 284.

[21] Se om denna situation Vyrje i ADB, avtal och upphovsrätt s 99 ff.

[22] Se Medieproduktion s 148 f.

kas restriktivt.[23] För dansk rätts del har problemet endast delvis lösts genom § 12 4 DURL, eftersom den regeln endast förbjuder digital kopiering av ett digitalt exemplar, inte rätten att digitalisera ett analogt exemplar (jfr ovan s 276).

Avtalsparternas fria dispositionsrätt över avtalsobjektet innebär att en legal inskränkning i rätten enligt 2 kap URL kan kringgås i praktiken. Även om en inskränkning möjliggör för tredje man att utnyttja verket inom området för 2 § URL utan upphovsmannens samtycke, kan den rätten begränsas genom avtal i det enskilda fallet. Man kan alltså avtala bort en inskränkning av en rätt för ett visst exemplar och för ett visst ändamål. En konstnär kan t ex vid överlåtelse av en av honom utförd målning avtalsbinda en eventuell förvärvare till att inte göra kopior av verket, som denne eljest hade rätt till enligt 12 § URL. Upphovsmannen kan vid överlåtelsen också avtalsvis överenskomma med den som övertar exemplaret att förvärvaren inte får visa det offentligt. På liknande sätt kan ett museum – oavsett innehav av upphovsrätt – som villkor för inträde ställa som krav att verken i dess samlingar inte får fotograferas. Överträdelsen av ett sådant villkor är inte förenad med utomobligatoriskt ansvar, men kan medföra *skadeståndsskyldighet*.[24]

För att en sådan förfogandeinskränkning skall få avtalsgrundande rättsverkan torde det emellertid krävas att motparten *tydligt* görs uppmärksam på att villkoret belastar förfoganderätten.[25] Det måste göras till en del av det individuella avtalet.[26]

8.2 Kontrollproblem

En praktiskt intressant fråga, som emellertid ligger något vid sidan av den övriga framställningen, är hur en sådan gärning skall behandlas upphovsrättsligt vilken innebär att någon framställer ett bildexemplar endast

[23] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 109.

[24] SOU 1956:25 s 184.

[25] Jfr Picker, Praxis des Kunstrechts s 25.

[26] Jfr den nordisk rätt härskande uppfattningen om s k *shrink wrap*-klausuler, vilka normalt inte ansetts giltiga annat än om de uttryckligen införlivats med avtalet (se SOU 1985:51 s 102; Blomqvist, Overdragelse s 104 f och 101); jfr härtill också NJA 1939 s 592 (Utlåning i förvärvssyfte förbjuden) där förbehåll mot utlåning av en bok i förvärvssyfte inte hindrade köpare av bokexemplar att låna ut boken, när förbehållet inte gjorts till villkor vid bokköpet, och NJA 1949 s 645 (Får ej offentligt utföras utan tillstånd) där motsvarande bedömning gjordes av förbehåll på grammofonskiva som åberopades mot radioutsändning.

i syfte att bearbeta det till ett i fri anslutning åstadkommet verk enligt 4 § 2 st URL. Rent principiellt innebär ju en sådan gärning exemplarframställning, även om *syftet* med den inte är att framställa ett exemplar utan en oberoende bearbetning. Med tillämpning av amerikanska rättsprinciper kunde rätten till *fair use* kanske rättfärdiga en sådan exemplarframställning. Oaktat otillåtligheten, är det uppenbart att den ofta sker och naturligtvis också ofta har skett med utnyttjande av äldre analog teknik. Hittills har en sådan exemplarframställning inte legat till grund för några mer omfattande överväganden. Anledningen till det är väsentligen att utnyttjandet inte kunnat kontrolleras. Den digitala teknikens fördelar ger emellertid inte bara väsentligen förbättrade möjligheter att åstadkomma bra slutresultat, utan kommer också på sikt att medföra möjligheter att i det slutgiltiga resultatet avgöra om och i vilken utsträckning ett eller flera verk ligger till grund för en bearbetning. Problemet bör i praktiken kunna lösas på en fungerande digital marknadsplats (se nedan 8.2.1).

När ett verk gjorts tillgängligt för allmänheten, med eller utan upphovsmannens tillstånd, och ingår i cirkulationen av verksinnehåll på marknaden, finns, som ovan konstateras, ofta avsevärda problem att *kontrollera* både de medgivna utnyttjanden som sker och att verket inte blir föremål för otillåtet vidareutnyttjande. Upphovsmannen kan inte kontrollera alla exemplar av verket, vilka kan vara spridda i olika media över hela jorden. Den som vill utnyttja verket, kan således i allmänhet göra det med hjälp av ett exemplar som är i hans besittning. Samtidigt är det tidsödande och kostsamt att nå upphovsmannen för att få hans medgivande.[27] Kontrollproblemen vid *sekundära* utnyttjanden kan variera i beroende av vilken typ av verkskategori det är fråga om och med hänsyn till det medium i vilket verket har tillgängliggjorts. När det gäller bildutnyttjande har särskilt fotokopieringstekniken, TV- och videogramtekniken och utvecklingen av digitaltekniken i övrigt väsentligen bidragit till att bilder sprids på ett sätt som minskar möjligheterna för upphovsmannen att kontrollera fortsatt utnyttjande.

I det perspektivet blir den kollektiva rättighetsförvaltningen intressant genom att den begränsar både upphovsmännens och utnyttjarnas förfoganden över verket till ett fixt begränsat förfogande. Den framstår som ett mellanting mellan positiv och negativ förfoganderätt eftersom utrymmet för upphovsmannen att bestämma villkoren för nyttiggörande av hans verk är låst. Ju svårare det är att kontrollera sekundära utnyttjanden, desto större betydelse får den kollektiva rättighetsförvaltningen. Om verket redan är utgivet eller offentliggjort, kan avtal om sekundära utnytt-

[27] Bergström i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult s 67.

janden inte göras i samband med avtalet om det primära utnyttjandet. Rena efterbildningar i form av piratkopior eller andra uppenbara plagiat kan givetvis upptäckas när de blir föremål för otillåtet offentliggörande eller utgivning. Men möjligheterna är små att kontrollera att skyddade verk i näringsverksamhet inte lagras på interna databaser som endast finns tillgängliga inom företag eller organisationer. Även när det står klart att den del av ett utgivet verk, som klart kan urskiljas i ett nytt verk, inte är en tillräckligt stor del av det ursprungliga verket för att utgöra upphovsrättsintrång, är det svårt att bevisa att inte hela verket ursprungligen *scannats* och *samplats* och därmed på ett otillåtet sätt lagrats i datorn för att sedan bearbetas och läggas till grund för det nya verket.

Lagstiftningen tillhandahåller – med undantag av den i sig begränsade åtalsplikten vid intrång – inte några effektivt fungerande kontrollsystem eller remedier mot det otillåtna utnyttjande som faktiskt sker. Den omfattande plagiatframställningen och piratkopieringen talar också för att det är på det sättet. Såsom lagstiftningen är utformad lockar den alltså till intrång i rätten som ofta varken upptäcks eller med enkla medel kan åtkommas.[28]

För att komma till rätta med de problem som den otillåtna exemplarframställningen vållar, har olika legala och tekniska åtgärder föreslagits och vidtagits. Ett förslag har varit att införa skilda typer av tekniska anordningar som förhindrar eller begränsar möjligheterna att kopiera verk.[29] På fotokopieringsområdet har man länge experimenterat med att ge ut text på rödfärgat papper som försämrar möjligheterna till fotokopiering med tillfredsställande resultat.[30] Sådana metoder är naturligtvis mindre ändamålsenliga när det gäller bilder. Det gäller kanske särskilt såtillvida som det just är med utvecklingen av färgkopiatorer som exemplarframställningen blivit ett reellt hot på bildområdet. Här gör sig alltså åter bildens *känslighet* gällande.

Det är inte minst i ljuset av kontrollproblemen som databasdirektivet vuxit fram. I preambeln (p 30) slås fast att upphovsmannens ensamrätt måste omfatta rätten att avgöra på vilket sätt och av vem verket får utnyttjas samt i synnerhet rätten att kontrollera verkets spridning till obehöriga personer. Direktivet innehåller därför det särskilda *sui generis*-rätten som skall garantera att investeringar för anskaffning, granskning och presentation av innehållet i databaser skyddas. Syftet med rätten är enligt preambelns p 41 att ge databasproducenten möjlighet att förhindra olov-

[28] Se Karnell i Copyright World 71/1997 s 34 ff.
[29] Olsson, Copyright s 102.
[30] Se Chesterman/Lipman, The Electronic Pirates s 93.

ligt utdrag eller återanvändning av hela eller väsentliga delar av databasinnehållet. Rätten att förbjuda utdrag eller återanvändning bör enligt preambelns p 49 emellertid inte kunna innebära en rätt att hindra en behörig användare från att ta ut eller återanvända mindre väsentliga delar av basen om en sådan användning inte orsakar skada på *sui generis*-rätten eller på någon upphovsrätt till verk.

På senare tid har det uppmärksammats internationellt att de digitala möjligheterna för utnyttjande ställer ökade krav på teknisk kontroll av de utnyttjanden som faktiskt sker.[31] I och med att de tekniska möjligheterna att lagra, söka och överföra information har ökat, har också ökade möjligheter att kontrollera utnyttjanden och hantera och administrera rättigheter utvecklats.[32]

I EGs grönbok konstaterades att den digitala tekniken med dess ständigt växande kapacitet för databehandling också möjliggjorde ett bättre skydd för verk, förutsatt att det snabbt infördes system som vann allmän uppslutning.[33] Det gällde att skapa en identifikation för alla verk. Den kunde innehålla antingen upplysningar endast om verket eller mycket fullständigare information som också kunde ta upp rättighetshavare och licensbestämmelser.[34]

På flera håll i doktrinen har begreppet *elektroniska motorvägar* tagits som utgångspunkt för en beskrivning av hur handeln med rättigheter skall bedrivas i en digital miljö.[35] I denna liknelse, vars terminologi hämtats från trafiken, kan upphovsmannens uteslutanderätt ses som trafikljus på motorvägen. Med hjälp av kollektiv förvaltning av rättigheterna betalar den som färdas på motorvägen i en och samma lucka (*one stop shop*) för att på bekvämaste sätt kunna röra sig snabbt och långt utan att möta hinder.

Digitalteknikens egna möjligheter att auktorisera och kontrollera utnyttjanden och hantera rättighetsklareringen har länge diskuterats. Tanken att låta en central organisation (ett *clearinghouse*) på upphovsmannens begäran och på upphovsmannens villkor administrera bestämda utnyttjanden av hans verk har funnits i vart fall sedan början av 1970-talet.[36]

[31] Intresset härför finns inte endast inom EU utan har därtill också uppmärksammats av den s k G7-gruppen och WIPO (se Grönbok s 13).
[32] Ficsor s 11 och 16.
[33] Grönbok s 79 f.
[34] Op cit s 79.
[35] Se t ex Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering s 137; Cornish i Nordic Conference on Copyright Issues s 111. Dixon/Self i EIPR 1994 s 465 ff; Karnell i Essays in Honour of Hugo Tiberg s 385.
[36] Jfr Keplinger i RIDA LXVI/1970 s 27.

De då högt ställda förhoppningarna kom dock att grusas på grund av att digitaltekniken utvecklades långsammare än man ursprungligen trott. Också realpolitiska faktorer torde ha spelat in. De organisationer, som under lång tid skött rättighetsförvaltningen kollektivt verkade under 1970- och 1980-talen starkt för ökad kollektivisering av upphovsrätten på många områden. Organiserad kollektiv förvaltning ansågs då vara det mest effektiva sättet att fånga upp stora mängder av sekundära utnyttjanden. Att satsa på utveckling av effektiva system för individuell förvaltning var därför inte prioriterat.

På musik- och datorprogramområdena har man utvecklat särskilda system, *Serial Copying Management System* (SCMS), som gör det möjligt att framställa en men inte flera kopior. Det kan kompletteras med ett straffsanktionerat förbud mot att bryta kopieringsspärrarna.[37]

Många av de nya TV-tjänsterna kan betalas med avgifter. Antalet hushåll som har betal-TV beräknas öka kraftigt. Därmed ökar intresset för ett tekniskt system som möjliggör att enkelt erbjuda betal-TV-tjänster till alla som vill se programmen.[38]

För att säkerställa att programinnehållet inte åtkoms av andra än dem som har betalt eller eljest skall ha tillgång till det är det vanligt att man kodar sändningarna. Vid den s k källkodningen överförs den analoga signalen till digital form och komprimeras. Den digitala signalen förvrängs sedan. Mottagare som vill få tillgång till programinnehålllet måste då ha särskild utrustning (dekoder) för att återställa signalen. Dekoderutrustningen erhålls mot betalning. Därmed kan programföretaget alltså kontrollera vem som skall få tillgång till sändningarna.[39] Betal-TV-tjänster kan vara av olika slag. Ett är att mottagaren har ett särskilt *abonnemang* som ger honom tillgång till en kanal under en viss given tid mot betalning. Ett annat är s k *pay-per-view* där mottagaren betalar för den utnyttjade tiden. Under denna betalform faller också *on-demand-publishing*, som kan avse annat medieinnehåll.

Det finns flera problem med krypterad informationsöverföring. För det första måste krypteringen bygga på något slags standard som kan accepteras generellt och internationellt. För det andra har en viss osäkerhet ansetts råda i fråga om att överföra krypterat medieinnehåll i öppna nätverk på grund av svårigheterna att granska innehållets laglighet.[40]

[37] Olsson, Copyright s 102.
[38] SOU 1994:105 s 113.
[39] Ibidem.
[40] Jfr Bing i NIR 1995 s 598 f.

Dekoderutnyttjande förutsätts vila på avtalsgrund. Sändaren tillhandahåller dekodern till utnyttjaren som får förfoga över den på avtalsenligt sätt mot betalning.[41] Den som genom ett abonnemangsavtal får tillgång till en dekoder är skyldig att följa villkoren i avtalet. Bryter han mot dem, t ex genom att inte erlägga stipulerade avgifter eller genom att göra ingrepp i dekodern, begår han avtalsbrott, vilket kan medföra rättsverkningar av olika slag.[42]

En piratdekoder kan tillverkas yrkesmässigt, men den kan också tillverkas av enskilda för eget behov. Man måste därför räkna med att personer med särskilda fackkunskaper och tillgång till specialapparatur kommer att kunna bryta igenom de kodningsmetoder som används för konsumentbruk.[43] När utrustning för olovlig avkodning tillverkas i mer eller mindre industriell skala och säljs eller hyrs ut till allmänheten kan hanteringen komma att bli till ett hot mot själva idén att erbjuda TV- och radioprogram mot avgift.[44]

Utveckling av mer avancerade kodningsmetoder är naturligtvis ett sätt att försvåra olovlig avkodning. Emellertid har det visat sig svårt att hela tiden vara steget före utomstående som tillverkar eller modifierar olovliga avkodningsutrustningar. För att motverka skadeverkningarna av den olovliga avkodningen har det därför ansetts krävas även andra medel som kompletterar det tekniska skyddet.[45] På *datorprogramområdet* finns idag i 57 a § URL en straffsanktion mot den som säljer, hyr ut eller för försäljning, uthyrning eller annat förvärvssyfte innehar ett hjälpmedel som är avsett endast för att underlätta olovligt borttagande eller kringgående av en anordning som anbragts för att skydda ett *datorprogram* mot olovlig exemplarframställning. Ett liknande förbud finns i Sverige genom en särskild lag mot att saluhålla eller förvärvsmässigt inneha s k piratdekoderutrustning för att utan betalning få tillgång till *TV-program*.

Enligt 2 § lagen (1993:1367) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning får sådan utrustning inte yrkesmässigt eller annars i förvärvssyfte olovligen tillverkas, överlåtas, hyras ut, installeras eller underhållas i avsikt att bereda någon utanför abonnentkretsen tillgång till innehållet i en kodad sändning som erbjuds mot betalning. Enligt 1 § förstås med *kodad sändning som erbjuds mot betalning* en sändning av radio- eller TV-program som är riktad till allmänheten och där den programbärande signalen ändrats i avsikt att programmen skall bli tillgängliga endast för dem som betalar för programmen (abonnentkretsen). Med *avkodningsutrustning* förstås en anordning som är konstruerad för att ensam eller tillsammans med någon annan anordning kunna bereda tillgång till innehållet i en kodad sändning eller är särskilt anpassad för detta ändamål.[46]

[41] Jfr Karnell i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s 169.
[42] Prop 1993/94:53 s 10.
[43] Op cit s 7.
[44] Op cit s 15.
[45] Op cit s 17.
[46] Jfr det norska avgörandet NRt 1994 s 1610 (Dekoder) där två personer som producerat och sålt anordningar för avkodning av TV-signaler åtalades för brott mot § 145 2 st i den norska strafflagen, enligt vilken det är straffbart att bryta ett skydd eller på annat sätt otillåtet skaffa sig tillgång till data eller programutrustning som är lagrad eller som överförs genom elektroniska eller andra tekniska medel och där de efter överklagande

I anslutning till lagen bör kanske observeras att själva tillverkningen eller innehavet av utrustning *för att* framställa t ex digitala exemplar av ett verk inte i sig kan åtkommas med upphovsrättslagstiftningens sanktionsbestämmelser. För det skulle krävas att utrustningen också *använts* olovligt. Eftersom framföranden till en mindre, sluten krets är tillåtna (jfr ovan s 242 f), kan den som själv skaffade en piratdekoder för sitt eget mottagande av krypterade sändningar inte göra sig skyldig till upphovsrättsintrång. Däremot gör en vidaresändning till en större krets intrång i den upphovsrättsliga förfoganderätten eftersom dekodern gör verket tillgängligt för en allmänhet som eljest inte skulle ha nåtts av det.[47] Varken i det ena eller andra fallet får emellertid vad som tillgängliggjorts medelst piratdekodern utnyttjas i enlighet med någon av undantagsbestämmelserna i 2 kap URL, såsom exemplarframställning för enskilt bruk eller citat.[48]

En observation som kan göras i anslutning till lagen är att den strikt har begränsats till radio- och TV-sändningar. Även om dekoderutrustning likväl kan användas i öppna digitala nätverk, skulle det krävas en lagändring för att lagen skall kunna tillämpas även på sådana media. I art 11 WCT finns emellertid regler avseende tekniska skyddsåtgärder. De avtalsslutande parterna skall föreskriva tillfredsställande rättsligt skydd och effektiva rättsmedel mot kringgående av tekniska skyddsåtgärder som upphovsmännen använder i anslutning till utövande av sina rättigheter vilka begränsar möjligheterna till sådana åtgärder som inte medgivits av upphovsmännen eller som är tillåtna enligt lag.[49]

För behovet av särskild lagstiftning mot obehörig dekoderutrustning talade, enligt Datastraffrättsutredningen, att den olovliga avkodningen medförde betydande skadeverkningar för flera olika grupper. Skadeverkningarna liknade mycket dem som var ett resultat av olovlig kopiering och försäljning av ljudinspelningar, filmer och videogram, varemot skärpta lagstiftningsåtgärder redan tidigare vidtagits.[50]

Datastraffrättsutredningen konstaterade att avkodning i första hand kunde leda till skadeverkningar för de programföretag vilkas sändningar avkodades, särskilt om sändningarna finansierades med abonnemangsavgifter eller annan betalning direkt från publiken. Även i de fall avkodningen skedde inom områden för vilka programföretagen inte hade förvärvat rättigheter, kunde företagen skadas genom att de drabbades av ytterligare krav från rättighetshavarna. Skadeverkningar kunde enligt Datastraffrättsutredningen också drabba andra programföretag, biografägare och videouthyrare. Om publiken fick del av filmer och andra program genom olovlig avkodning kom intresset att ta del av dessa program via andra kanaler att minska. Det var uppenbart att en otillåten tillgång till ersättningspliktiga sändningar var till förfång för upphovsmännen. Ersättningen till upphovsmän grundades regelmässigt på publikens storlek. Om publiken ökade genom olovlig avkodning, skedde ingen

till Høyesterrett frikändes därför att TV-signalerna enligt bestämmelsen inte utgjorde "data".

[47] Karnell i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s 179.

[48] Se op cit s 181.

[49] Angående lagstiftning mot obehörig dekoderanvändning i andra länder se op cit s 170 f.

[50] SOU 1992:110 s 540; jfr prop 1993/94:53 s 14.

motsvarande ökning av ersättningen, och om programmen blev tillgängliga också i andra områden än det avsedda, skulle värdet på sändningsrätten minska.[51]

Åtkomlighetsbegränsning och åtkomlighetskontroll kan också ske genom uppkoppling via telenätet. Då kan sändaren prissätta den tid som utnyttjaren är kopplad till t ex en databas. En sådan kontroll av utnyttjandet är emellertid relativt trubbig eftersom det är svårt att kontrollera vidareutnyttjanden av verket. Den som erbjuder program eller annan verksinformation mot abonnemangsavgift måste kunna se till att endast den som erlagt avgift har möjlighet att ta del av programmen eller verksinnehållet.

En viktig förutsättning för att utnyttjandekontrollen skall kunna ske i ett öppet digitalt nätverk är att det tillgängliga verksinnehållet kan identifieras.[52] Det har traditionellt tillförsäkrats genom upphovsrättens paternitetsrätt i 3 § 1 st URL. Regeln är erkänt förknippad med tillämpningsproblem, främst eftersom källangivelsen inte är formaliserad utan följer god sed. För att kunna identifiera verk på ett mer praktiskt gångbart sätt har man länge använt skilda koder som individualiserar varje verk. Det mest kända kodsystemet är ISBN-numren (*International Standard Book Number*) för böcker.[53] På fonogramområdet finns ISRC (*International Standard Recording Code*). För skilda ändamål och verkskategorier har utvecklats internationella standardiserade nummersystem i syfte att förbättra identifikationen, men också dessa lider av brister inför en tillämpning i digital miljö.[54]

När den kollektiva förvaltningen av musikrättigheter utvecklades under början av 1900-talet, lades ett stort arbete ned på att katalogisera alla musikaliska verk och inspelningar och att registrera de utnyttjanden som skedde. Detta fick göras för hand. Men det har ändå visat sig att arbetet givit lön för mödan. Katalogerna har idag överförts till digitala databaser och förvaltningen sker med ADB. På områden som först på senare tid kommit att omfattas av kollektiv förvaltning har man motsvarande kataloglseringsarbete framför sig, vilket – trots förbättrad teknik – kräver stora investeringar i tid och utrustning.

Arbetet med att inventera och märka existerande medieinnehåll och bygga system för kontroll av medieinnehållet liksom automatisk debitering för utnyttjande av det i digitala nätverk har tagit fart under senare år. Inom WIPO pågår arbetet med att skapa förutsättningar för enhetlig di-

[51] SOU 1992:110 s 533; jfr prop 1993/94:53 s 14.
[52] Jfr Bing i NIR 1995 s 597.
[53] Jfr ibidem.
[54] Jfr ibidem.

gital märkning av verksinnehåll genom vad som kommit att kallas *Copyright Management Information* (CMI) för musikaliska verk.[55] Inom CISAC har under lång tid pågått ett utvecklingsarbete av en *International Standard Work Code* (ISWC). Motsvarande system som är tänkt att tillämpas på fotografiområdet är ISPN (International Standard Picture Number) och på det audiovisuella området finns ISAN (*International Standard Audiovisual Number*). När det gäller *rörliga bilder* finns också expertgruppen (MPEG 2) som har utvecklat en standardalgoritm som skall kunna användas för kodning och avkodning.[56]

Ett system som bygger på CMI väcker en lång rad såväl praktiska som teoretiska frågor om dess konstruktion och följder. För att fungera bör märkningen vara unik för varje särskilt verk och identifikationen skall inte kunna avlägsnas, något som med dagens teknik är svårt att säkerställa. Målet är att i största möjliga mån integrera märkningskoden med verksinnehållet, så att koden inte kan avlägsnas eller elimineras utan att verksinnehållet förstörs. I sådana situationer talas det ibland om *vattenmärkning* eller *tatuering* av innehållet.[57] I USA är det idag straffbelagt att ändra eller att ta bort CMI.[58] Enligt art 12 WCT skall effektiva rättsmedel också tillhandahållas mot personer som utan befogenhet avlägsnar eller ändrar elektronisk information om förvaltning av rättigheter, d v s sådan information som identifierar verket. Informationen kan röra verkets upphovsman, information, om tid och villkor för utnyttjande av det samt varje slag av nummer eller koder som representerar sådan information om uppgifterna är fogade till ett exemplar av verket eller framgår i samband med överföringen av ett verk till allmänheten. Effektiva rättsmedel skall också tillhandahållas mot den som sprider eller för spridning inför radiosändningar eller till allmänheten överför verk eller exemplar av verk med vetskap om att elektronisk information om förvaltningen av rättigheterna har avlägsnats.

Den digitala tekniken gör det visserligen svårare att skilja den enes skapande insatser från den andres, eftersom allt samlas i en och samma digitala form. Men samtidigt kan digital märkning göra det lättare att skilja mellan olika verksinnehåll. I många fall kan digital märkning vara till ovärderlig hjälp när det skall fastställas om ett bildutnyttjande faktiskt har skett eller inte. Ett exempel som kan ligga nära till hands är bildbearbetning genom s k *morfing* (jfr ovan under 3.3.1.1). Med analog teknik kan det bli svårt att avgöra om den ena eller andra av ursprungsbilderna an-

[55] Jfr Bing i Nordic Conference on Copyright Issues s 162.
[56] Folkesson s 51 f.
[57] Se Bing i NIR 1995 s 597.
[58] Folkesson s 35.

vänts. Om bilderna är digitalt märkta och morfingen företas i samma digitala miljö, blir det däremot lättare att för det första tekniskt avgöra vilka bilder som använts och för det andra att avgöra bearbetningens omfattning.

8.2.1 En digital marknadsplats

Det ovan på flera håll berörda s k BBS-målet[59] är intressant också med tanke på med vilken frispråkighet HD i sina skäl uttalade sig om de missförhållanden som teknikutvecklingen medfört när gällande upphovsrättslagstiftning skulle tillämpas på nya företeelser. HD fann att URL inte gav grund för att döma BBS-operatören för brott mot URL. HD uttalade därtill att det förelåg en påtaglig lucka i det upphovsrättsliga skyddet för program och andra verk enligt upphovsrättslagen.

Begreppet *digital marknadsplats* förutsätter att alla funktioner som finns på en konventionell marknadsplats skall ha sitt motstycke på en elektronisk marknad.[60] För att etablera en optimal eller i vart fall fungerande marknadsplats måste upphovsrätten anpassas till de digitala nätverkens förutsättningar. Lagstiftningen måste tillhandahålla klara riktlinjer för rättigheter och ansvar för dem som använder nätet.[61] Genom att koppla samman digitala identifikationssystem med system för kontroll av utnyttjanden, kan mer dynamiska system för handel med upphovsrättigheter åstadkommas, samtidigt som den av HD påtalade *luckan* (jfr strax ovan) skulle stängas. Det tekniska skyddet kan läggas på olika nivåer. Det kan släppa fram viss information och stoppa annan. Det kan också förmedla viss information gratis, medan annan prissätts. Genom användaridentifikation kan informationen göras tillgänglig för vissa men oåtkomlig för andra.[62] Om verksinnehållets identitet kan säkerställas, blir det lättare inte bara att kontrollera omfattningen av utnyttjanden och att skydda verket mot upphovsrättsintrång utan även att utge individuell ersättning. I EGs grönbok uttalades att de tekniska identifikationssystemen skulle kunna användas för att effektivt underlätta fakturering och utbetalning av royalties till rättighetshavare. Det skulle kunna bli fallet om man band samman system för identifikation samt uppgifter om de upphovsrättsliga

[59] NJA 1996 s 79 (BBS).
[60] Se Bing i NIR 1995 s 600.
[61] Jfr White Paper s 58.
[62] Jfr Folkesson s 38.

förhållandena med det system som användes för fakturering i samband med nätanvändning eller användning av distanstjänster och för inkassering av motsvarande intäkter.[63]

Elektroniska förvaltningssystem, s k ECMS (*Electronic Copyright Management Systems*) bygger på modeller som utvecklats inom elektronisk dokumenthantering.[64] Tanken är att verken skall kunna beställas, förmedlas och betalas i ett och samma nätverk.[65] Hittills har en rad sådana system med olika funktioner planerats och provats.[66] Inom EU har utvecklats ett system kallat CITED (*Copyright In Transmitted Electronic Documents*).[67] CITED-projektet initierades redan 1989 i syfte att utreda möjligheterna att utveckla en teknisk skyddsmekanism för att spåra digitala dokument och för klarering av rättigheter i digitala nätverk.[68] I grönboken konstaterades att CITED-systemet eftersträvade att definiera en generell modell som skulle vara tillämplig för olika sektorer och som skulle ta alla aktörer och hela informationskedjan med i beräkningen.[69]

CITED-systemet har två huvuddelar. Den ena delen (ADONIS) är en databas med text från tidskrifter, där utnyttjanden registreras. Den andra delen, NARCISSE, innehåller bilder med kompletterande text.[70] Ett särskilt organ distribuerar, sköter insamling och fördelning av vederlag till rättighetshavarna vilket grundas på det utnyttjande som skett.[71] Ett anslutande projekt COPICAT (*Copyright Ownership Protection in Computer Assisted Training*) anpassar CITED till persondatorer.[72] Ett annat projekt är IMPRIMATUR som verkar för att utveckla gemensamma standarder och operabla processer för att få CITED och liknande system att fungera i praktiken.[73]

Som ovan konstateras har det visat sig mycket svårt att i praktiken kontrollera fotokopieringen av skyddade verk. Hittills har man varit hänvisad till skilda *samplingsystem*. Ett tänkt system för en kollektiv digital rättighetsmarknad har utarbetats av *Kitagawa* och kallats *Copy-sale*. Tanken med det systemet är att publicerat verksinnehåll skall vara märkt med en kod som identifierar det och som kan uppfattas av kopia-

[63] Grönbok s 79.
[64] Jfr Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering s 118.
[65] Bing i NIR 1995 s 595.
[66] Jfr Folkesson s 40.
[67] Jfr Cornish i Nordic Conference on Copyright Issues s 40 ff.
[68] Folkesson s 40; Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering s 119 f.
[69] Grönbok s 82.
[70] Se Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering s 20 f.
[71] Folkesson s 41; Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering s 41.
[72] Folkesson s 44.
[73] Op cit s 47.

torn. Kopiatorn skall i sin tur vara registrerad och utnyttjandet av den skall vara kontrollerat. Kopiatorinnehavaren betalar för de registrerade kopiorna och ersättningen kan distribueras mer eller mindre direkt till upphovsmannen.[74] Modellen har sedermera under namnet *Copy-mart* (av *copyright market*) utvecklats till att kunna omfatta även digital distribution av verksinnehåll.[75]

Traditionellt har databaser varit kontrollerade så att en databashavare bestämmer vad som skall lagras i basen och vem som skall ha tillgång till den. Det förutsätter två avtal. Det ena avtalet ingås mellan upphovsmannen och basen och det andra ingås mellan basen och utnyttjaren. För att *de facto* få tillgång till basen behöver utnyttjaren en nyckel. I öppna nät vill man i stället tvärt om möjliggöra fri tillgång och fri spridning av verken.

Genom att märka verksinnehållet i databasen och förse hårdvaran med utrustning som kan identifiera det kan man också kontrollera det utnyttjande som faktiskt sker. Märkningen sker direkt hos upphovsmannen. Om verket överförs i ett öppet nät, talar praktiska hänsyn för att märkningen bör ske redan innan verket överförs till den databas från vilken det kommer att utnyttjas.[76] För att utnyttja verket behöver utnyttjaren en utrustning för att dekryptera verket. Koden för dekryptering kan finnas i ett plastkort eller vara fast anbragt på den terminal som utgör användargränssnitt. Dekrypteringsutrustningen kan identifiera vem som är utnyttjare. Den tillhandahålls av någon som kan ansvara för relationen mellan utnyttjare och verksutnyttjande. Det kan antingen vara en förvaltningsorganisation eller en annan självständig organisation.

Tanken är alltså att vem som helst skall ha tillgång till nätet och den information som är knuten till det. Användaridentiteten ger inte bara den initiala rätten att nå fram till verksinnehållet. Den gör det också möjligt att kontrollera vilket utnyttjande som faktiskt sker. Det mest effektiva borde vara att tillgången till nätet garanteras av ett *smartcard*, d v s ett plastkort, som är personligt och endast kan användas tillsammans med en personlig kod. Kortet bör kunna flyttas mellan olika utnyttjarterminaler.

I och med att verksinnehållet är kodat, kan vidareutnyttjande av det digitala materialet kontrolleras för alla nya digitala utnyttjanden och tillgängliggöranden i nätet. Tanken är att det utnyttjande som sker av digitalt verksinnehåll skall vara avgiftspliktigt, vilket förutsätter en *kontoförande institution*. Det kan vara ett kreditinstitut som samarbetar med den in-

[74] Kitagawa i The impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights (WIPO 1993) s 140.
[75] Op cit s 141 ff och dens i UFITA 132/1996 s 77 ff.
[76] Se Bing i NIR 1995 s 598.

stitution som fördelar koder och delar ut användaridentiteter.[77] Användaridentiteten gör det möjligt för användaren att betala till institutionen. Vid utnyttjande belastas utnyttjarens konto, och de upphovsmän vilkas verk blir utnyttjade gottskrivs. Själva betalningsförmedlingen – debiteringen – bör också ske digitalt. Med dagens teknik finns ett problem med en sådan lösning såtillvida som det i så fall skulle ske i öppna nät, vilka ännu är känsliga och osäkra.[78]

Man skulle också kunna tänka sig att utnyttjare kunde köpa ett engångskort (*cashcard*), av samma slag som telefonkort, som är förprogrammerat för utnyttjande i en viss omfattning. När det löpt ut kan kortet inte ge vidare access eller tillåta annat utnyttjande. En möjlig nackdel med ett sådant system är att utnyttjaren förblir anonym.

Utvecklingen av ECMS har gått långsamt. Systemen har varit lätta att manipulera. Faktum att handeln sker i öppna nätverk har gjort att överföring av ersättningar varit osäker.[79] Det har också varit svårt att enas om enhetliga standarder.

De svenska bildorganisationerna BUS, SFF och FST har konstaterat att det fanns ett akut behov från både upphovsmän och producenter av en förenkling och rationalisering av rättighetsförvaltning. Om inget gjordes förutspåddes att IT-samhällets utveckling skulle hämmas, eftersom färre upphovsmän kom att göra skyddat material tillgängligt för bred spridning. Samtidigt skulle rättighetshavarna gå miste om intäkter. Organisationerna har initierat ett projekt som syftar till att skapa en fungerande digital *bilddatabas* enligt det ovan skisserade systemet och som bygger på ECMS. Projektets målsättning är att ge snabb och lättillgänglig information avseende upphovsrättsligt skyddat material, att skapa direktkommunikation mellan berörda parter, att förmedla beställningar, att ge tillgång till verk som lagras digitalt i externa databaser och att hantera licensiering av användarrättigheter som skall fungera på det internationella planet.

Ett väsentligt problem blir ändå kontrollen av vidareutnyttjande vid framställning av analoga kopior. Därvid finns stor risk för att den digitala kod som öronmärker verket kan försvinna varefter vidareutnyttjandet av verket blir okänt.

[77] Op cit s 599.
[78] Jfr ibidem s 599.
[79] Folkesson s 32.

KAPITEL 9
SAMMANFATTANDE ANALYS

Det är flera temata och teser som presenteras i inledningen såväl som senare i den materiella undersökningen. Inledningsvis talas om skilda funktioner och syften som bilder kan ha: *avbildningsfunktion*, *bevisfunktion*, *bevarandefunktion*, *kommunikationsfunktion*, *förmedlingsfunktion* och *symbolfunktion*. Vidare talas i inledningen om undersökningens föremål: bilden, rätten och tekniken. Där konstateras att bilder kan ha vissa egenskaper: *visualitet, samtidighet, känslighet* och *materialitet*. I inledningen konstateras också att undersökningen avser att beskriva reglernas *funktion*, *ändamålsenlighet* och *dynamik*. Här görs en sammanställning och fördjupad analys, inte bara av bildens funktioner och egenskaper och vilken betydelse de har för bildskyddet, utan också av hur den samhälleliga utvecklingen med teknikutvecklingen i centrum påverkar bildskyddet. Därtill tas upp även några andra övergripande frågor som kan ställas på grund av den föregående framställningen. Först riktas fokus på *upphovsmannen* och hans rättsliga och ekonomiska ställning – främst i förhållande till förlag och rättighetshavarorganisationer. Därefter företas en analys av bildens ändrade *skyddsförutsättningar*. Den mynnar ut i ett antagande att marknadskrafterna påverkar skapandekraven. Framställningen övergår så huvudsakligen i överväganden om förfoganderättens indelning i ensamrätt och inskränkningar och hur den indelningen fungerar till att ange ett välbalanserat ekonomiskt skydd för bilder. Särskilt ifrågasätts värdet av en detaljreglering av skilda kategorier och tekniker liksom vissa frågor i övrigt om den gällande förfoganderättens utformning. Avslutningsvis riktas ljuset mot *bildverket*. Först tas verkskategoriernas ändrade betydelse upp. Efter några tankar om bildens *syfte* och hur bilder i många fall har fått ändrade *funktioner* presenteras en sammanfattning av bildens egenskaper och hur dessa egenskaper i skilda sammanhang påverkar bildrätten.

Framställningen bygger nu i väsentlig grad på den kunskap som vunnits i den materiella undersökningen. Stöd för här framlagda argument

ges därför i mindre mån genom hänvisning till andra rättskällor. Istället ackompanjeras framställningen av hänvisningar till vad som behandlas ovan.

9.1 Upphovsmannen

Ett förhållande som hittills inte särskilt beaktats i utredningen är upphovsmannens grundlagsskyddade ställning. RF 2:19 slår fast att konstnärer skall ha rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag. Grundlagsskyddet bör vara den utgångsställning som upphovsmannens rätt i övrigt ställs mot. Det är också viktigt att hålla i minnet att det är *upphovsmannen* eller, så som anges i RF, *konstnären* som skall åtnjuta detta skydd.

Det finns grundläggande skillnader i synen på behovet av och funktionen av ett upphovsrättsligt skydd för skilda upphovsmannakategorier. Även om det finns ett kulturpolitiskt intresse i vidare mening av att vidmakthålla ett starkt skydd för allt verksinnehåll, finns sedan länge ett starkare *kulturpolitiskt intresse* från det allmännas sida att skydda den rena bildkonsten och konstnärerna. Ett sådant intresse är svagare för de mer kommersiellt betingade bilderna. Men upphovsmännen till sådana bilder kan ändå ofta bättre utnyttja den upphovsrättsliga ensamrätten. Sedan länge har det endast varit ett litet fåtal upphovsmän som individuellt kunnat avtala om sina rättigheter och även om det varit möjligt, har de inte effektivt kunnat bevaka orättmätiga utnyttjanden.

Upphovsmännen känner som regel till existensen av ett rättsligt skydd som ger dem en viss privilegierad rättslig position. Däremot är kunskapen om skyddets föremål, innehåll och omfattning ofta klen hos upphovsmännen.[1] Bristfälliga kunskaper om skyddets innehåll och omfattning finns ofta också hos utnyttjarna. Det är inte särskilt svårt att förstå med vetskap om dels lagens vaga ordalag i fråga om skyddsföremålet, varvid avsaknaden av preciserande praxis har betydelse även här, dels lagens i stora delar komplicerade struktur. Att det i stort sett sedan lagens tillkomst kontinuerligt skett mer eller mindre ingripande förändringar i lagstiftningen bidrar till att försvåra möjligheterna att kommunicera reglerna och deras innehåll till upphovsmän och andra. I vissa fall har rätts-

[1] Jfr SOU 1956:25 s 293.

positioner också flyttats utan att några ändringar gjorts i lagen. Här finns alltså ett faktiskt och påtagligt informationsproblem.[2]

Den som vill lära känna lagstiftaren bakom den gällande nordiska upphovsrätten bör också lära känna förläggarna och intresseorganisationerna, vilkas inflytande över rättsutvecklingen är påtagligt (jfr ovan 7.9). Även om det uppenbart inte är någon juridiskt relevant aspekt att lägga vikt vid den persongrupp som står bakom tillblivelsen av en lag, är det definitivt inte ointressant för den som vill få kunskap om utformningen av lagen och de motiv som kan ligga bakom dess tillblivelse.

Organisationer av skilda slag har under 1900-talet fått ökat inflytande över själva lagstiftningen. Det är inte bara den obligatoriska remissomgången vid varje lagstiftningsarbete som har givit olika intressenter möjlighet att påverka lagstiftningen. Också, och kanske främst, har organisationernas deltagande som experter i det parlamentariska utredningsarbetet haft stor betydelse.

Till ledamöter i den kommitté som avgav betänkandet till 1919 års upphovsrättslagar utsågs inte bara departementstjänstemän utan också en bokförläggare, två författare, en representant för musik, en för periodisk press, en för bildkonst, en för arkitektur och en för fotografi.[3] Till AK förordnades till en början tolv företrädare för olika intressen till att biträda utredningen. Kretsen utvidgades under arbetets gång.[4] I UU utökades antalet företrädare för organisationerna ytterligare. Där fanns inte minst företrädare för fackliga upphovsmannaintressen och för *förvaltningsorganisationer*.

I lagstiftningsärenden inom ramen för de nordiska upphovsrättsutredningarna under 1970-90-talen är förlagens och förvaltningsorganisationernas starka ställning tydlig. I Norden har lagstiftningen, särskilt genom införande av avtalslicensbestämmelser på en rad områden givit förvaltningsorganisationerna ökat inflytande över hanteringen av ekonomiska rättigheter.[5] Sannolikt har varken lagstiftaren eller upphovsmännen själva riktigt övervägt betydelsen av den dubbelroll som dessa aktörer intar. Man har presumerat att såväl förlag som förvaltningsorganisationer på bästa sätt skall tillvarata upphovsmännens rättigheter. Det är förmodligen också så att förlag och organisationer är effektiva i det hänseendet att de utför en uppgift som upphovsmännen knappast skulle kunna utföra själva. Få upphovsmän har de resurser som krävs för att träffa avtal om utnyttjande med alla dem som vill utnyttja en rättighet. Men det är där-

[2] Jfr Koktvedgaard i Festskrift till Strömholm s 539.
[3] Ljungman i NIR 1981 s 3.
[4] Op cit s 3 f.
[5] Jfr Schønning, Ophavsretten s 105.

med inte klart att organisationerna i alla lägen förvaltar rättigheterna på för upphovsmännen gynnsammaste sätt. Förläggarnas och organisationernas starka inflytande över lagstiftaren som intressenter på upphovsrättsområdet kan leda till en urholkning av rena upphovsrättsliga intressen och en förstärkning av mellanmännens intressen.

Genom avtalet med en organisation eller förläggare kommer organisationen eller förläggaren att i avtalets omfattning bli *rättighetshavare*. Upphovsmannen förlorar samtidigt en del av sin ensamrätt.[6] Sedd ur ett sådant perspektiv får upphovsrätten en delvis annan innebörd än upphovsmannens i lagen bestämda uteslutanderätt. Förläggaren träder i upphovsmannens ställe såsom rättighetshavare för den del av rätten som omfattas av förlagsavtalet. Förutom upphovsmannens intressen måste förläggaren tillvarata även sina egna ekonomiska intressen. Det innebär att upphovsmannens styrka försvagas gentemot den slutgiltige utnyttjaren.

Styrkefördelningen mellan upphovsmän och förläggare accentueras på fotokopieringsområdet. Där tydliggörs tre intressentgrupper med mer eller mindre motstridiga intressen. För det första har *upphovsmännen* intresse av att få ersättning för utnyttjanden som sker i näringsverksamhet under mer eller mindre organiserade former. För det andra är det *utnyttjarna*, som består av skolor, utbildningsförbund, statliga och kommunala myndigheter, företag och ideella intresseorganisationer, vilka har stort behov av information och stora ekonomiska resurser att framställa exemplar. Det rör sig i dessa fall ofta om utnyttjanden som egentligen skall vara föremål för ordinarie förlagsutgivning eller annan kommersiell utgivning. Därigenom blir för det tredje även *förläggare* en medelbar intressegrupp. Det som särskilt komplicerar förhållandena när det gäller den institutionella exemplarframställningen är att det ofta är verksinnehåll som inte längre finns tillgängligt i den vanliga handeln som kopieras. Förlagen har, på rent ekonomiska grunder valt att inte vidare ge ut verket, men å andra sidan vill de inte heller se verken mångfaldigas utanför den reguljära kommersiella förlagsmarknaden. I en sådan situation har upphovsmännen ofta inte något emot att verket utnyttjas mot ersättning. Resultatet av verksamheten riskerar dock att bli till nackdel både för upphovsmän och förläggare, eftersom efterfrågan på traditionellt förlagsutgivna alster minskar.[7] När nu biblioteken kan fungera som mark-

[6] Jfr Schovsbo s 26.

[7] Man kan naturligtvis anta att en eventuell organisation som förhandlar om upphovsmännens fotokopieringsrätt blir en fjärde intressent. Eftersom BONUS i Sverige inte verkar som konkurrent till förlagen, bör en sådan organisation inte ha några egna ekonomiska intressen här.

nadsförare och förmedlare av verksinnehåll, blir också de konkurrenter till förlagen.[8]

Upphovsmännen blir i praktiken hänvisade till organisationernas avtalsvillkor och tariffer. Möjligheterna att åstadkomma skräddarsydda lösningar har hittills i stort sett varit obefintliga (jfr ovan 7.9). När det gäller sekundära rättigheter, är upphovsmannen ofta helt i händerna på utnyttjarna, såtillvida som det är utnyttjaren som bestämmer om verket skall nyttiggöras eller inte. Upphovsmannen har då än mindre möjligheter än eljest att diktera villkoren för utnyttjandet. Villkoren bestäms istället ofta av organisationernas standardavtal.[9] Det har i många fall varit den enda möjligheten att organisera avtalsbildning, uppbörd och fördelning och den ekonomiskt mest fördelaktiga vägen att nyttiggöra sekundära rättigheter, både för rättighetshavare och utnyttjare.

I och med att upphovsrätten blir föremål för kollektiv förvaltning *avpersonifieras* rätten i någon mening. Upphovsrätten avpersonifierades enligt *Karnell* till att bli ett anspråk på pengar.[10] På en digitaliserad marknad var det enligt *Dreier* tänkbart att de exklusiva rättigheterna för dem som bidragit redan från början måste begränsas till ett enkelt anspråk på ersättning, som kunde förvaltas kollektivt. Emellertid skulle de flesta sådana lösningar inte te sig ändamålsenliga i sammanhang där en *huvudbidragsgivare* fortfarande kunde påträffas bland ett eventuellt stort antal marginella bidragsgivare. Det fanns enligt *Dreier* valmöjligheter och deras antal skulle kanske kunna ökas genom att ytterligare någon juridisk modell blev uppfunnen. Den centrala frågan att diskutera var emellertid vilka lösningar som borde tillämpas för att nå rättvisa och adekvata resultat.[11]

Den revision av upphovsrättslagstiftningen som skett efter ikraftträdandet av 1960 års lagar har inte bara varit brokig och svåröverskådlig utan förmodligen också delvis missriktad. UUs sammansättning har medfört att företrädare för sakintressen har kunnat påverka utformningen av ensamrättens omfattning i 2 kap URL så att den gynnat egna särintressen.

Även om förläggaren eller upphovsmannaorganisationen spelar en betydande roll, måste det ändå vara ett mål att upphovsmännen själva i så stor utsträckning som möjligt skall kunna sätta pris och villkor för utnyttjanden. Det gäller i vart fall de ekonomiskt mest intressanta utnyttjandena av deras verk.

[8] Jfr Cornish i Nordic Conference on Copyright Issues s 33 ff och Bing i a a s 150 f.
[9] Jfr Levin i Lex ferenda s 116.
[10] Karnell i NIR 1992 s 605; Jfr Koktvedgaard i Festskrift till Strömholm s 536 och Schovsbo s 27.
[11] Dreier i Digitalisering s 136 f.

Digitaltekniken har hos upphovsrättssakkunniga ingjutit många farhågor om att rättigheterna skall förloras i det globala informationsflödet. Men så länge som det är möjligt att kapsla in rättighetspartiklarna och följa deras väg fram till *slutanvändaren*, kan rätten förbli stark.[12] Mycket tyder på att den digitala tekniken då kan vara till hjälp för att åstadkomma en bättre fungerande marknadsplats för bilder (jfr ovan 8.2.1). En automatiserad digital marknad har många fördelar. Den leder till att rättighetshavarnas kostnader för distribution och lagerhållning minskar.[13] De minskade kostnaderna torde också komma utnyttjarna till del. På marknadens utbudssida kan digitaliseringen främst leda till en ökning av antalet användare. Utvecklingen ser av allt att döma ut att leda till mer personligt anpassad konsumtion. Den existerande marknaden för sekundära utnyttjanden bygger väsentligen på principen att en mellanhand i form av en organisation är nödvändig för att upphovsmännens rättigheter skall kunna tillgodoses. Den digitala tekniken möjliggör emellertid på sikt en väsentligen mer individualiserad marknad.[14] Utnyttjaren kan i långt större utsträckning göra egna val och själv bearbeta eller sammanställa informationen.[15] Genom sådana system kan också upphovsmännen i mycket större omfattning bestämma villkoren för utnyttjanden, t ex genom individuell prissättning, än vad som varit möjligt inom ramen för den traditionella kollektiva rättighetsförvaltningen.[16]

Om de digitala näten och ECMS utvecklas fullt ut, kan upphovsmannen i princip förmedla verket direkt till slutanvändaren – utan mellanhand. Organisationer av skilda slag kan vara nödvändiga för att förmedla *verksinnehåll*, *information* om verksinnehållet och *ersättning* för utnyttjandet. Organisationen kan också hjälpa till med marknadsföring genom att ge verken en tilltalande exponeringsyta, men varken förlag eller förvaltningsorganisationer skulle behövas för att bestämma avtalsvillkoren.

[12] Se Bing i NIR 1995 s 600.
[13] Jfr op cit s 596.
[14] Jfr Levin i Lex ferenda s 117.
[15] Grönbok s 22.
[16] Se Karnell i Essays in Honour of Hugo Tiberg s 398; jfr Cohen Jehoram i Collective Administration of Copyrights in Europe s 7.

9.2 Skapandet

Medan det konstteoretiska konstbegreppet i hög grad är empiriskt, är upphovsrättens konstbegrepp i grunden normativt.[17] Ställt på sin spets blir alster av bildkonst det som domstolen finner vara alster av bildkonst. En markerat dogmatisk inställning till skapandekraven återfinns i kontinental, främst i tysk, rätt. Mot det kan ställas *common law*-länderna, med en utpräglat *pragmatisk* inställning till upphovsrätten. Den dogmatiska läran är strängt fokuserad på upphovsmannens skaparinsatser och på verksobjektet. Den pragmatiska angloamerikanska verksuppfattningen är istället tydligt fokuserad på utnyttjandesituationen. Objektet träder där tillbaka och verksbestämningen förs från upphovsmannens förhållningssätt till verket till utnyttjarens åtgärder med verket. Den pragmatiska inställningen är tydligt konkurrensrelaterad. I angloamerikansk rätt har *objektet* fått bestämmas till stor del av *utnyttjandets otillbörlighet.*

Även om *Kohlers* verksuppfattning utsatts för kritik, är det svårt att komma ifrån att nordisk upphovsrätt fortfarande bär på många beståndsdelar från hans naturrättsligt präglade begreppsvärld.[18] Vid tillkomsten av 1919 års lagar levde i Norden fortfarande många av de naturrättsliga tankegångarna om upphovsrättens skyddsförutsättningar. Då fanns ett mål att slutgiltigt söka fastställa vad det upphovsrättsliga *verket* egentligen var. I den nordiska upphovsrättsdebatten har sedan stor möda lagts ned på att ge *verket* i 1 § URL inte bara en generell mening. I doktrinen före 1945 fanns också en tydlig strävan att ge verket en *referens* i verkligheten. Sådana ambitioner kan kritiseras för att närma sig *begreppsjurisprudens* och har kanske därför – under påverkan av nordisk rättsrealism – minskat i betydelse under 1900-talets senare del. Många uttalanden från 1914 års betänkande har ändå utan vidare accepterats av AK och UU, trots att det i ljuset av rättsutvecklingen och den föränderliga verkligheten får antas att de blivit obsoleta eller fått ändrad betydelse. Visserligen används i Norden kriterier och terminologi som härstammar från tysk rätt, men de tolkas här idag på ett mindre dogmatiskt sätt. Den nordiska upphovsrätten förefaller därmed ligga mellan de två extremerna – tysk dogmatism och angloamerikansk pragmatism. Utgångspunkten för bedömningen av den skapande verksamheten är liksom i Tyskland subjektiv. Men trots det kan en dragning mot objektiverande bedömningsgrunder av angloamerikanskt slag iakttas

[17] Erdmann i Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm s 392.
[18] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 93.

i den nordiska uppfattningen av verket.[19] En sådan dragning kan spåras också i den sparsamma HD-praxis som finns från senare tid. I skarp kritik av HDs domskäl i fallet om *Gotlandskartor*[20] konstaterade *Karnell* att domstolen hade företagit en utsuddning av den upphovsrättsliga objektsbestämningen medelst psykologiserande begrepp. Det låg dock nära till hands att förmoda att HD tagit fasta på det direkta eftergörandet, genom att se bedömningsföremålen i sin omvärld i ett slags helhet som eljest brukade höra marknadsrätten till. HDs dom var i så fall snarast *konkurrensrättslig*, men tillhandahölls i en illa tillskuren upphovsrättslig förklädnad. Det var enligt *Karnell* sannolikt att domstolen velat leda svensk upphovsrätt in på mer angloamerikanska banor än de traditionellt kontinentalt anlagda.[21]

Det just ovan berörda avgörandet har väsentliga likheter i diskussionen om innehåll och form med ett amerikansk intrångsavgörande[22] rörande en viss typ av stadskartor eller stadsvyer, som kommit att bli mycket populära. En bild av en stad återges mycket detaljerat från en central plats. Perspektivet vidgas därifrån till att placera staden i sitt globala sammanhang. Båda bilderna i fallet återgav New York. Originalbilden, som först publicerats som omslagsbild till tidningen *The New Yorker*, utgick ifrån *West Side*. Vyn vidgades mot resten av USA och Stilla havet och slutade i Asien. Intrångsbilden återgav däremot en del av New Yorks *East Side* och blickade ut mot Atlanten där London, Paris och slutligen Ryssland med Moskva och Kreml hägrade. Bilden hade använts som affisch till en film, *Moscow on the Hudson*. Domstolen betonade konstnärens rätt att skydda sitt val av perspektiv och *layout* i en teckning, särskilt i kombination med helhetsidén (*the over all concept*) och de individuella detaljerna. Samtidigt konstaterades att inte bara idén att avbilda New York i ett liknande perspektiv hade efterbildats, utan även att originalbildens särskilda manér hade avbildats i återgivningen av stadskvarter och byggnadsdetaljer liksom originalbildens skuggspel och barnsligt spretiga text (*childlike, spiky block print*). Av betydelse för bedömningen var vidare att en viss byggnad från originalet återgavs på intrångsalstret. Att en byggnad från West Side återgavs på detta sätt i intrångsalstrets bild av East Side, där arkitekturen annars var ganska annorlunda, gav intryck av att svaranden kopierat inte bara själva idén till originalbilden, utan också det särskilda uttrycket för idén.

[19] Jfr Koktvedgaards uttalande att den subjektiva idéläran som pretenderar på att förklara hur saker blir till i huvudsak var upphovsrättsligt ovidkommande. Upphovsrätten befattade sig med rättsskydd av estetiska företeelser, inte med upphovsmannens eventuella privata upplevelser (op cit s 95). Det s k dubbelskapandekriteriet har varit ett – om än otjänligt – försök att föra skapandebedömningen upp till ett objektivt plan.

[20] NJA 1990 s 499 (Gotlandskarta).

[21] Karnell i NIR 1990 s 598.

[22] *Steinberg v Columbia Pictures*; se utförligt om fallet Ginsburg i RIDA 163/1995 s 15 ff.

I och med att upphovsrätten utvecklades mot en mer realistisk uppfattning, blev det i Norden också möjligt att urskilja något som kan kallas en *teleologisk* uppfattning av upphovsrätten. Tendensen hör säkert delvis ihop med den teleologiska lagtolkningsläran och den starka ställning lagmotiven har haft som rättskälla i Norden. I siktet har legat att reglerna skall tolkas i enlighet med sitt syfte. Men syftet blir svårdefinierat när gamla värderingar och nya uttryck skall mötas.

Eberstein konstaterade redan 1956 i sitt särskilda yttrande över AKs slutbetänkande att valet mellan en tillämpning av konstverkslagens generalklausul även på fotografiska konstverk och deras uteslutande från konstverksskydd på grund av motivens uttalande sammanhängde med vilken ståndpunkt som man principiellt intog till frågan om subjektiv och objektiv lagtolkningsmetod och bundenhet av motivuttalandena överhuvud.[23]

Den debatt om upphovsrättens skyddsobjekt som förts i Norden vid mitten av 1900-talet utmynnade väsentligen i ett konstaterande att verksobjektet inte var något enhetligt. Mot varandra har sedan stått å ena sidan den gamla önskan om ett enhetligt kärnområde för den skapande verksamheten, som skall rymmas inom sedan länge dogmatiskt utpekade gränser, och å den andra ett modernare konstaterande att objektet kan variera från fall till fall. När det krävts att föremålen skulle konkretiseras, har effekterna av motsättningarna tydliggjorts. Särskilt i *två* hänseenden har företeelser rest kvalifikationsproblem. Det ena är frågan om skyddet för den moderna *bildkonsten,* där många konstnärliga uttrycksformer tenderat att helt enkelt anses falla utanför ramarna för ett traditionellt verksbegrepp (se ovan 3.1.1). Det andra rör skapande med hjälp av digitalteknik (se ovan 3.3).

I tysk doktrin har konstaterats att 1960-talskonsten ställt det upphovsrättsliga verksbegreppet på hårt prov.[24] Doktrinen närmade sig inte minst skapande med *maskiner* och *aleatorik* högst ovilligt och kanske med en missuppfattning om maskinens betydelse för resultatet och om slumpens verkningar. Med traditionella upphovsrättsliga skyddsförutsättningar ansågs aleatoriskt skapande och skapande med hjälp av maskiner ursprungligen inte förtjänta av upphovsrättsligt skydd eftersom de saknade spår av upphovsmannens hand och därför inte kunde ge uttryck åt hans individuella särprägel.[25] Slumpen var enligt denna äldre härskande mening en självständig kraft som fråntog upphovsmannen kontrollen över skapan-

[23] SOU 1956:25 s 499.
[24] Schmidt i UFITA 77/1976 s 7.
[25] Se Fromm i GRUR 1964 s 306.

det.[26] När det gäller skapande med *digitalteknik*, har det ifrågasatts om upphovsrätt kan tillkomma alster skapade med datorer. Man kan också ställa frågan vilken rättslig effekt slumpens inverkan på skapandet skall tillmätas när arbetsresultatet åstadkoms med slumptalsgeneratorer (se ovan s 74 ff). Slumpen kunde inte vara någon fullvärdig ersättning för mänsklig kreativitet, varför slumpmässigt tillkomna alster skulle frånkännas upphovsrätt.[27] Det har bl a hävdats att alstren kunde skyddas av upphovsrätt endast under förutsättning att upphovsmannen/programmeraren redan före programmeringen hade för ögonen det av datorn programmerade färdiga verket.[28] Synsättet är med dagens mått både strängt och föråldrat. Det kan anses vara en alltför snäv tolkning av kravet på att alstret skall ge uttryck för upphovsmannens individualitet.[29] Redan tidigt konstaterades också i doktrinen att man måste se till upphovsmannens inverkan på resultatet.[30]

Ställningstagandena för att hålla den moderna konstens uttryck och alster skapade med datorer utanför upphovsrätten är välgrundade utifrån traditionell upphovsrättslig begreppsbildning, men de måste relateras till gällande skyddsbehov, skyddsomfång, konkurrensrättsliga frihållningsavvägningar och framförallt objektets faktiska konstnärliga egenskaper. Det kan t ex anses välgrundat att inte ge en ensamrätt till något som inte tillför något skapande, t ex till det som skapats av annan. Man bör inte heller kunna få skydd för ett dike som man grävt i marken eller en jordhög. Det skall inte vara möjligt att få skydd för av naturen skapade föremål, genom att utnämna dem till konst, och man skall inte få en ensamrätt till hur något skall utföras eller till rena sakuppgifter. Det följer av upphovsrättens frihållningsbehov. Allt kan inte skyddas och allt behöver inte skyddas.

Ljungman efterlyste redan 1969 *några beriktigande ord av lagstiftaren* angående i synnerhet vad som skulle gälla så kallade *objets trouvés*.[31] Några sådana

[26] Jfr Fromm/Nordemanns uttalande att i aleatoriskt skapande, t ex vad gäller datorkonst, resultatet i stor utsträckning blev kuvat av slumpen. *Allerdings bleibt es der Mensch, der das Programm eingibt. Die Computer-Anlage ist lediglich das Werkzeug. Die Programmeingabe kann nach wie vor nach den Kriterien der Individualität und Schöpfungshöhe überprüft werden* (Fromm/Nordemann § 2 (6)).

[27] Se Degginger s 35.

[28] Samson i UFITA 56/1970 s 117 och dens i UFITA 72/1975 s 89 ff; jfr Rau s 21.

[29] Med denna definition förefaller den tillåtna slumpmässigheten eller oförutsebarheten vara mycket liten. Det framgår emellertid inte av dessa uttalanden vilket slags bild som skall vara förutsebar eller vilken konkretion som krävs (Jfr Schmid s 20; jfr även Gervais i IIC 1991 s 637 som där ger en helt annan bild av upphovsmannens medvetenhet om det slutgiltiga resultatet; jfr därtill också Farr i Rutgers Computer & Technology Law Journal 15/1989 s 73).

[30] Se Fabiani i GRUR Int 1965 s 423 f och Schmidt i UFITA 77/1976 s 31 ff.

[31] Ljungman i Nordisk Gjenklang s 193.

beriktiganden har emellertid inte kommit och låter sig kanske egentligen heller inte göras den vägen, i vart fall inte om en traditionell verksdefinition skall behållas.

Skilda vägar för upphovsrätten att möta den förändrade verkligheten kan övervägas. En kan vara att ändra terminologi och begreppsbestämning och på så sätt föra in nya uttryck i en upphovsrättslig sfär. En annan kan vara att bibehålla traditionella skyddsförutsättningar och istället införa specialbestämmelser för nya uttryck. En tredje väg kan vara att helt enkelt omtolka innebörden av äldre terminologi och inom det område som uppstår ge skydd för nya uttryck. *Kummer* förordade den första vägen – att ändra terminologi och begreppsbestämning och på så sätt föra in nya uttryck i en upphovsrättslig sfär. Han hävdade att upphovsrättens skyddsförutsättningar måste byggas om på nytt och på ett annat sätt för att ge plats för nya konstnärliga uttryck. Han såg tidigt ett problem som han försökte lösa genom att tillhandahålla nya kvalifikationsverktyg i upphovsrätten. Det krävde en ny terminologi. Inte oväntat kritiserades teorin eftersom den ansågs oförenlig med upphovsrättens grundprinciper.[32] Ur ett dogmatiskt perspektiv fanns också utrymme för kritik. Den debatt kring verket som väcktes av *Kummer* fördes inte heller vidare i sak. Trots allt har det som *Kummer* ville ge skydd för inom upphovsrätten i viss utsträckning slutligen hamnat där.[33] Det som skett i praktiken – i vart fall i den europeiska rättsutvecklingen – är en kombination av de båda senare vägarna, d v s att bibehålla traditionella skyddsförutsättningar och införa specialbestämmelser för nya uttryck eller att omtolka innebörden av den äldre terminologin. Idag har den tekniska verkligheten ofta kommit dithän att den tvingar fram upphovsrättsligt eller närstående skydd oavsett doktrinens härskande mening. Ibland har nya skyddsformer vunnit insteg. Det gäller t ex det s k katalogskyddet (se ovan 3.7.2) och det europeiska *sui generis*-rätten för databaser (ovan 3.7). Ibland har det först ansetts nödvändigt med ett *sui-generis*-rätt för vissa alster, som sedermera ansetts kunna rymmas inom ramen för de allmänna skyddsförutsättningarna. Så var fallet t ex för brukskonst enligt svensk rätt och för reklamalster enligt äldre dansk rätt (se ovan 3.1.2).

Den *skapande* verksamhet som omtalas i motiv och doktrin blir till slut en *black box* som rymmer den nödvändiga kunskapen för att kunna göra

[32] Se ovan 3.1.1.

[33] Det finns emellertid en skillnad mellan Kummers förslag till verkskvalifikationskrav och det låga verkshöjdskrav som utvecklats genom att verkshöjdskravet lägger sig vid det minimum av individuell prägel som gör anspråk på skydd (se Schricker i IIC 1995 s 42).

generella uttalanden om upphovsrättens skyddsförutsättningar.[34] En sådan överskuggande syn på verksbegreppet förtar emellertid inte ordet *verk* – eller såsom här begränsat till *bildverk* – funktionen i lagen som länk mellan den konstnärliga prestationen och de förfoganden som är förknippade med den.[35] Förmodligen går den sanna vägen till kunskap om upphovsrättens skyddsobjekt till slut över erfarenhet i vid mening. Erfarenheten avser främst juridikens förutsättningar, men också den skapande verksamhetens liksom om marknadens.

9.2.1 Sänkta skapandekrav

Ändrade skyddsförutsättningar har medfört att de flesta bilduttrycken i Norden idag trots allt förefaller kunna skyddas.[36] Utvecklingen verkar ha gått mot att företeelser i det beskrivna gränsområdet *in dubio* anses skyddade.[37] Den utvecklingen har också hjälpt till att bana väg för en rad av de verkskategorier som under 1900-talet vunnit inträde i bildupphovsrättens hägn, såsom reklamalster, fotografier och datorkonst.

Verkshöjdskravet har successivt luckrats upp.[38] Kravet på verkshöjd i Norden har numera generellt också ansetts ligga lågt.[39] Trots att AK och lagutskottet uttalade att de *skilda elementen* i ett *reklamalster* i regel skyddades redan enligt upphovsrätten och fotorätten, visar turerna kring lagstiftningsförslagen om ett *sui generis*-skydd för reklamalster (jfr ovan 3.1.2) att skyddskraven sänkts betydligt sedan mitten av 1900-talet.[40] Härför talar framförallt själva förslaget att införa ett särskilt skydd för reklamalster. Förslaget indikerar att det fanns ett mellanrum mellan faktiska skyddsbehov och lagens skyddsförutsättningar. Det har sedermera fyllts ut. Också för den rena bildkonstens del har en allt liberalare syn på vad som avses med originalitet och på hur individualiteten skall ta sig uttryck i verket ändrats i praxis och doktrin.

[34] Jfr Nordell i NIR 1995 s 632.
[35] Jfr Törngren i TfR 1986 s 385.
[36] Enligt *Levin* hade vi kommit dithän att upphovsrätt tillerkändes alster redan vid förhållandevis låg individualitetsnivå. Det skulle inte heller vara någon som ifrågasatte att minimalism eller dadaismens alster inte skulle vara skyddade. Däremot ifrågasattes brukskonstens skyddsvärdighet från tid till annan (Levin i NIR 1994 s 239).
[37] Jfr op cit s 239.
[38] Se om utvecklingen fram till början av 1980-talet Godenhielm i NIR 1981 293 ff.
[39] Se Olsson, Copyright s 34.
[40] Jfr om uppfattningen vid 1940 talets mitt, Gaarder i TfR 1946 s 191 ff.

Om verkshöjdskravet är lågt, blir skyddsomfånget automatiskt mindre.[41] Skyddsomfångets avgränsning bygger i stor utsträckning på sedvänja och förefaller att variera betydligt mellan olika verkskategorier. Även om det i t ex en film inte finns något alls av den romantext som filmen påstås bygga på, presumeras roman och film ofta utgöra ett och samma verk.[42] Är det däremot fråga om omgestaltning av ett konstverk, krävs endast små ändringar för att ett nytt och självständigt verk skall föreligga.

Som exempel kan tas *Mussorgskijs Tavlor på en utställning*, där musikstyckets skilda delar, med undantag av de s k *promenaderna*, utgör musikaliska tolkningar av konstnaren *Hartmanns* tavlor. I dessa fall föreligger inte verksidentitet mellan primär- och sekundärföreteelse även om de allmänt anses vara sublima tolkningar av *Hartmanns* verk.

För brukskonstens del har det konstaterats att ett funktionellt syfte begränsar möjligheterna för fri variation. Skyddsomfånget krymper också när objektens faktiska storlek eller omfång minskar. En tydlig utvecklingstendens i upphovsrätten är att utnyttjandesituationerna omfattar allt mindre enheter. Från äldre tider, där upphovsmannen förutsattes skapa helt nya uttryck, är det idag bearbetningar och sammanställningar som står i centrum. En nödvändig följd av detta blir att skyddsomfånget följer med. Idag anses i allt större utsträckning också *fragment* av skyddade alster behålla sitt skydd även när de lösgörs från sin ursprungliga verkskontext. Det förhållandet tydliggörs t ex vid utnyttjande av seriefigurer (jfr ovan 3.1.4).

Sannolikt är det en växelverkan mellan samhälleliga krav på effektiv infrastruktur, teknik, miljö m m och på uppfattningen om konstnärliga värden som ändrat uppfattningen om verkets egenskaper, funktion och ändamål. Enligt *Olsson* kunde skälen till de sänkta kraven vara flera. Ett av dem var att det *egentliga konkurrensrättsliga* skyddet i svensk rätt hittills varit tämligen dåligt utvecklat. Ett annat skäl skulle vara att man för att undvika besvärliga gränsdragningar i olika avtalsförhandlingar valt att tolka upphovsmannabegreppet tämligen vidsträckt.[43] Också europarätten kunde bidra till denna utveckling.[44] De av *Olsson* angivna antagandena utvecklas här nedan, tillika med några egna reflexioner om de sänkta skapandekraven.

[41] Olsson, Copyright s 34.
[42] Se Immaterialrätt s 28.
[43] Copyright s 34.
[44] Jfr Ugglas uttalande i NIR 1990 s 95 att det var möjligt att *harmoniseringsinfluenser från den europeiska upphovsrätten framdeles kunde komma att påverka praxis* i Svensk Forms Opinionsnämnd.

Det kan antas att ändrade värderingar av *konstens föremål* och *syften* utgjort en påverkande faktor. Ovan hävdas att bildkonst och upphovsrätt tidigare korresponderat bättre med varandra, men att de genom utvecklingen åt skilda håll givits självständigt innehåll.[45] Även om den juridiska doktrinen i många fall hållit sig kvar i en äldre begreppsbildning, kan konstens ändrade faktiska uttryck och funktioner ändå ha påverkat det skyddade området.

Det ger också en förklaring till varför *Lund*, mer än trettio år efter dadaismens revolution av bildkonsten, inte gav de områden som egentligen var intressanta för att beskriva bildobjektet en tanke. Ännu vid mitten av 1940-talet hade ingen rättsvetenskapsman, ens med vetskap om dadaismens verksamhet, tänkt på att föra in dess verk i upphovsrättens objektsvärld. De var då fortfarande ansedda som provokationer mot konsten – inte konstnärliga uttryck i sig. Det visade sig först 20 år senare att den egentliga kunskapen om gränsområdena för den gällande upphovsrättens bildkonstobjekt stod att finna i den avantgardistiska 10-talskonsten. Men för att en utredning av dessa områden skulle kunna företas, måste de först få fäste, i inte bara i konsten, utan även i konstvetenskapen.

Den generella skyddsförutsättningen, originalitetskravet, har fått olika innebörd i skilda europeiska länder. I vissa fall skiljer de sig väsentligt.[46] När det gäller *europarätten* går utvecklingen mot enhetligare tolkning av skyddsförutsättningar.[47] Om kraven skall kunna tillämpas enhetligt, kommer de att trubbas av. Eftersom det är svårt att harmonisera originalitetskravet *uppåt* – sådant som är eller varit skyddat skulle i så fall komma att falla utanför det skyddade området – tenderar de allmänt hållna formuleringarna att landa på ett plan som ligger i närheten av skyddsförutsättningarna i *common law*-länder.

När det gäller avsaknaden av effektiva *konkurrensrättsliga* regler, är det på brukskonstområdet, som antas ovan (jfr s 135), troligt att de svenska, under lång tid relativt trubbiga, reglerna mot illojal konkurrens tvingat in en rad företeelser i det upphovsrättsliga *brukskonsområdet*. Det är också troligt att de svaga reglerna mot illojal konkurrens även påverkat skyddsområdet utanför brukskonstområdet, t ex när det gäller reklamalster (jfr ovan 3.1.2). Om det marknadsrättsliga skyddet för renommé är svagt, ökar också intresset för att få in fler uttryck i upphovsrätten.

[45] Jfr Koktvedgaard/Levin s 57 f.
[46] Se Dreier/Karnell, Originality of the Copyrighted Work (i ALAI, Copyright and Industrial Property, Congress of the Aegean See II, 1991) s 154 ff.
[47] Se Schricker i IIC 1995 s 41 ff.

Samtidigt som skapandekraven sjunkit, tenderar skyddstiderna generellt att förlängas.[48] Det är en utveckling som går i motsatt riktning mot vad som kunde antas vara en naturlig effekt av sänkta skapandekrav. Traditionellt har man kompenserat lågt ställda verkskvalifikationskrav med att ge lägre skyddstid (jfr angående fotografi ovan 3.4.2, angående brukskonst ovan s 139 och angående katalogskyddet ovan s 184). Fotografiska bilder som tidigare i princip endast kunde åtnjuta ett kortare 25-åriga skydd, kan idag antingen åtnjuta det femtioåriga *sui generis*-skyddet eller i förekommande fall också skydd såsom fotografiska verk. Det tioåriga katalogskyddet höjs som en effekt av databasdirektivets införlivande till femton år. Brukskonst som först inte alls ansetts upphovsrättsligt skyddsvärdig, har från det kortare, tioåriga skyddet för svensk rätts del mellan 1960 och 1970, lyfts till det fulla skyddet. 1996 höjdes den ordinarie skyddstiden för alla kategorier från femtio till sjuttio år *post mortem auctoris*.

Det ökade antalet kategorier och skyddade företeelser i övrigt, de sänkta skapandekraven, det minskade skyddsomfånget och den ökade skyddstiden medför sammantagna att *mängden verksinnehåll* ökar. Det leder till att området för skyddade företeelser vidgas. Konsekvenserna av *kontinuitetsprincipen* (jfr ovan s 55) blir – i vart fall i teorin – att det fria området för konstnärligt skapande krymper ju mer som skapas, vilket leder till att skyddsomfång och verkshöjdskrav måste krympa för att ge utrymme åt nya skyddade föremål. Resultatet av kombinationen av lägre verkshöjdskrav och längre skyddstider blir att skillnaden mellan upphovsman och bearbetare suddas ut.[49]

Bristen på vägledande praxis på flera områden spelar säkert också roll för faktum att skyddsgränserna sänks. I det industriella rättsskyddet beslutar en administrativ myndighet om huruvida existensen av ett skyddsobjekt skall föreligga. I vart fall ger denna praxis en presumtion om skydd. Det administrativa förfarande som leder fram till sådana beslut har under lång tid givit hållpunkter för skyddsomfång och skyddsförutsättningar. Upphovsrätten tvingas däremot in i en zon som först är osäker på grund av skyddets existens i det enskilda fallet och sedan, om skydd kan fastställas, är osäker eftersom skyddsomfånget är oklart.[50] Teoretiskt sett står det

[48] Se om utvecklingen i ett längre tidsperspektiv Lund, Billedkunsten s 28 f.

[49] Jfr Dreier i Digitalisering s 125. Enligt Dreier skulle skillnaden mellan upphovsman och brukare till och med bli rättsligt obrukbar såsom föråldrad (loc cit).

[50] I detta hänseende kan antas att utvecklingen i USA har tagit delvis andra vägar än i Europa p g a registreringsmöjligheterna, vilka i stor utsträckning medfört krav på överväganden – om än endast i formell form – om upphovsrättslig skyddsvärdighet för ett stort antal nya verkstyper.

inte klart att något är skyddat av upphovsrätt annat än efter en intrångsprocess.

Bristen på vägledande praxis kan ha flera orsaker. Man kan tänka sig att avsaknaden av prejudikat i nordisk upphovsrätt beror på att vår lagstiftning är särdeles effektiv. Närmare tillhands torde dock ligga att många tvister förliks innan de når domstolen. Det kan också antas att upphovsmannaorganisationerna haft stor betydelse för eliminering av tvister. Eftersom många, främst sekundära, utnyttjanden sker på grund av *avtal* – ofta standardavtal – minskar risken för enskilda tvister om utnyttjandenas art och omfattning, genom att organisationerna förhandlar kollektivt om villkoren för rättigheternas utnyttjande (jfr ovan om de standardavtal som tillämpas av BUS, BONUS och COPYSWEDE, där såväl objekt som utnyttjandets omfattning preciseras). Ren okunskap på rättighetshavarsidan kan därtill bidra till att intrång inte beivras.

De ändrade skyddsförutsättningarna och prejudikattorkan kan ha en gemensam förklaring i faktum att många av upphovsrättens utnyttjandesituationer bygger på en *presumtion*.[51] Enligt *Olsson* kunde, som anges ovan, ett skäl till att skyddsgränserna sänks, vara att man för att undvika besvärliga gränsdragningar i olika avtalsförhandlingar valt att tolka upphovsmannabegreppet tämligen vidsträckt.[52] Det är uppenbart att upphovsmän, rättighetshavare och utnyttjare i många fall presumerar att ett objekt är skyddat och träffar avtal om utnyttjande därifrån. Vanligen råder inte heller någon tvekan om att ett alster är skyddat. Men om verket har låg originalitet, finns en risk att alstren inte når upp till verkshöjdsribban.

Osäkerhet kan också råda i många bearbetningssituationer. Förhållandet att bilder kan vara såväl skyddade som oskyddade skapar alltså en osäkerhet på bildmarknaden. Marknadens aktörer hänvisas då till presumtioner om att de utnyttjade objekten är antingen skyddade eller oskyddade.

Det principiella ställningstagandet att moderna konstyttringar enligt *doktrinen* ansetts *sakna skydd* (se ovan 3.1.1) måste relateras till att de ofta ändå hanteras som om de vore skyddade. Det gäller i vart fall när de blir föremål för utnyttjande, t ex genom fotografering på vykort, i böcker eller på affischer eller vid återförsäljning. Marknaden uppfattar alltså uttrycken av koncept- och metakonst, minimalistisk konst etc som upphovsrättsligt skyddade, särskilt i de sammanhang där det finns ett kommersiellt utnyttjandeintresse.

[51] Jfr Levin i Lex ferenda s 116.
[52] Olsson, Copyright s 34.

Liknande skyddspresumtioner återfinns även i andra sammanhang. Det har i skyddsbedömningen av konsthantverk och konstindustri varit vanligt att man tagit hänsyn till om upphovsmannen varit *konstnär* eller *formgivare* eller eljest haft konstnärlig utbildning. Om så varit fallet har det ansetts kunna läggas till grund för en presumtion att verket skulle ha ett konstnärligt syfte.[53] Även om ett sådant syfte inte skall få vara avgörande vid verkshöjdsbedömningar, verkar det ändå i praktiken mer eller mindre omedvetet förekomma sådana bedömningar. Man presumerar t ex att ett konstverk som saluförs i ett galleri och är skapat av en erkänd konstnär är skyddat av upphovsrätt, vilket kan lägga grund för den i Norden valda vägen att bestämma objektet för följdrätt. På samma sätt torde de flesta upphovsmän anta att deras verk åtnjuter skydd. Skyddspresumtioner har kanske ändå tydligast kommit till uttryck i praktiken främst när det gäller avtal om sändningsrättigheter till programformat och TV-evenemang som inte med säkerhet kunnat anses upphovsrättsligt skyddade.[54]

Skyddspresumtionen i ett avtalsförhållande förvandlar förfogandeobjektet till en obligationsrättsligt bindande upphovsrätt och därmed ett ekonomiskt objekt för förfogande med upphovsrättslagstiftningens regler som mönster. Genom att i avtal presumera att avtalsobjektet är skyddat, kan utnyttjaren försäkra sig om att den presumerade rättighetshavaren inte kommer att stämma honom för upphovsrättsintrång. Utnyttjaren betalar alltså *de facto* för en *intrångsgaranti* (jfr ovan 8.1).

Bildmarknaden agerar alltså medvetet, men ibland också *undermedvetet*, utifrån olika skyddspresumtioner. I den kollektivt administrerade miljön, som bygger på massutnyttjanden, blir det en naturlig följd av själva masshanteringen att en viss del av *utnyttjandena* avser sådant som inte avser verksinnehåll;[55] det kan bero på att verket fallit i *domain publique* eller på avsaknad av verkshöjd. Utnyttjanden kan också ske av verksinnehåll som är så begränsade att det inte kan avgöras om de i det enskilda fallet verkligen gäller en del av verket. Inte desto mindre finns sådana upphovsrättens småmynt i stor utsträckning med i hanteringen.

Sammanfattningsvis så långt kan man kanske säga att upphovsrätten visar sig inte vara en särskilt bra *sakrätt* i det enskilda fallet. Den verkar

[53] Jfr NJA 1958 s 68 (Rudastolen); se härtill Lögdberg i NIR 1960 s 217 ff.

[54] Det torde framförallt gälla sändningsrättigheter till *sportevenemang*. För att eliminera osäkerheten i sådana presumtioner har vissa diskussioner förts även om en särskild rättighetstyp, en s k *droit de stade* (*arenarätt*), som skulle förbjuda oauktoriserad fixering och överföring av detta slags prestationer (se Chaves i Copyright 1987 s 320 ff). Utvecklingen verkar nu emellertid gå mot att TV-evenemang generellt anses skyddade (se härom främst Karnell i Festskrift till Strömholm s 489 ff), vilket inte minst kan vara grundat i en avtalsutveckling och en effektivitet i hanteringen av sändningsrätter.

[55] Jfr Levin i Lex ferenda s 116.

fungera bättre såsom obligationsrätt, d v s som avtalsobjekt i förekommande fall. Anledningen till det finns i osäkerheten om rättens existens. Det är tydligt att det ursprungligen var i domstolen – med akademiernas för de fria konsterna hjälp – som upphovsrättens verksbegrepp skulle utvecklas. Eftersom objektet skall vara normativt måste man för att få kunskap om vad som täcks av begreppet alster av bildkonst studera domstolsavgöranden där det fastställts[56] och där är praxis sparsam. Bildkonsten har kanske därför kommit att avlägsna sig från akademiernas ideal och sökt sig egna vägar.

9.2.2 Ett funktionellt verksbegrepp

Det finns i praktiken sannolikt två verkskvalifikationskrav. Det ena är det som vi känner till från *doktrinen* och äldre praxis.[57] Det andra utgörs av marknadens *de facto*-användning. Det bygger på marknadsaktörernas egna uppfattningar om vad som bör falla inom det skyddade området.

Strömholm har berört de samhälleliga föreställningarna om och värderingarna av upphovsmäns arbete och produkter. Med värdering i det sammanhanget menade han i första hand den inställning som satte ett pris, ett visst samhällsekonomiskt värde på upphovsmäns produkter och därmed indirekt på deras verksamhet. Utan en undersökning av denna samhälleliga attityd lät sig varken uteslutanderätten eller verksbegreppet förstås. Enligt *Strömholm* borde det måhända tilläggas, att detta inte var något försök att tolka upphovsrättsliga regler utifrån en renodlat materialistisk ståndpunkt, såsom regler om handelsvaror. Det skulle vara att fullständigt misskänna reglernas egenart. Det *ekonomiska värde* som i ett givet samhälle tillades upphovsmäns alster byggde självfallet på ett komplicerat samspel mellan en rad värderingar av intellektuell, estetisk och moralisk art.[58] Den moderna upphovsrätten har emellertid tydligt gått från ett skydd för värderingar av intellektuell, estetisk och moralisk art till ett skydd för investeringar av skilda slag i litterärt eller konstnärligt skapande.[59] Det har, generellt uttryckt, gått från personlighetsrätt till förfoganderätt. Ett tydligt tecken på det är att det också i den ideella rätten

[56] Jfr Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 91.
[57] Jfr t ex NJA 1921 s 579 (Frödings brev) där vissa brev ansågs skyddade medan andra inte ansågs skyddade.
[58] Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s 88.
[59] Se Levin i Lex ferenda s 111 ff; jfr Liedes som hävdat att man kommit att tala mindre om principer och mer om pengar (NIR 1992 s 669).

idag finns starka ekonomiska sidor (jfr om den ideella rättens betydelse i avtalssituationer ovan 7.10).

Flera faktorer pekar mot att den mest adekvata avgränsningen av det skyddsbara området är att anlägga ett *funktionellt verksbegrepp*. Det eftersträvansvärda borde vara att se till hur ordet verk uppfattas och används i praktiken i skilda situationer. Det är inte bara så att den ovan i kapitel 4 beskrivna kommunikationsmodellen måste fungera för att det skall uppstå en fungerande marknad för upphovsrättsligt skyddade prestationer. Den bidrar också, såsom skisseras ovan, till att forma bildobjektet och verksbegreppet i sig. En förutsättning för en modern upphovsrätt är därtill att det finns en marknadsekonomi med fungerande avtalsbildning. En förutsättning för att någon marknad över huvud taget skall uppstå är därtill att upphovsmannen tar sin förfoganderätt över verket i anspråk. Lagens i sig vaga verksbegrepp kan i så fall medföra att legitimiteten att definiera verksbegreppet kan överföras från lagstiftaren till den som har kraft och vilja att definiera det. I och med att upphovsrätten alltmer kommit att avlägsna sig från den äldre, mer ideellt fokuserade verksuppfattningen mot en mer marknadsrelaterad sådan, har marknaden på ett helt annat sätt kunnat definiera verkskvalifikationerna.

Teoretiskt sett borde rättighetshavarna sträva efter att öka sina inkomster, d v s att få in så mycket som möjligt under det skyddade området, vilket skulle leda till sänkta verkshöjdskrav. Utnyttjarna borde tvärtom sträva efter att minska sina kostnader, d v s att minska det skyddade området. Eftersom skilda aktörer på mediemarknaden haft olika styrkeförhållanden under olika perioder, har verksbegreppet ändrats. I många fall har mellanmän och utnyttjargrupper också haft stort inflytande. Av stor betydelse blir de *handelsbruk* och de *sedvänjor* som finns i skilda branscher. Betydelse får också den *standardavtalsmarknad* som utvecklats på flera områden inom upphovsrätten. Frågan är då i *hur hög grad* marknaden själv kan bära uppgiften att definiera skapandekraven. En lockande tanke vore att låta marknadsjämviktsläget på en aggregerad bildmarknad bestämma det skyddade området.

Det som bestämmer *efterfrågan* på en bild är en rad faktorer, men främst torde det vara verkets *originalitet* och utnyttjandets *exklusivitet*. Ur ett produktionsperspektiv bestäms priset på verket först och främst av kostnaden för att framställa bilden. Det finns också kostnader för själva *tillhandahållandet*. Upphovsmannen har därtill sin individuella talang eller skicklighet som tar sig uttryck i ett visst manér eller på annat sätt och

som manifesteras i den originalitet som tillkommer hans verk. Bakom talang och skicklighet ligger investeringar i utbildning och praktik.[60]

Eftersom upphovsrätten är en ensamrätt, påverkar graden av *exklusivitet* på marknaden normalt sett också efterfrågan. Utnyttjaren bör vara villig att betala extra för att få exklusivitet.[61] Ju originellare ett alster är, desto större är skyddsomfånget, desto större blir därmed den möjliga exklusiviteten och desto mer bör efterfrågan också öka. Men utnyttjaren betalar i många fall hellre även för en liten exklusivitet än för ingen exklusivitet alls. I fråga om *enkla* utnyttjanden finns inte någon exklusivitet att betala för. Utnyttjaren betalar enbart för arbetsinsatsen att åstadkomma eller tillhandahålla något och för verkets originalitet.

Ett problem från det dogmatiska verksbegreppets utgångspunkt är att det på marknaden tillkommer faktorer av annat slag än sådana som har att göra med *verket* i sig, vilka kan komma att bestämma efterfrågan. Främst är det kringfaktorer såsom upphovsmannens renommé vilka kan ge sådana effekter. Faktum att *Beppe Wolgers* var känd som TV-producent, skådespelare, humorist, översättare m m har säkert bidragit till att hans bildverk blivit mer åtråvärda på marknaden. Det är i det fallet en effekt av att hans övriga talanger kunnat *färga av sig* på ett originalmedium vilka eljest är svåra att befästa materiellt. Det betyder att värden som har ursprung i skapande på andra områden kan komma att *fastna* på en viss konstnärs bildverk. Värt att uppmärksamma är att om upphovsmannens renommé tilläts påverka verkets skyddsvärdighet, kunde det upphovsrättsliga goodwillskyddet stärkas.

Verkskvalifikationskrav som endast bestäms av marknadens *de facto*-användning ligger i princip vid marknadsjämviktsläget. Det är också sannolikt att marknadsjämviktsläget har lagt verkshöjdsribban på flera av de områden som beskrivs ovan i kapitel 3, vilket bl a kan bero på den relativa bristen på vägledande praxis. Det dogmatiska verkshöjdskravet har och bör emellertid ligga över marknadsjämviktsläget. Skillnaden mellan marknadsjämvikt och den dogmatiska verkshöjden bör i teorin motsvara det av lagstiftaren önskade incitament som upphovsmännen skall ha för sin *skapandeverksamhet*. Medan det dogmatiska verkshöjdskravet i många fall har utgått ifrån en enhetlig och relativt hög nivå, har marknaden utvecklats mot en varierad verkshöjdsskala som successivt tenderat att sjunka. Båda verkshöjdskraven bör tillåtas att ömsesidigt påverka varandra. Det verkshöjdskrav som bestäms av marknaden är viktigt att ta hänsyn till eftersom det i grunden är de skaparinsatser som ger upphov till

[60] Antagandet att ett alsters pris kan bestämma dess originalitet får visst stöd i lagstiftarens avgränsning av objektet för *följdrätt* genom kravet på ett visst minimiförsäljningspris för konstverk (se ovan 3.5).
[61] Jfr Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s 656.

efterfrågan som främst är betjänta av ekonomiskt skydd. Det dogmatiska verkshöjdskravet måste trots det alltjämt spela en viss roll, eftersom marknadsjämviktsläget tenderar att ligga under det av lagstiftaren önskade konkurrensläget. Risken är att ett verkshöjdskrav som bestäms uteslutande av marknaden inte ger incitament för nyskapande av den grad som lagstiftaren önskat åstadkomma med ensamrätten och inte heller ger tillräcklig grad av exklusivitet för att vara ekonomiskt intressant för utnyttjaren.

Det finns också anledning att något överväga hur skaparinsatser kan komma att vägas mot varandra i en digitaliserad värld. En följd av en digitaliserad marknad medför att verket i högre grad kan delas upp i eller omvandlas till mätbara beståndsdelar i form av tid, upplaga, projektionsyta m m. Om det med digital teknik är möjligt att märka det digitala innehållet, kan också avgöras hur mycket av den ursprungliga bilden som använts vid bearbetningen. Vad som kan kallas *direkt utnyttjande* (jfr uttrycket *direkt exemplarframställning* ovan s 215) kan då tjäna som en presumtion för att ett upphovsrättsligt relevant utnyttjande verkligen skett. De avtalsformer som således skapas på grundval av utnyttjande av digital information kommer säkerligen också att inrätta sig efter ersättning för det direkta utnyttjandet. Det som går förlorat är verkets kvalitativa egenskaper av skilda slag. En avgörande fråga blir då om skyddsföremålet vid intrång i framtiden kommer att mätas i digital form, d v s som ett individuellt informationspaket eller i analog form, d v s som ett verk i traditionell mening. Kommer domstolen att behandla den digitala koden endast som ett bevismedel eller som ett rent verksinnehåll? Om domstolen väljer det förra alternativet, överges såväl originalitets och skapandekrav, som kravet på skyddsomfång. Det kan antas att i vart fall rätten till verksinnehållet i en *digital miljö* kommer att mätas med andra krav än traditionella verkskvalifikationskrav. Ett steg i den riktningen utgör redan databasdirektivets *sui generis*-rätt.

9.3 Rätten

De nordiska lagstiftarna har snarare betraktat förfoganderätten ur ett objektperspektiv än objektet ur ett förfogandeperspektiv. Det tydligaste exemplet är kanske hur förfoganderätten bestämts när det gäller framförande och visning. Om ett verk kan framföras eller visas bestäms ju i princip av dess litterära eller konstnärliga egenskaper i traditionell mening, d v s egenskaper hos objektet. Ett annat belysande exempel är *paro-*

din, som i nordisk rätt tydligt uppfattas i ett objektsperspektiv medan man i t ex USA snarare ser parodin i ett utnyttjandeperspektiv inom ramen för *fair use*-doktrinen (se ovan s 178 och nedan s 408). Ytterligare ett exempel är hur AK förklarade innebörden av rätten till oförändrad återgivning i 28 § URL. För AK förelåg en oförändrad återgivning om den hade samma *inre form* som det återgivna verket.[62]

Det kan emellertid ifrågasättas om inte bildobjekt och förfogandeobjekt står så nära varandra att man inte kan tala om ett verk i egentlig mening utan att koppla det till förfoganderätten. Enligt *Koktvedgaard* framhävde man ofta att det inte fanns någon uppdelning mellan rättigheternas innehåll och föremål och att läran om rättigheternas föremål endast var ett praktiskt, framställningsmässigt utflöde av vissa delar av rättigheternas helhetsbeskrivning. Den uppfattning, som enligt *Koktvedgaard* stod i klar motsättning till den äldre rättslärans grundsats om att varje rätt hade ett föremål, förstods bäst när den sågs i förbindelse med det moderna rättighetsbegreppet. Uppdelningen mellan rättigheternas föremål och innehåll försvann när man behandlade dem logiskt analytiskt. Man skulle här företa en *atomisering* av rättighetsbegreppet så att det kom att framstå som *ett framställningstekniskt rekvisit, vilket var ägnat att samla en räcka av reella och konkreta handlingsförlopp*. Objektsläran miste därvid inte bara sin självständiga betydelse. I det konkreta handlingsförloppet försvann föremålsläran helt.[63] Det gäller i än högre grad idag. I många fall träder upphovsrättens verksobjekt också tydligt tillbaka till förmån för en förfoganderätt i faktisk mening, d v s att förfoganderätten i sig bestämmer kvalifikationerna hos objektet. Det bästa exemplet är kanske databasdirektivets *sui generis*-rätt (vilket dock uttryckligen inte är upphovsrättsligt, jfr ovan s 185 f). Ett annat exempel som också uppmärksammas i undersökningen är hur lagstiftaren avsett att avgränsa objektet för *följdrätt* genom kravet på ett visst minimiförsäljningspris på konstverk (se ovan 3.5). På liknande sätt åstadkommer även utomupphovsrättsliga förbudsrätter, såsom regler om förbud mot illojal konkurrens, ett slags negativt uttryckta förfogandeobjekt över i förekommande fall konstnärliga prestationer.

[62] SOU 1956:25 s 69 och 136 f.
[63] Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 85 f.

9.3.1 Ensamrätt och inskränkning

Det har varit svårt för lagstiftaren att lösa den konflikt som uppstår mellan det samhälleliga intresset av att få tillgång till kulturella prestationer och det intresse som den enskilde upphovsmannen har att råda över sina verk. När de särskilda inskränkningarna skall formuleras i praktiken finns det en rad faktorer att ta ställning till. Det kan därför vara av intresse att något fokusera på de direkta bevekelsegrunder som kan ligga bakom upphovsrättens inskränkningar i enskildheter.

En viktig bestämningsfaktor för hur långtgående en inskränkning skall få vara är *hur ekonomiskt eftertraktade verken är.* Om den som utnyttjar verket gör en rent ekonomisk vinst, samtidigt som upphovsmannen går miste om en intäkt, så är inskränkningen inte motiverad. Således har konstaterats att t ex arkiv och bibliotek inte får kopiera verk som finns att tillgå i handeln. IT-utvecklingen har medfört att det blivit lättare att framställa bildexemplar och att även på andra sätt förmedla eller nyttiggöra bildinnehåll. Det påverkar det ekonomiska intresse som kan finnas i bildinnehållet. I andra fall kan intresset att utnyttja verket vara av annat än rent ekonomiskt slag. Man kan kanske säga att upphovsrätten i många fall kan stå *i vägen* för utnyttjandeintressen som finns oberoende av ett ekonomiskt skydd. En i sig skyddad byggnad kan t ex stå *i vägen* för en kamera.

Det är också en viktig faktor *i vilket syfte verken skall få åtkomliggöras.* Många av lagens undantag syftar till att upprätthålla offentlighetsprincipen och yttrandefriheten. Ett exempel är det ovan visade intresse som kan finnas hos ett arkiv för att bevara ett verk till eftervärlden. Tillika med det allmänna intresset att tillhandagå allmänheten med det medieinnehåll eller den kulturella information som finns i ett visst verk, är det ett intresse att bevara åtminstone ett exemplar av verket till eftervärlden, d v s till tiden efter det att skyddet löpt ut. Verken väntar då så att säga ut skyddet. Om vistelsen i detta *väntrum* kräver viss exemplarframställning, kan det anses ointressant för upphovsmannen att få ersättning för den. Av liknande skäl tar flera av lagens inskränkningar hänsyn till det direkta allmänna informationsintresset. Det har ansetts ändamålsenligt att utan särskilt tillstånd och utan ersättning få återge ett verk, om det krävs för den allmänna nyhetsförmedlingen. Det skall vara tillåtet att återge verk som syns och hörs under en dagshändelse och konstverk skall få återges i samband med information om utställningar. Liknande motiv ligger också bakom rätten att kritisera och citera (ovan 5.7). Intresset av en snabb och fungerande informationsförmedling tar då i vissa fall över upphovsmannens intresse att göra sin rätt gällande.

Ytterligare ett syfte, som kan anses ligga utanför upphovsmannens egentliga ekonomiska intresse, är rätten till efemära inspelningar för tidsförskjuten visning av vad som sänds i etermedia till dem som av skilda skäl *de facto* inte kan tillägna sig verket vid det ordinarie – och för vem som helst tillgängliga – sändningstillfället (ovan s 267). Lagstiftaren har här gjort övervägandet att upphovsmannens primära intresse endast har att göra med *att* verket tillgängliggörs, inte *när* det sker.

Härtill kommer frågan om *vem som skall ha rätten att företa den faktiska handling* som innebär ett tillgängliggörande. I vissa fall, såsom när det gäller framställning av blindskrift och talböcker, tillkommer rätten t ex exklusivt vissa arkiv och bibliotek. I andra fall har det ansetts tillåtet för den enskilde att själv företa en exemplarframställning men inte acceptabelt att låta någon annan göra den åt honom (jfr ovan s 220 f). Motiven bakom sådana avgränsningar har varit att det ansetts finnas större risk för att exemplarframställningen blir systematisk när den företas av någon utomstående. En organisation som ägnar sig åt exemplarframställning åt flera enskilda kan – till skillnad från den enskilde som gör ett exemplar av flera skilda verk – tendera att få förlagskaraktär.

I vissa fall har det betydelse *var verken står*. Om ett konstverk eller en byggnad finns *på allmän plats*, har det ansetts omöjligt att väja för det, vilket då är tillräckligt för att diskvalificera ensamrätten (ovan 5.7.1). På liknande sätt har det ansetts nödvändigt att tillåta exemplarframställning för enskilt bruk enligt 12 § URL, eftersom det i praktiken är omöjligt att kontrollera den. Uppförande av byggnad kan ju lättare kontrolleras, eftersom dess yttre existens är så tydlig. Därför får man inte heller uppföra byggnad enligt 12 § 2 st URL.

I syfte att begränsa ensamrättens inskränkningar har det betydelse med vilken *teknik* ett exemplar framställs eller med vilken teknik det eljest tillgängliggörs. Generellt blir exemplarframställningsrätten styrd av funktionen av enkelhet och kvalitet: ju enklare det är att framställa exemplar och ju bättre tekniken är samt ju bättre kvalitet som efterbildningen får, desto mer begränsad bör åtkomsträtten vara. Exemplarframställningsrätten inom arkiv och bibliotek är t ex begränsad till *reprografiskt förfarande*. I den danska lagen är det enligt 12 § 2 st 4 också förbjudet att framställa enstaka exemplar i digital form av verk för enskilt bruk.

Lagstiftaren har i vissa fall ansett det ändamålsenligt att begränsa den *tid* under vilken ett på grund av en inskränkning framställt exemplar skall få finnas. Denna *inskränkningarnas* pendang till upphovsrättens skyddstid återfinns i rätten att göra efemära inspelningar för skilda ändamål och kan jämföras med ett av motiven till arkiv och biblioteks exemplarframställning, nämligen att exemplaren i vissa fall måste få framställas för att

bildverket skall kunna sparas till tiden efter det att verket fallit i *domain publique*. En liknande inskränkning finns också i rätten att återge verket i samband med en dagshändelse. Det innebär att verket inte får återges sedan händelsen har upphört att vara just en dagshändelse.

Det spelar i vissa fall roll hur *mycket* av bildinnehållet som återges eller hur *framträdande* det är. De bästa uttrycken för en sådan princip är rätten att återge konstverk på allmän plats utomhus i 24 § URL och rätten att återge konstverk i film och TV (20 § 2 st URL). Reglerna kan ses i relation till verksobjektets bearbetningsregler. Även om bildverket framträder i en avbildning så att det tydligt kan anses som ett exemplar, blir det fritt att utnyttja verket i dessa situationer, eftersom det inte har en central plats i avbildningen.

De *närstående rättigheterna* bör också ses i ljuset av lagens egentliga kategorier. Medan inskränkningarna syftar till en begränsning av vad som eljest skall vara skyddat enligt 1-2 §§ URL, utvidgar de närstående rättigheterna ensamrättsområdet. Flera av de närstående rättigheterna har bilder eller bildinnehåll som föremål. De intressantaste närstående rättigheterna är i sammanhanget fotorätten i 49 a § URL, katalogskyddet i 49 § URL och rätten till upptagningar av rörliga bilder i 46 § URL. Den systematiska tanken med närstående rättigheter är att lagstiftaren ansett att upphovsrättens grundläggande verkskrav inte skall behöva vara uppfyllda för ett visst slags uttryck, men att en med upphovsrätten jämförbar rättighet av ekonomiska eller andra skäl bör omfatta även dessa uttryck, eftersom de företer likheter i övrigt med de av upphovsrätten skyddade företeelserna. I gengäld ges de närstående rättigheterna ett svagare ekonomiskt skydd. Fotorätten är införd som närstående rättighet främst på grund av att *verkskvalifikationerna* saknas. Katalogskyddet har införts främst på grund av att det finns ett på upphovsrättsliga principer grundat intresse att skydda *utnyttjanden* av de bakom kataloger liggande *arbetsinsatserna* (se ovan). Vad gäller skyddet för upptagningar av *rörliga bilder* förefaller det ha varit svårigheten att skilja det skyddade – inte minst i ett Europa med olika kvalitativa krav för upphovsrätt från land till land – från det oskyddade som tvingat fram en särskild närstående rätt för själva upptagningen.

Konstruktionen med ensamrätt, inskränkningar och närstående rättigheter har i de nordiska lagarna utvecklats till ett mycket komplicerat och med tiden alltmer svåröverskådligt regelsystem. Inte bara nya kategorier och närstående rättigheter har presenterats i lagen. Successivt har också den ena inskränkningen efter den andra – ofta med anslutande begränsningar – införts i 2 kap URL för att tillgodose skilda utnyttjarintressen. Teknikutvecklingen medför också att nya uttryck hela tiden måste kate-

goriseras utan lagstiftarens hjälp. Faktum att det inte alltid står klart till vilken kategori en viss företeelse skall höra bidrar till att komplicera rättighetshanteringen. Ett alternativ till lagens inskränkningar kunde då vara en mer generell norm, bestämd av utnyttjandets art och omfattning m m – ett slags *fair use*-doktrin av det slag som finns i angloamerikansk rätt. Där har i vissa fall också sådana problem som i Norden omfattas av objektsöverväganden lösts genom tillämpning av *fair use*-resonemang. Frågan om *parodi* som enligt nordisk rätt främst har definierats som en fråga om framställning i samma eller en ny *inre form* som originalverket (jfr ovan s 49) har t ex i USA kunnat lösas genom *fair use*-doktrinen.

Medan man i nordisk rätt måste finna i lagen accepterade undantag, som tillåter ett utnyttjande, har det i amerikansk rätt i många fall ansetts möjligt att anlägga en mer generell avvägning mellan ensamrätt och frihållning. Rätten till *fair use* av ett verk tillkom i amerikansk rätt ursprungligen i praxis. Rätten stadgas i Section 107 och gäller i förhållande till de i Section 106 givna uteslutande rättigheterna. Rätten innebär bl a att utnyttjande av ett verk för vissa ändamål, t ex kritik, nyhetsförmedling, undervisning och forskning, inte skall anses utgöra upphovsrättsintrång.[64] Rätten till *fair use* skall avgöras med hänsyn för det första till om syftet eller karaktären av utnyttjandet är kommersiellt eller inte. För det andra är det utnyttjade verkets natur av betydelse, för det tredje är det omfattningen av utnyttjandet i förhållande till verket i sig som har betydelse och för det fjärde skall den uppskattade effekten av utnyttjandet ha betydelse. Kriterierna är endast en exemplifiering. Även andra faktorer kan få betydelse.

På liknande sätt som den amerikanska *fair use*-doktrinen har omfattningen av rätten att göra undantag från ensamrätten uttryckts i art 9.2 BK där det anges att mångfaldigande är tillåtet *i vissa särskilda fall*, förutsatt att ett sådant mångfaldigande inte gör intrång i det *normala utnyttjandet* av verket och inte heller *oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen.*

Det följer dock en rad praktiska problem med en mer allmänt hållen bestämning av ensamrättens gränser. Det förutsätts en fungerande prejudikatbildning som kan axla ansvaret att ge vägledning för hur gränserna skall dras. Därtill kommer problem av rättssäkerhetskaraktär när intrång skall förenas med straffansvar. Det gäller att hitta rätt balans mellan generalitet och precision.

[64] Stewart s 590; Seltzer i Bulletin of the Copyright Society of the USA 24/1977 s 230 ff.

9.3.2 Reglernas ändamålsenlighet och dynamik

Det upphovsrättsligt skyddade området kan bestämmas på skilda sätt. Ett är att utvidga eller begränsa själva verksbegreppet eller att höja eller sänka verkshöjdskravet. Ett annat nära besläktat sätt är att utvidga eller begränsa antalet förfogandemöjligheter. Ett sätt kan vara att införa inskränkningar i rätten eller att underlätta möjligheterna för utnyttjare att nå upphovsmän, t ex genom avtalslicenser. Ytterligare ett sätt är att införa sanktioner som kan variera med arten och omfattningen av ett otillåtet utnyttjande. Man kan också komplettera det egentliga upphovsrättsliga skyddet med *buffertkonstruktioner*, som kan tillförsäkra upphovsmännen ersättning, såsom t ex statlig visningsersättning och skatt eller avgifter på tomma kassetter. Regler helt utanför det egentliga upphovsrättsliga området, såsom rätten till bild i reklam, marknadsförings- och kännetecknenslagstiftning, kan slutligen också bidra till att bestämma det skyddade området för bilder. I de nordiska upphovsrättslagarna används alla dessa möjligheter på skilda sätt och i skilda sammanhang.

I 1977 års tilläggsdirektiv till UU angavs att den upphovsrättsliga lagstiftningen borde utformas så att den i den praktiska tillämpningen kunde fungera på ett *ändamålsenligt* sätt.[65] För att nå kunskap om reglernas ändamålsenlighet måste gällande rätt appliceras på de nya förutsättningarna i samhället. Härtill ansluter emellertid en rad praktiska problem. Det är först och främst svårt att få kännedom om den tekniska utvecklingen, att upptäcka förändringar och att förutse deras effekter. Därtill kommer problem med att analysera eventuella komplikationer som tekniken kan få på området för det immateriella rättsskyddet när marknaden börjar agera i den nya miljön. I 1960 års proposition till URL anförde depch att upphovsrättslagstiftningen var av utomordentligt stor betydelse för den andliga odlingen, och att det såväl från allmän synpunkt som för den enskilde skaparen var angeläget, att lagstiftningen höll jämna steg med utvecklingen. "Icke minst måste beaktas att den snabba tekniska utvecklingen successivt frambringat nya former för utnyttjande av de litterära och konstnärliga verken och av andra konstnärliga prestationer."[66] *Peczenik* har i ett allmänt rättsteoretiskt perspektiv slående konstaterat att samhället "förändras i allt snabbare takt och dess struktur blir alltmer komplicerad. Om rätten inte anpassas till förändrade förhållanden, blir den en utvecklingens broms. Ju mer dynamisk samhällsutvecklingen är, desto större elasticitet krävs av rättsystemet. Lagstiftningsapparaten är

[65] Dir 1977:21 s 4.
[66] Prop 1960:17 s 39.

för stel och tung för att i brådskande fall kunna reagera så snabbt som en sund samhällsutveckling förutsätter."[67] Uttalandet passar särskilt väl in på upphovsrättsområdet och går därtill väl i linje med IT-propositionens konstaterande att rättsordningen i ett utvecklat informations- och kunskapssamhälle måste vara så robust att den kunde hantera tekniska förändringar samtidigt som den fångade grundläggande samhällsvärderingar. Det konstaterades också att spridningen av IT nått en sådan nivå att den krävde strukturförändringar i samhället. Så hade det varit även vid tidigare tillfällen i historien. Då hade genombrottstekniker skapat epokskiften, och så såg det ut att bli även denna gång.[68]

Rent generellt finns ett *större* behov av lagstiftningsreformer om lagstiftningen i sig är detaljerad eller eljest av teknisk karaktär och därför måste relateras till förändringar av yttre faktorer i den verklighet som lagen är avsedd att reglera än om lagstiftningen är generell. En lag kan mycket väl ha givits en allmänt hållen lydelse för att just täcka in sådana förändringar inom lagens tillämpningsområde. Men det kan inträffa att förändringar av de yttre förhållandena uppstår, vilka inte kunnat förutses vid lagens tillkomst. I sådan fall blir ändringar i rätten nödvändiga även här. Om direktiv för hur lagen skall tolkas eller tillämpas givits i förarbetena, så kan nya motiv inte ändra på lagens tolkning eller tillämpning utan att det samtidigt görs en ändring i själva lagen.[69] Man kunde önska att domstolen i ett sådant läge skulle träda in och genom praxis förändra lagens tolkning genom att döma annorlunda än vad som föreskrivits i motiven men ändå i enlighet med lagens syfte, men det sker sällan eller aldrig.

När det gäller *skapande* har konstaterats att de flesta bilduttryck idag kan skyddas. Ändå kan i bildområdets periferi urskiljas företeelser som inte självklart uppfyller lagens skapandekrav, trots att de ostridigt får anses tillhöra bildkonsten. Problemet kan förvisso ses ur ett funktionellt perspektiv. Det är klart att många av uttrycken i den moderna konsten idag inte har någon större ekonomisk betydelse i upphovsrättsligt ekonomiskt hänseende. De är fortfarande i mycket hög grad bundna till sitt originaluttryck och därför mindre lämpade för kommersiellt utnyttjande. I så fall kunde man anse att det inte var ett upphovsrättsligt problem. Kvar finns dock ett antal alster som verkligen fått ett *kommersiellt renommé* och för vilka skyddet är svagt med kvarhållande av traditionella dogmatiska mätverktyg. Om lagens skapandekrav tillåts att utvecklas hand i hand med samhällsutvecklingen, vilket *de facto* också i stor utsträckning

[67] Peczenik, Juridisk argumentation s 11; jfr Vad är rätt? s 45.
[68] Prop 1995/96:125 s 5.
[69] Jfr Schmidt i Festskrift tillägnad Nils Herlitz s 279.

skett, kan verksbegreppet bli *dynamiskt* och svara inte bara mot faktiska skaparinsatser utan också mot utnyttjarnas uppfattning om verket. Om bildverket anknyts till det allmänna föreställningssättet, som i princip tillåts undergå märkbara förändringar från tid till annan, skulle det vara möjligt att genomföra "lagändring utan lagstiftning."[70] Då skulle den enligt motiven till URL allmänt hållna lydelsen av författningstexten som valdes för att bereda plats för sådana nya former att meddela sig med och sådana hjälpmedel, som vid tiden för lagens tillkomst ännu inte var kända[71] få avsedd verkan.

För att övergå till förfoganderätten är det tydligt att de nordiska lagstiftarna arbetat med avgränsade enskildheter. I realiteten är den nuvarande nordiska upphovsrättslagstiftningen mer kasuistisk och bunden av teknik än någonsin. Inte bara varje ny medietyp och varje ny utnyttjandeform utan också varje ny konventionsändring och ändring av multilateral lagstiftning i övrigt kräver anpassning av förfoganderätter och inskränkningar i så gott som varje enskildhet. Lagstiftningen är alltså samtidigt känslig för tekniska och andra samhälleliga förändringar. En sådan lagstiftning kan också vara skadlig genom att de som agerar på marknaden med vetskap om regelverket vanligen inrättar sig efter dess faktiska funktion. Alltför ingripande förändringar kan, även om de ytligt sett framstår som mer effektiva från samhällsekonomisk synpunkt, få motsatta verkningar, eftersom de rubbar en fast struktur. Sådana ändringar skapar då nya, från konkurrenssynpunkt okända och oprövade rättspositioner. Ett problem för lagstiftaren har blivit att över huvud taget hinna med och att kunna navigera i den nya miljön.[72]

Att den tekniska utvecklingen förändrade innebörden t ex av sådana företeelser som *exemplarframställning* för enskilt bruk stod klart redan för AK. Men sedan dess har utvecklingen på området fortskridit med hög hastighet. Fotokopieringsproblemet rörde under lång tid inte bilder. Även om bilder kunnat fotokopieras, har syftet med kopieringen främst varit att framställa exemplar av litterära verk och notskrift. Bildkvaliteten hos ett fotokopierat exemplar har varit för dålig för att vara intressant att utnyttja. På området för fonogram och audiovisuella verk låg det ursprungliga problemet i hemkopiering av fonogram. Genom utvecklingen av AV-tekniken fördes filmen in på området. Men alster av bildkonst har i praktiken endast haft en medelbar betydelse som audiovisuella objekt

[70] Eberstein i NIR 1941 s 11. (Observeras bör kanske att Eberstein gjorde detta uttalande före såväl Ross' införande av rättsrealism i nordisk doktrin som alla former av överväganden om skyddsvärdighet av avantgardistisk 1900-talskonst).
[71] SOU 1956:25 s 64.
[72] Jfr Koktvedgaard i Festskrift till Strömholm s 536.

(se ovan 3.6.2.6). På senare tid är det den digitala tekniken som väckt frågor om skärpta regler om kopiering i digital form av verk. Det var först på datorprogramområdet som särregleringar om digital kopiering kom på tal. På grund av datorprogramdirektivet infördes i URL i början av 1990-talet särskilda regler som just avsåg att hantera särproblem som rör datorprogram. Bl a hade man fått upp ögonen för att kopiering i digital form av programmens objektkod inte gav kvalitetsförluster. Motsvarande problem med digitala exemplar av andra verkskategorier har uppmärksammats först i efterhand[73] och har sin naturliga förklaring i att det *är med hjälp av datorprogram* som digitalisering och digitala verk åstadkoms. Även om frågor om digital bearbetning och digitalt skapande varit föremål för diskussion under längre tid, har några mer konkreta förslag om särreglering av digital kopiering inte realiserats i Sverige.

I IT-propositionen konstaterades att digital distribution över TV och radio i grunden skulle komma att förändra förutsättningarna för bl a svenska etermedia och för svensk mediepolitik. Den digitala tekniken gav inte bara bättre frekvensutnyttjande och högre kvalitet utan förebådade också vad som var möjligt i ett multimediesamhälle. Ett snabbt införande av digital marksänd TV-teknik påverkade även i hög grad spridningen av IT och av nya tjänster till hushållen. De flesta visioner om *morgondagens* IT-system tog fasta på tre viktiga sammanhängande utvecklingslinjer som brukade sammanfattas under rubrikerna *konvergens, integrering* och *universalitet*. Med *konvergens* avsågs sammansmältningen mellan olika teknikområden såsom telekommunikation, datorteknik och medier. Med *integrering* avsågs att olika media som text, ljud och bild kunde hanteras parallellt i nät, växlar och anslutningspunkter. Med *universalitet* avsågs att skilda tjänster och nät kunde erbjudas och nås överallt. Det kommunikationssystem som tonade fram kännetecknades av en växande teknisk enhetlighet i de fasta näten medförande att gränsen mellan fast och mobil tillgänglighet suddades ut och att näten och tjänsterna blev alltmer *intelligenta*.[74]

Dessa utvecklingslinjer är också tydliga för bilden och dess upphovsrättsliga skydd. En av orsakerna till att IT och det nya samhället tvingade fram förändringar i de strukturer som byggts upp med utgångspunkt i industrisamhället, var enligt IT-propositionen teknikens gränsöverskridande karaktär. IT skapade enligt IT-propositionen nya och oväntade samband som gick på tvären mot gamla, väletablerade strukturer.[75]

[73] Jfr Olsson i NIR 1981 s 107.
[74] Prop 1995/96:125 s 10.
[75] Op cit s 9.

Inte minst när verksinnehåll utnyttjas i digitala media tydliggörs hur teknik och upphovsrätt går på kollisionskurs med varandra. Digitalteknikens verkningar har i många fall en struktur som inte i alla hänseenden passar in i den gällande upphovsrättens ramar. I IT-propositionen uttalades att mediesammansmältningen och användningen av datorlagrade verk på det upphovsrättsliga området innebar nya krav på rättsskyddet och på rättighetsadministrationen. Upphovsrättssystemet och skyddet för intellektuella äganderätter utsattes för betydande påfrestningar genom digitaliseringen. Den gjorde det "möjligt att, på sätt som inte varit möjligt tidigare, komprimera verk och annan information, kombinera informationen (i multimedieform), överföra och kopiera information med stor hastighet och slutligen även att manipulera informationen."[76] Den nya tekniken kunde bl a medföra att upphovsmännen och andra rättighetshavare i hög grad förlorade kontrollen över användningen av sina verk och prestationer. Samtidigt fanns det risker för att ITs långtgående kontrollmöjligheter utnyttjades på ett sätt som äventyrade olika intressen av informationsfrihet och som måste stämmas av mot ensamrättsanspråken. Mer specifikt berördes teknikens inverkan på verksbegreppet, upphovsmannabegreppet, tillämpningen av de ekonomiska rättigheterna, tillämpningen av rätten att kontrollera offentliga framträdanden och tillämplig lag i samband med internationell överföring av information.[77] Det bör därför vara en uppgift för lagstiftaren att väga dessa möjligheter mot upphovsrättens ensamrätt och inskränkningar och mot upphovsmannens intresse.

Det kan sammanfattningsvis ifrågasättas om den valda systematiken med väl definierade kategorier, ensamrätter och inskränkningar är den rätta. Den systematiken har, sin pedagogiska ambition till trots, bidragit till att göra upphovsrätten stel och inte särskilt ändamålsenlig. Det gäller inte minst om det system som hittills använts av de nordiska lagstiftarna vid införlivande av konventioner och EG-direktiv med upphovsrättslagstiftningen skall fortgå. För det första har lagstiftaren vanligen valt att införliva direktiven genom att översätta enskilda direktivbestämmelser som sprängts in i den nationella lagen. Eftersom den nationella lagen och direktiven har olika systematik, åstadkoms en nationell lagstiftning som i många fall inte är systemkonform. För det andra har de nordiska lagstiftarna som regel valt att inte reformera den nationella lagen mer än vad som är nödvändigt enligt direktiv eller konventioner, med risk för att de bestämmelser som bygger på direktivet eller konventionen inte kommer

[76] Ibidem.
[77] Ibidem.

att stå i överensstämmelse med övrig nationell rätt. Ett exempel på ett sådant olyckligt införlivande av direktiv med nationell rätt är förbudet mot digital kopiering i 12 § URL vilket skall gälla endast datorprogram och databaser (jfr ovan s 275 f).[78]

Den gällande ordningen med ensamrätt, inskränkningar och närstående rättigheter kommer att förvränga författaganderättens innebörd vartefter nya inskränkningar och närstående rättigheter utvecklas. Dessutom sker kontinuerligt förändringar på marknaden, som lätt förskjuter intresset mellan ensamrätt och frihållning. Under förutsättning att lagstiftarens intention är att rättighetshavarens författaganderätt skall bibehållas konstant och oförändrad, måste, med gällande system, nya överväganden ständigt göras.

9.4 Tekniken

Innan den avslutande sammanfattningen om verket och dess egenskaper, skall här göras några anteckningar om teknikens inverkan på bildskyddet i stort. Att boktryckarkonsten inte medförde någon revolution för nyttiggörandet av bilder har konstaterats inledningsvis. Det medförde sannolikt i sig en eftersläpning av bildrättens intåg på upphovsrättens arena. Motsvarande revolution fick – säkert orättmätigt – vänta till fotografiteknikens inträde. Redan när lagstiftaren uppmärksammade det ekonomiska intresset för reprografi av litterära verk fanns möjligheterna att reproducera bilder. Man måste dock hålla i minnet att det ofta tar lång tid för konstnärer och hantverkare att se övergångar mellan teknikerna. Som inledningsvis konstateras hade fotografitekniken förmodligen en väsentlig betydelse för utvecklingen av bl a impressionismen. Tidigare hade målade bilder haft ett reellt samhällsekonomiskt syfte att dokumentera och att återge en faktisk verklighet (jfr ovan s 9). I och med fotografitekniken kunde detta behov tillgodoses bättre på teknisk väg, men den revolutionen skedde inte omedelbart.

Fotorätten gick emellertid inte lagstiftaren helt förbi. Möjligheterna att genom fotografi efterbilda konstverk uppmärksammades tidigt av lag-

[78] Jfr härtill Strömholms generella uttalanden om att särskilt det internationella rättssystem som uppbar och skapade de stora konventionerna helt enkelt hade överansträngt en rättslig modell, som ursprungligen tillkommit för helt andra förhållanden, men som på grund av den legislativa oförmågan till förnyelse kommit att fylla uppgifter, som till slut förvanskade den (Festskrift till Agell s 631); jfr Koktvedgaard i Festskrift till Strömholm s 537 och 542.

stiftaren och mot sekelskiftet 1900 infördes också skyddet för fotografiska bilder. Bildrätten fick ytterligare dynamik i filmtekniken. Oaktat fotorättens tillkomst (jfr ovan s 163), blev den – i vart fall för de nordiska länderna – styvmoderligt behandlad. Vid samma tid utvecklades telefonin men det skulle ta mer än ett sekel för telenätet att utvecklas till ett effektivt medium för överföring av bildinnehåll. Telextekniken under 1970-talet innebar inledningsvis en revolution för överföring av text men blev snart överspelad av telefaxtekniken, som i och för sig kan överföra bildinnehåll men med en erkänt dålig teknisk kvalitet. De nya medierna telefoni, såväl som telex och telefax uppmärksammades av lagstiftaren, men från upphovsrättssynpunkt, konstaterades de snart innebära endast tvåvägskommunikation, vilket inte i sig omfattas av upphovsrätten i egentlig mening i och med att sådan informationsöverföring inte inträder i den offentliga sfären.[79]

När det sedan gäller radio- och fonogramteknikerna som utvecklades under 1910-20-talen blev reaktionen en annan. De medförde en revolution på områdena främst för musikaliska verk, vilka vid den tiden inte ens skyddades som konstnärliga verk. TV som i sig innebar en utveckling av radiotekniken medförde sedan helt plötsligt att visuella uttryck kunde förmedlas via etern, men TV-mediets egna särart i form av möjligheter till direktsändning och faktum att alster av bildkonst av tradition ansetts förbundna med sina materiella uttryck bidrog till att man vid den tiden inte såg TV som en ny möjlighet att förmedla alster av bildkonst i egentlig mening. Stor möda lades också ned på att försöka utröna om TV-bilder alls var skyddade. TV medförde dock att man införde särskilda regler för återgivning av bilder i TV, först vad gällde visningsrätten (20 § 2 st URL) och sedan vad gällde sändningsrätten (26 d § URL). Inte ens videogramtekniken, som snabbt etablerade sig, uppfattades som något hot eller ansågs kräva ett starkare skydd för bildrättigheter. Istället stärktes ytterligare skydd för närstående producenträttigheter för att fånga upp de nya prestationer som gjorde sig gällande i TV-produktioner och som ansågs få ett allt tydligare utnyttjandeintresse.

Bildrättigheternas obetydlighet för lagstiftaren i audiovisuella media gör sig slutgiltigt tydlig i det i Sverige nyligen presenterade förslaget till kassettersättning (jfr ovan 5.4.2.3). Frågan om kassettersättning är visserligen i det hänseendet ett bra exempel på hur den ändrade tekniken medfört ändringar också av kravet på rättsreglernas tillämpningsområde. När frågan om kassettersättning först väcktes, var det enbart fonogram som

[79] Se härom utförligt SOU 1981:45.

omfattades av området. Sedan har, med videogramtekniken, även videogrammen förts in i diskussionen.[80] Förmodligen har den ursprungliga fokuseringen på fonogram och dess försprång på marknaden präglat reformarbetet. Att videogramtekniken medelbart fört in fotorätt och bildkonst i de kategorier som *de facto* omfattas av exemplarframställningen har emellertid över huvud taget inte medfört några särskilda överväganden. Det har dock fått faktiskt genomslag när de avgifter som kan omfattas av sådana rättigheter skall fördelas till rättighetshavarna. Digitalteknikens möjligheter att lagra stillbildsinformation på digitala AV-bärare för in bildverket på kassettersättningsområdet på ett mer omedelbart sätt.

När det gäller regleringen av fotokopiering, är det uppenbart att lagstiftaren främst haft kopiering av text och noter i åtanke, eftersom det varit där som den stora massan av utnyttjanden började (se ovan s 225).

När UU t ex konstaterade att det inom skolområdet betydde mindre att utländska upphovsmän inte blev bundna av avtalen, eftersom man använde utländska källor endast i mindre omfattning, medan det inom högskoleområdet däremot var nödvändigt att även utländska verk blev tillgängliga,[81] är det uppenbart att det endast var kopiering av *text* som utredningen avsåg utan att uttryckligen ange det. Något som ändå talar för att lagstiftaren var väl medveten om betydelsen av fotokopiering av bilder är emellertid att det ansågs naturligt att införa en avtalslicensbestämmelse i den då gällande 7 a § FotoL.[82]

Bilder omfattas visserligen av exemplarframställningsreglerna i 13 § URL, men bilder var av lagstiftaren ursprungligen inte primärt åsyftade som föremål för sådan exemplarframställning. Även om situationen på grund av färgkopiatorer och övrigt digital teknik nu har ändrats, så har det inte kommit till uttryck i nya lagmotiv. Att bygga de legala förutsättningarna för exemplarframställning, vilka tillkommit i en tid när det varken fanns färgkopiatorer eller öppna digitala databaser *on-line*, kan därför vara vanskligt.

Ett tydligt tecken är att de nya tekniker som tillkommit under senare tid pekat på bilden som ny intervenient i ett på grund av särskilda tekniker bildfritt eller bildobenäget system. Trots det har bilden, av olika skäl, sällan fått ökat spelutrymme när nya tekniker introducerats. Den digitala tekniken möjliggör emellertid förmedling av bildinnehåll på lika villkor som annat medieinnehåll.

[80] Se om utvecklingen på videogramområdet Davies/Hung, Private Copying s 23 ff.
[81] SOU 1978:69 s 53.
[82] Se op cit s 59 och 68 f.

9.5 Verket

På åtskilliga ställen i undersökningen har framkommit att bildverkets ändamål, egenskaper och skyddsförutsättningar förändrats under 1900-talet. Verksuttrycken i sig har kommit att få ändrade utseenden och syften, vilket lett till nya överväganden om bildverkets skyddsbarhet och i många fall till ändrade inställningar till de egenskaper som verket skall ha för att skyddas. Med den digitala tekniken förändras bildverket ytterligare. Det får nya egenskaper och ändamål.

9.5.1 Kategorier

I princip har fasthållits vid gamla skapandeförutsättningar samtidigt som nya *kategorier* vunnit inträde på det skyddade området. Vanligen utkristalliseras den nya företeelsen efter begreppsöverväganden i doktrinen och ställningstaganden i praxis, innan den givits en slutgiltig kategori eller plats under en existerande kategori i lagen. I vissa fall har nya verkskategorier införts, såsom filmverk, alster av brukskonst, fotografiska verk och databaser. I andra fall har de nya konstnärliga uttrycksformerna inordnats under redan existerande kategorier, t ex TV-verk, videografiska verk, multimedieverk och databaser. Oftast har i nordisk rätt inte införts nya verkskategorier. Istället har nya företeelser ansetts hänförliga till äldre kategorier. Stor möda har lagts ned på att undersöka och definiera det videografiska verkets kategoritillhörighet. Slutligen ansågs det principiellt tillhöra filmkategorin (se ovan s 167).

Skilda verkskategorier kan utnyttjas på skilda sätt, i skilda sammanhang och i olika utsträckning. Därför har det ansetts nödvändigt att begränsa skilda litterära och konstnärliga uttryck i varierande utsträckning för skilda utnyttjandesituationer. Lagens indelning i kategorier har sin grund i en verklighet som i många hänseenden avviker från dagens föreställningar. Kategoriindelningen har gjorts främst utifrån traditionella konstyttringar och tekniker. Ett tydligt tecken på det är hur teknikutvecklingen skapat problem för lagstiftaren att definiera nya verksformer såsom fotografi, film, videogram, datorgrafik och multimedia och att därtill rätt kategorisera dem i upphovsrättens systematik. Den digitala tekniken har under senare år bidragit till att upplösa gränserna mellan traditionella verkskategorier. Någon svårighet att göra gränsdragningen mellan text, ljud och bild torde visserligen sällan uppstå, men alla dessa typer av verksinnehåll kan sammanföras till en och samma bärare, t ex i en digital databas eller i

ett nytt audiovisuellt verk. Fotografi har varit omgärdat av en särskild *teknik,* som dessutom medfört att bevisningen om efterbildning ofta varit enkel. Men om det inte längre kan fastställas om ett visst bilduttryck är ett fotografi eller ett alster av bildkonst, bör olika krav inte heller ställas på skapande av skilda slags bilduttryck. Även om fotografi numera skyddas inom ramen för samma lag som andra bilder, uppstår avgränsningsproblem, särskilt vid *kombinerade utnyttjanden,* där alster av bildkonst och fotografiska bilder sammanförs till ett slutgiltigt verk (jfr härom ovan 3.2.7).

I *andra hand* är det gränsen mellan bild- och filmverk som upplöser gränsen mellan kategorier, bl a genom möjligheterna till digital animering av stillbilder. En filmskapare kan använda alster av bildkonst, fotografiska bilder eller fotografiska verk i digitaliserad form, för att med hjälp av ett *animeringsprogram* skapa ett nytt verk, där de tidigare bilderna, kan inta en såväl självständig som en underordnad roll i det nya filmverket.

Den diskussion som har förts om det *videografiska* verkets upphovsrättsliga kategoritillhörighet (se ovan 3.6.2.3), är idag överspelad genom en teknikutveckling där gränsen mellan film och video upplösts helt. Eftersom de flesta filmer idag tillkommer med digital videogramteknik i större eller mindre grad, kan det inte ha någon ur upphovsrättslig synvinkel avgörande betydelse om verket tillkommit med den ena eller andra tekniken.

Kategoriseringen skapar också andra slags problem. Ovan konstateras att det kan vara svårt att skilja de konstnärliga uttrycken från de litterära i datorprogram, såsom t ex spelprogram, och att det kan medföra att en rättighetshavare, i vart fall i teorin, kan begränsa utnyttjarens förfoganderätt över datorprogrammet genom att hävda sin rätt till bild eller film, t ex när det gäller rätten att framställa säkerhetskopior. Det får visserligen antas att inskränkningarna för datorprogram tar över förfoganderätten över verksinnehåll som finns inbäddat i datorprogrammet, men det är likväl ett tydligt exempel på hur lagens indelning i kategorier spelar allt mindre roll.

Även om de traditionella verkskategorierna i princip inte ändras i en digital miljö, är det tydligt att kategoriernas betydelse minskar, eftersom alla verksuttryck kan inta samma form. I den digitala miljön inriktas uppmärksamheten mer på vad som är möjligt att göra med verksinnehållet än på hur det ser ut. Intresset för utnyttjande av digitalt lagrad *bild* skiljer sig från intresset att utnyttja en *text.* I texten är det oftast den *information* som bärs av det skyddade textinnehållet som är intressant att åtkomma. Det primära syftet med att få ut texten i digitala databaser är att snabbt nå ut med aktuell information. Textsökning är i det hänseendet

att likställa med nyhets- eller faktasökning. Det är i realiteten inte den litterära formen som är eftertraktad, utan själva *informationen*.[83] När det gäller *bilder* ser det annorlunda ut. Det som är intressant att utnyttja är istället *arbetet* bakom bilden liksom det kreativa i motivval och komposition och den *goodwill*, som bilden har fått genom medveten bearbetning av marknaden. Det kan ta lång tid att skapa bilder. Det är då mer attraktivt att bearbeta redan existerande bilder, som kan ha tillgängliggjorts i digital form i en databas eller som *scannats* än att börja från början och skapa en helt ny bild.

Intresset riktas också mer mot de verktyg med vilka verksinnehållet kan åtkommas och vad som är möjligt att göra med det än dess litterära eller konstnärliga egenskaper. I den digitala miljön skiljer man inte så mycket mellan konstnärligt och litterärt, utan t ex mellan sådan text som datorn känner igen som textinnehåll och sådan text som datorn känner igen som bildinnehåll. Från utnyttjandesynpunkt har det i detta fall föga betydelse om objektet är litterärt eller konstnärligt. Det intressanta är om texten är möjlig att vidarebearbeta med en ordbehandlare, vilket gör den åtråvärd för textanvändaren. Bildanvändaren vill istället ha medieinnehållet i ett format som kan hanteras med hjälp av hans bildbehandlingsprogram. En bild är åtråvärd om den har hög upplösning och kan lagras för digital återgivning och bearbetning. När det rör sig om nyttiggörande av verksinnehåll i digital miljö, bör således formatet styra ensamrättens omfattning – inte verkskategorin. Förhållningssätten till verksinnehållet i digital miljö tenderar att sträva mot funktionella uppfattningar och skiljer sig därmed i stor utsträckning ifrån upphovsrättslagstiftningens uppdelning i kategorier och objektens litterära eller konstnärliga egenskaper.

Sammanfattningsvis kan konstateras att tekniska möjligheter har gjort det lättare att utnyttja alster inom vissa kategorier än i andra. Det är tydligt hur den traditionella indelningen i kategorier, bestämda utifrån hur något ser ut skapat problem. Utnyttjandet i en digital värld är på ett helt annat sätt oberoende av verkskategoriernas egenskaper hos objektet. Digitaltekniken upplöser och förpassar istället alla uttryck till ett medium[84] men utnyttjanden och vidareutnyttjanden varierar beroende på de rent tekniska möjligheterna och det ekonomiska intresset att åtkomma verksinnehållet.

[83] Jfr Rosén i Digitalisering s 66.

[84] Jfr Dreier i Urheberrecht und digitale Technologie s 139 och Loewenheim i GRUR 1996 s 831 f.

9.5.2 Syftet med verket

Även om upphovsmannens syfte med verket inte skall ha betydelse för dess skyddsbarhet, bör faktum att bilder kan ha skilda syften uppmärksammas, eftersom det kan påverka såväl skyddsfrågan som skyddets omfattning och styrka. I stort kan man dra en gräns mellan den *rena bildkonsten med fotokonsten* å ena sidan och övriga *fotografiska bilder och* reklambilder eller andra bilder med ett tydligt *praktiskt eller ekonomiskt syfte* å den andra. Samtidigt som det sedan länge funnits ett *kulturpolitiskt intresse* att vidmakthålla ett starkt skydd för den *rena* bildkonsten, verkar det med en traditionell syn på upphovsrätten bli svårare att tillgodose upphovsmännens ekonomiska rättigheter med det skyddet. Det gäller särskilt i relation till skyddsmöjligheterna för mer praktiskt och ekonomiskt betingade bilduttryck.

I äldre upphovsrättsdoktrin ansågs det vara en skyddsförutsättning att verket *uteslutande* hade ett konstnärligt syfte. Verk som hade även andra, mer praktiskt betonade syften kunde inte påräkna skydd.[85] Från att ursprungligen helt avfärda alster tillskapade med praktiska ändamål, har utvecklingen gått mot att alster med huvudsakligen *funktionellt* syfte kunnat accepteras och inordnas i upphovsrätten.[86] Det har också fört med sig att flera tidigare förekommande *särlösningar* för skilda uttryck, såsom t ex brukskonst, reklamalster och delvis även fotografi, kunnat utmönstras och de företeelser som omfattades av särbestämmelserna beredde plats inom upphovsrättens kärnområde. Brukskonstens praktiska syfte var ursprungligen ett hinder för skydd. Det räckte med att brukskonstalster tillika med ett estetiskt syfte, hade ett praktiskt syfte. Brukskonsten ansågs sedermera kunna skyddas, men i Sverige endast med kortare skyddstid. Under 1900-talets lopp ändrades synen så att brukskonstalster som förenade form och funktion på ett estetiskt tilltalande sätt ansågs vara värdiga fullt upphovsrättsligt skydd. Sedan har även brukskonstalster, vilkas funktionella egenskaper i många fall tagit överhanden, ansetts skyddsvärda, eftersom de ansetts vara resultatet av en medveten formgivningsinsats (jfr ovan 3.4.1). *Fotografi* ansågs ursprungligen inte kunna tillerkännas fullt upphovsrättsligt skydd, därför att det inte var möjligt att – även om det fanns där – i fotografiet spåra ett konstnärligt syfte. Av liknande skäl uteslöts rent dekorativa skapelser från det skyddade områ-

[85] Jfr Lund, Billedkunsten s 63 som dock sträcker sig så långt att verket *i allt väsentligt* måste uppfylla rent konstnärliga betingelser för att skyddas.
[86] Se SOU 1956:61 s 209; jfr Lund, Billedkunstens s 27 (se också om utvecklingen på brukskonstområdet ovan 3.4.1)

det.[87] *Reklamalster* som i Danmark tidigare hade ett särskilt skydd, har sedan 1960 års lagar ansetts kunna inordnas under allmänna skyddsförutsättningar. För att utvecklingen redan gick i riktning mot en generösare inställning till mer praktiskt betingade verksuttryck talar inte minst att den danska särlösningen från 1933 utmönstrades i och med 1960 års revision. Det indikerar samtidigt att AKs förslag i någon mening var föråldrat redan när det publicerades år 1956. Det är däremot naturligtvis omöjligt att säga om utvecklingen hade blivit en annan, om det särskilda skyddet för reklamalster införts.

Ändrade attityder till konsten har medfört att bildkonstbegrepp och bilduppfattningar ändrats. Upphovsrätten bereder idag skydd för många bilduttryck som definitivt befinner sig utanför området för den rena bildkonsten. Dagens bildproduktion utgör en viktig del av kulturindustrin med fast marknadsekonomisk förankring.[88] Bilder bjuds ut till allmänheten på en rad olika sätt. I vissa fall är bilden själv objekt, men ofta intar den rollen av förmedlare av skilda slags budskap av mer eller mindre kommersiellt slag. Genom att utvecklingen av upphovsrätten alltmer kommit att koncentreras på det ekonomiska värdet och framförallt skyddet inom teknik och industri, verkar på sätt och vis yttringar inom den moderna bildkonsten något ha fallit utanför upphovsrättens intresseområde.

En rad verksuttryck där bilder intar en *sekundär* roll har fått ett tydligt ökat *medialt* utrymme och därför ökad ekonomisk betydelse. Bilden är då inte objekt *i sig* utan objekt *för* något. Bilder har kommit att användas som *kännetecken*, *reklambärare* och som bärare av *goodwill*. Behovet av ett starkt bildskydd finns då inte primärt till för att skydda upphovsmannen och utnyttjanden av hans bilder. Skyddet utnyttjas istället för att skydda andras investeringar. Bilden i ett reklamalster har en avsättningsfrämjande funktion. Bilden i en film är ett medel för att åstadkomma rörliga bilder. I spelprogram är bilden spelplanen som gör att spelet kan spelas.

Det kan vara värt att reflektera över det ovan nämnda *Adam-projektet* där en död människokropp frusits ned varefter den sågats upp i tunna skivor som sedan fotograferats och sammanställts digitalt till en komplett bild av kroppen från *insidan* (jfr ovan s 126). Projektet har varit oerhört kostsamt och sysselsatt en mängd vetenskapsmän, tekniker och andra. Projektet har motiverats av den ökade kunskap som resultatet kan ge om människokroppen i anatomisk forskning och den pedagogiska tillgång det utgör i utbildning. Fotografierna som ligger till grund för det slutgiltiga

[87] Enligt *Kohler* skulle, som ovan s 67 angivits, arabesker, ornament och geometriska former m m falla utanför det upphovsrättsliga skyddet eftersom de uteslutande hade en stämningsfull och känslorörande verkan (se Kunstwerkrecht s 28 f).
[88] Jfr Birkman, Urheberschutz und wirtschaftliche Verwendung s 9.

resultatet är upphovsrättsligt skyddade och det slutgiltiga resultatet kan skyddas som ett audiovisuellt multimedieverk eller, om inte annat, som litterärt verk enligt 1 § 2 st URL (se härom ovan s 46). Det kan också utgöra eller bli del i en databas. Avtal kan reglera rätten att utnyttja resultatet av projektet. Men upphovsrätten hindrar ändå tredje man från att tillgodogöra sig resultatet utan tillstånd och här är det omöjligt att komma ifrån att det är fotorätten som bildar det starkaste upphovsrättsliga fundamentet.

Upphovsrätten skyddar i sådana fall inte primärt den investering i bildskapande som den ursprungligen var tänkt för, utan det sekundära intresset: investeringen i forskningsprojektet, filmen i reklamkampanjen eller den produkt som skall marknadsföras etc.[89]

Det kan förklara varför användning i reklamsyfte eller politiskt syfte kräver särskilt tillstånd enligt BUS' anslutningskontrakt och utnyttjaravtal. Upphovsmannen kan ha särskilda intressen av hur hans bild skall användas för något annat än att vara sig själv, såsom t ex i sin roll av bärare av politiska budskap eller reklam. Då träder upphovsmannen delvis ur sin primära roll som konstnär eller fotograf och blir en del av ett propaganda- eller marknadsföringsföretag.

Det är sedan länge känt att upphovsmannen genom sin konstnärliga gärning och marknadsföring eller på annat sätt kan få ett gott *renommé* eller *goodwill*. Detta ger ett mervärde åt hans verk. Det är ett resultat av investeringar i konstnärlig skicklighet och effektiv marknadsföring. Mervärdet har inneburit att priserna på välkända upphovsmäns verk stigit med den ökade berömmelsen. Eftersom det vanligen är det arbete som upphovsmannen lagt ned på sin skapande verksamhet som genererat mervärde, kan det anses rättvist att låta upphovsmannen få del av denna värdestegring. Under senare tid har också uppmärksamhet riktats mot upphovsmannens egna möjligheter att nyttiggöra renommé i form av *merchandisingavtal* (se ovan 7.5) och på tredje mans intresse att utnyttja den genom t ex *piratkopiering* (se ovan s 366).

Den digitala tekniken skapar också möjligheter att utnyttja just den kände konstnärens *manér* utan att för den skull utnyttja ett känt verk och på det sättet åtkomma den goodwill som finns i hans verk. Ett bra exempel som också varit omtalat i den juridiska doktrinen är *Mondrian*,[90] vars konkreta kvadratiska bilder var karaktäristiska för hans senare konstnärskap. Denna typ av bildkomposition kan varieras i det oändliga utan att något av hans verk faktiskt efterbildas. Det är bara hans manér

[89] Jfr härtill Karnell i Copyright 1988 s 141.
[90] Se Ginsburg i RIDA 163/1995 s 25 ff; jfr Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk s 48.

eller stildrag eller små, i sig oskyddade, men kanske ändå karaktäristiska, delar från verken som upprepas. Merchandising bygger ofta också på just sådana i sig inte faktiska verksutnyttjanden,[91] men gränsdragningen mellan verksutnyttjande och fri bearbetning är flytande (se om det problemet ovan 2.3.2).

Följdrätt är ett exempel på en ambition att ge upphovsmannen en skälig del av det goodwillvärde som kan lagras i hans verk (jfr ovan 3.5). Eftersom bildkonsten så länge varit fjättrad vid sitt original, har ersättning för en sådan värdestegring ansetts kunna ges genom följdrätt. Rättsfiguren är en främling i den klassiska upphovsrättens värld, eftersom den, till skillnad från upphovsrätten i egentlig mening, fokuserar på originalexemplaret och inte på *verket* i sig.[92]

Motiven för en följdrätt finns främst i den värdestegring som kan uppstå i bildkonstverk. Medan det för författaren och tonsättaren främst är framställningen av exemplar för spridning till allmänheten som har ekonomisk betydelse, är det för en bildkonstnär som röner allmänhetens uppskattning istället det pris som han kan få ut vid försäljning av sina konstverk som är den primära inkomstkällan.[93] Medan författaren och kompositören kan ge ut sina verk i nya upplagor mot royalty, har konstnären svårt att hävda sina rättigheter sedan verket har överlåtits.[94] Skillnaderna blir särskilt tydliga när man beaktar den markanta värdestegringen vid vidaresäljning av många konstverk.[95] Värdestegringen har i princip att göra med rena marknadsbetingade funktioner. Den är en produkt av verkens kvalitet och konstnärens renommé. Ofta spelar också marknadsföringen av konstnären stor roll för påverkan av efterfrågan på hans verk.[96] Om efterfrågan är högre än utbudet, som lätt blir fallet med originalkonstverk, stiger priserna. Ibland är det också vissa alster som blir särskilt eftertraktade. Följdrätt syftar därför till att minska den *obehöriga vinst*[97] som tredje man eljest skulle göra på konstnärens kvalitetsutveckling och marknadsföringskostnader.

[91] Jfr Ginsburg i RIDA 163/1995 s 27.
[92] Jfr Billdekunsten s 6 f.
[93] Jfr Olsson, Upphovsrättslagstiftningen s 193.
[94] Se Katzenberger s 11; jfr 1995/96:LU1 s 15.
[95] Se Katzenberger s 18; fr Eberstein, Immateriellt rättsskydd s 21.
[96] Jfr Eberstein, Immateriellt rättsskydd s 21. Klassiska exempel på värdestegring som resultat av marknadsföring är *Salvador Dalís* och *Andy Warhols* marknadsföring av sig själva. Ett exempel från modernare tid är *Jeff Koons*.
[97] Jfr Olsson som hävdade att det kan uppfattas som orättvist att konstnärerna inte skulle få ersättning för värdestegringen i deras konstverk (Upphovsrättslagstiftningen s 193).

Under lång tid var den svenska inställningen till möjligheterna att inom *upphovsrättens* ramar tillförsäkra upphovsmännen ett särskilt skydd för renommé av detta slag också relativt skeptisk. *Eberstein* slog redan 1927 fast att följdrätten inte hade någon särskild *upphovsrättslig* grundval att stödja sig på. I den mån en persons anspråk på andel i den värdestegring som *hon själv åstadkommit* kunde ses som berättigad, ägde principen enligt *Eberstein* giltighet såväl utanför som inom auktorrätten och gjorde ingalunda något för upphovsrätten specifikt.[98]

I någon mening kan följdrättskonstruktionen också anses slå orättvist. Ett stort antal bildkonstnärer ägnar sig åt bildskapande som inte kommer till uttryck i dyrbara exemplar och som inte saluförs på auktion eller eljest inte når upp till den bestämda minimisumman. Många alster är av sådant slag att de inte låter sig överlåtas. Det kan vara fråga om väggmålningar eller alster som varaktigt förenats vid marken[99] eller alster av mer efemär art. Trots att det kan uppstå goodwill i sådana alster, kan det alltså vara svårt för konstnären att nyttiggöra den. Situation skiljer sig dock från den traditionella konsthandeln, genom att goodwillvärdet här inte heller kan komma tredje man tillgodo.[100]

Man kan ifrågasätta varför det inte finns något direkt goodwillskydd i upphovsrätten av det slag som erbjuds i 6 § 2 st VML och FirmaL, d v s ett skydd som går utöver objektsgränsen för goodwill som lagrats i objektet. Ett svar kan vara att upphovsrätten siktar mot att vara heltäckande på ett annat sätt än kännetecknsrätten, som ju endast avser användning av kännetecken i näringsverksamhet. Så länge man rör sig på det traditionella bildområdet är upphovsrätten därför ett effektivt skydd mot annans utnyttjande av bilder oavsett om de utnyttjas i avsättningsfrämjande syfte eller inte och oavsett om de bär på goodwill eller inte. Där blir upphovsrätten i sig ett fungerande goodwillskydd. Man måste också beakta att vid den moderna immaterialrättens tillkomst, upphovsrätten var ansedd som ett utpräglat ideellt skydd, till skillnad från kännetecknsrätten som redan då uppfattades som ett kommersiellt skydd. I gränsområdena däremot, om det t ex är fråga om utnyttjande av ett visst *manér* eller när det gäller mer avlägsna *anspelningar* på ett konstverk, sträcker sig skyddsomfånget, såsom ovan visas, inte så långt att bildens goodwill fristående från sitt objekt kan skyddas av upphovsrätt på det sätt som på sätt och vis kan sägas gälla för kännetecknsrättens skydd för väl ansedda kännetecken.

[98] Immateriellt rättsskydd s 24.
[99] Jfr Katzenberger s 14.
[100] Se Nordell i Ånd og Rett s 781 f.

När det gäller bilder som kännetecknsobjekt, kan den av AK föreslagna regeln om skydd för reklamalster vara intressant från principiell synpunkt. AK konstaterade att ett sådant skydd kunde ses från två perspektiv, dels ett upphovsrättsligt dels ett marknads- eller kännetecknsrättsligt (jfr ovan s 82). Om ett sådant skydd skulle införas i den upphovsrättsliga sfären, måste det ges upphovsrättslig karaktär. Bortsett från skyddsförutsättningarna för verk, är det uppenbart att det hos en näringsidkare som vill utnyttja goodwill hos en konkurrent eller tillskapa sig konkurrensfördelar på dennes bekostnad kan finnas särskilda intressen att efterbilda reklamalster som härrör från konkurrenten. En sådan efterbildning skulle alltså få dubbel verkan. Dels skulle näringsidkaren få goodwillförluster, dels skulle den som skapat reklamalstren kunna förorsakas skada av upphovsrättslig karaktär. Förslaget kritiserades av lagutskottet, främst därför att ett sådant skydd av upphovsrättslig karaktär redan gavs genom de allmänna skyddsreglerna. Ett längre gående skydd för reklamalster skulle kunna få oönskade verkningar från konkurrenssynpunkt (se ovan s 81 ff).

Att en användning av någon känd konstnärs manér i marknadsföring *i teorin* kan åtkommas med MFLs regler om otillbörlig marknadsföring står klart. Likväl är MFLs tillämpningsområde i det hänseendet begränsat i praktiken. Att marknadsföra bilder som ser ut att härröra från en viss konstnär torde endast undantagsvis kunna åtkommas med MFLs regel om vilseledande efterbildning i 8 § MFL, som idag utgör lagens huvudbestämmelse till skydd mot vilseledande om ett kommersiellt ursprung.

Genom 1995 års MFL har vilseledande om kommersiellt ursprung en särskild förbudsbestämmelse i 8 § MFL. Företeelsen har i lagen kallats *vilseledande efterbildning*. Enligt bestämmelsen får en näringsidkare vid marknadsföring inte använda en efterbildning som är vilseledande genom att den lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Bedömningen enligt MFL knyter an till själva vilseledandet. Regeln bygger på den relativt omfattande praxis på området som utvecklats av MD och praxis är avsedd att bygga vidare på den.[101] Bedömningen är inriktad på frågan om marknadsföringen av en viss efterbildning utgör ett otillbörligt förfarande genom att verka vilseledande på konsumenter. Även om bedömningen härigenom blir konkret och individualiserad[102] samtidigt som den avlägsnar sig från objektet, är det konsumentens förväxling av en produkt som skall bestämmas. Därmed framstår MFL som ett mindre väl valt medel mot annans utnyttjande av en konstnärs manér eller stildrag i marknadsföring.

[101] Se prop 1994/95:123 s 58 f.
[102] Jfr Immaterialrätt s 194.

Marknadsföringsutredningen föreslog visserligen att skyddet mot renommésnyltning borde skärpas i den nya marknadsföringslagen.[103] Men någon särskild regel till skydd för renommésnyltning infördes sedermera inte.[104] Renommésnyltning kan åtkommas endast med hjälp av generalklausulen i 4 § MFL, som emellertid ger väsentligt sämre sanktionsmöjligheter än 8 § MFL. Såsom praxis har utvecklats enligt den äldre MFL förefaller det också svårt att åtkomma renommésnyltning den vägen.[105]

I länder med en allmän skadeståndsbestämmelse som tillämpas i samband med förväxlingsrisk, vilseledande, renommésnyltning o d, såsom återfinns t ex i art 1383 i den franska Code Civil[106] och art 43a i den amerikanska *Lanham Act* kan åtkommas en rad illojala beteenden, som sträcker sig utanför den rena upphovsrätten.[107]

Sammanfattningsvis här kan konstateras att det skyddade bildverket i många fall har kommit att utvecklas till ett annat slags föremål, som ofta kan ha andra syften än det som lagstiftaren ursprungligen föreställde sig. Det har gjort att upphovsrättens bildskydd kunnat användas som skydd för omfattande investeringar i annat än just den bild som utnyttjas. Då tjänar upphovsrätten i många fall även som ett gott goodwillskydd. Samtidigt har modern bildkonst i andra fall haft svårt att rymmas inom ett traditionellt verksbegrepp. I så fall kan det vara svårt för upphovsmannen att hävda rätten till sina investeringar inom upphovsrättens ramar, varvid upphovsrätten ger ett svagt goodwillskydd.

9.5.3 Bildens egenskaper

Konstnärsrätten kallades tidigare den rätt som gavs bildkonstnärer enligt den gamla konstnärslagen (jfr ovan s 7 f). Sedan konstnärsrätten och författarrätten sammanförts talar man om upphovsrätt. I vissa hänseenden kan det ändå vara ändamålsenligt att fortfarande tala om just *konstnärsrätt*. Om man går tillbaka till den äldre konstnärsrätten är det tydligt att den, på ett helt annat sätt än dagens mer generellt utformade upphovsrätt, var

[103] Se SOU 1993:59 s 326 ff.
[104] Prop 1994/95:123 s 76 f.
[105] Från MDs praxis finns mig veterligt hittills endast ett avgörande där domstolen funnit en marknadsföringsåtgärd otillbörlig uteslutande på otillbörlighetsgrunden renommésnyltning (MD 1993:9 (Boss)).
[106] Se Formskydd s 121.
[107] Se op cit s 195 ff; jfr Harris i Communications and the Law 1/1994 s 29, som belyser problemet med utgångspunkt i bearbetning av fotografier.

anpassad till konstverkets säregenskaper. Eftersom konst tidigare var bunden till vissa tekniker och till sina materiella föremål, präglades också lagen av det.[108] Det tydligaste exemplet är väl 1864 års danska lag om eftergörande av konstverk som skyddade endast originala verk, varmed avsågs verksoriginal.[109] I de tidigaste upphovsrättslagarna var det som ovan anges också vanligt att skyddet inte sträckte sig längre än till den egna kategorin. En skulptur skyddades alltså endast mot eftergörande i tredimensionell form.[110] På skilda sätt återfinns även i den gällande upphovsrätten vissa reliker från den gamla konstnärsrätten. Ett bra exempel på det kan vara begränsningen i 12 § 3 st URL där det talas om *konstnärligt förfarande*. Den regeln, liksom den äldre konstnärsrätten, ger uttryck för bildens materialitet.

För att förfoganderätten skall vara avgränsad på ett effektivt sätt, bör den vara anpassad till bildens egenskaper – dess *visualitet, samtidighet, känslighet och materialitet*. Det kan därför vara på sin plats här att belysa ensamrätten och dess inskränkningar mot bakgrund av dessa faktiska egenskaper. Bildens säregenskaper är också viktiga när den ekonomiska förfoganderätten över bilder skall bestämmas.

Här görs därför en sammanställning av bildens egenskaper. Egenskaperna beskrivs inte bara ur objektperspektivet utan även ur förfogande- och avtalsperspektivet. I vissa fall går egenskaperna också i varandra.

9.5.3.1 Visualitet

Visualiteten är en nödvändig egenskap hos bilden. Här framträder också en tydlig skillnad mellan den äldre konstnärsrätten och den moderna upphovsrätten. Konstnärsrättens skyddsobjekt har varit visuellt, medan verksinnehåll i dagens upphovsrätt – inklusive bildinnehåll – inte behöver vara visuellt i alla uttryck för att skyddas. Även om huvudregeln är att bilden skall komma till visuellt uttryck för att ett upphovsrättsligt förfogande skall äga rum, så har det ovan antagits att det kan äga rum även om bilden inte är iakttagbar för människan. En exemplarframställning kan t ex ske i digital form och bilden kan visas offentligt utan att någon är där och tar del av den. Visualitetens objektiva sida kommer av naturliga skäl till sitt tydligaste uttryck i visningsrätten. För att något skall kunna visas måste ett visuellt medieinnehåll finnas materialiserat och, i vart fall

[108] Jfr Lund, Billedkunsten s 26 f.
[109] Jfr 1914 års betänkande s 149 och Lund, Billedkunsten s 99 f.
[110] Jfr Lund, Billedkunsten s 27.

teoretiskt sett, vara tillgängligt för någon att ta del av. Den subjektiva sidan finns också med som en vital del i visningsrätten. Men den är av underordnad rättslig betydelse eftersom det inte förutsätts att någon *de facto* uppfattar bilden som ett bildverk för att en visning i lagens mening skall ske (se ovan 5.5).

Visualitetens *objektiva* sida kan förklara varför blotta beskrivningen av en bild inte innebär att bildverket offentliggörs. Därmed är visualitetens objektiva sida starkare än den subjektiva, eftersom verket kan göras tillgängligt för någon utan att allmänheten är där och betraktar verket.

Bildens visualitet gör sig också gällande i några av uteslutanderättens undantag. Både de regler som tillåter återgivning av konstverk på allmän plats utomhus och rätten att återge konstverk i film och TV finns till för att eliminera visualitetens subjektiva sida. I vissa fall är bilden helt enkelt i vägen för ögat och om det inte varit huvudavsikten att bilden skall fångas av ögat, skall det vara fritt för envar att återge en miljö där bilder händelsevis ingår.

9.5.3.2 Samtidighet

Samtidigheten avgränsar bilden mot andra visuella uttryck som har en utsträckning i tiden. Samtidigheten gör sig starkast gällande i relation till framföranderätten som ju är visningsrättens motsvarighet för verk som har en tidsdimension. Den *mängd* som skall visas av bilden för att den skall omfattas av ensamrätten är avhängig av de ovan i kapitel 2 beskrivna *verksavgränsnings- och verkshöjdskriterierna.* Det som krävs för att ett utnyttjande skall kunna ske är att så mycket av ett bildinnehåll utnyttjas att verket framträder i utnyttjandet (jfr ovan s 57 f). Gränsdragningen har komplicerats med bildkonstens utveckling mot aktionskonst och videokonst. Med traditionell kategorisering bör bildkonstuttryck som har en utsträckning i tiden inte kunna rymmas inom lagens kategori *alster av bildkonst* – i vart fall inte i sin helhet. Här uppstår alltså en diskrepans mellan konstteori och upphovsrätt.

På grund av visningrätten och bildens visualitet och samtidighet konstateras ovan att bilder får högre *densitet* i relation till andra verk som det tar längre tid att tillgodogöra sig. Bildens högre densitet gör sig på ett tydligt sätt gällande på det digitala området, där bildinnehåll kräver långt större minnesutrymme än annat verksinnehåll. I övrigt gör den högre densiteten att tiden under vilket utnyttjandet pågår inte får samma direkta betydelse som vid framföranden. Tidsfaktorn vid utnyttjande är

alltså direkt förbunden med bildens *samtidighet* som minskar förmedlingstiden av en bild till ett minimum (jfr ovan s 243). För många bilduttryck är visningsrätten det klart viktigaste sättet att exploatera bilden på.[111] Därför kan starkt ifrågasättas om den ingripande konsumtionen av visningsrätten är välavvägd.[112]

9.5.3.3 Känslighet

De rättsliga effekterna av bildens känslighet uppkommer främst vid bearbetning, exemplarframställning och visning. Ofta är det tillräckligt med mycket små förändringar av bildinnehållet för att ett nytt bildverk skall ha åstadkommits. Det är lättare att åstadkomma ett nytt och självständigt konstverk baserat på ett känt motiv eller tema än vad som gäller för musik, litteratur och film. Det gör bearbetningen attraktiv för tredje man och får också effekter för bildens skyddsomfång.[113] Bildens känslighet påverkar också upphovsmannens rätt till oförändrad återgivning. Att helt ändra format och miljö kan i vissa lägen skapa ett nytt och självständigt verk. Gränsen mellan efterbildning och fri inspiration blir svårdragen i situationer där t ex en konstnär utnyttjar motivet från ett äldre verk och det enda som objektivt skiljer alstren åt är t ex det manér i vilket bildverket är utfört. I den moderna bildkonsten har detta faktum också utnyttjats för att åskådliggöra just bildens känslighet för bearbetning.

Oldenburg har i sitt skapande ofta använt just format- och materialförändringar som bärande konstnärligt tema. Ett av hans projekt som emellertid inte förverkligades var den vingmutter i kolossalformat som föreslogs pryda *Sergels torg* i Stockholm. Han har också gjort strömbrytare i kolossalformat och skulpturer som föreställs t ex toalettstolar och elvispar i mjuk plast. Frågan om bearbetningens gränser ställdes också på sin spets i ett pågående mål om *Munchs Skriet*. Motivfiguren i *Munchs* berömda målning hade blivit förebild för en uppblåsbar plastdocka, som i det aktuella fallet förekommit avbildad på ett fotografi.[114] När bilder i andra sammanhang avbildats fotografiskt har de emellertid vanligen ansetts utgöra exemplar av verket även om verken förekommer i en helt annan miljö.[115] Frågan om oförändrad återgivning har då normalt inte uppkommit.

[111] Jfr Duchemin i RIDA 156/1993 s 20 f.
[112] Jfr Rosén i NIR 1993 s 280.
[113] Jfr Ginsburg i RIDA 163/1995 s 9 ff.
[114] Se Stockholms TR dom den 30 september 1996 (Skriet).
[115] Se det ovan refererade hovrättsavgörandet Svea HovR dom den 1 juni 1995 (Matisse) och HDs avgörande NJA 1981 s 313 (Två herrars tjänare).

Ett bra exempel på bildens känslighet för bearbetning från den moderna bildkonstens värld är metakonst. *Duchamp* skapade ett nytt konstverk genom att måla mustasch och skägg på Mona-Lisa. Det mest extrema försöket är *ready-mades* där konstnären ställer frågan till betraktaren om det är ett konstverk han ser. Det är provocerande inte minst för den traditionella upphovsrätten (jfr ovan 3.1.1.1).

Ovan (s 194) konstateras att ju mer digitaliserad en bild är, desto lättare kan den bearbetas och omskapas till nytt och självständigt bildinehåll. Det har sin grund i såväl bildens känslighet för bearbetning som för teknikens nya förutsättningar. Bildskapande är av tradition ett långsamt och tålmodigt arbete. Moderna digitala bildbehandlingshjälpmedel är mycket kraftfulla instrument. Med herravåldet över dem och med tillgång till den samlade bildskatten ges helt nya bildbearbetningsmöjligheter (jfr ovan 3.3). En rad nya företeelser av besläktad art har också uppstått som följd av den digitala bildbehandlingstekniken. Bildmanipulation kan företas på sådant sätt att bilden ser ut att härröra från en upphovsman eller från ett verk som den alls inte härrör ifrån – en bild kan åstadkommas med en känd konstnärs manér och en film kan manipuleras så att döda skådespelare kan göra reklam för nya produkter i en ny film (jfr ovan s 179 f).

Bildens *känslighet* påverkar bildupphovsmannens rätt till oförändrad återgivning. Redan små förändringar av ett bildverk medför att det får ändrad form. En företeelse som kommit att uppmärksammas under senare år är den goodwill som kan finnas i ett visst *stildrag* eller *manér* och det intresse som kan finnas i att utnyttja detta manér (se ovan s 328 och s 422 f). Problemet har hittills varit mest påtagligt inom musiken där *samplingtekniken* vållat stora bekymmer när vissa utövares särskilda s k *sounds* utnyttjats för skapande av ny musik. Problemet finns också på bildkonstområdet. Det har emellertid ännu inte uppmärksammats lika tydligt här, kanske främst på grund av att det inte funnits lika stort ekonomiskt intresse av den typen av exploatering av bildkonst. Inte desto mindre finns anledning att beröra det problemet, eftersom intresset att utnyttja visa typer av bildkonst liksom det ekonomiska intresse som sådana bilder har tenderar att öka. Den konst som det är fråga om är bildkonst skapad av notoriskt kända konstnärer liksom tecknade serier och tecknade filmer. Upphovsmännen eller deras rättighetshavare har ofta licensierat rätten till vidareutnyttjanden av sina verk genom merchandising (se härom ovan 7.5). När verken på så sätt fungerar som reklambärare eller bärare av annans goodwill uppkommer automatiskt ett intresse för utomstående att utnyttja det renommé som genom ett slags *imagetransfer* efter marknadsföring kommit att överföras från den lagliga utnyttjaren till verket. Förutom att otillåtet utnyttjande av eller anspelande på sådana verk i marknadsföring kan vara otillbörligt

och därmed åtkomligt med hjälp av marknadsföringslagstiftningen (se dock härom vidare ovan s 425 f),[116] finns här naturligtvis möjligheter till upphovsrättsintrång. Bildens känslighet bidrar till att göra denna typ av bearbetning attraktiv.

Som också konstateras ovan, har särskilda överväganden gjorts om inskränkningar i rätten till bilder, såsom t ex i 12 § 2-3 st URL och i 20 § 2 st URL. I det ena fallet är särregleringen gjord till skydd för bildrättighetshavarna. Inskränkningarna är motiverade av bildens *känslighet*. I det andra fallet är inskränkningen till skydd för tredje man som inte primärt har intresse av att utnyttja bilder. Den skillnaden mellan olika inskränkningstyper tydliggörs också i rätten att återge bilder i 20 § 2 st URL där det anses tillåtet att avbilda ett konstverk i film eller TV, men endast om det inte intar en central plats.

9.5.3.4 Materialitet

Bildens *materialitet* har varit känd för lagstiftaren. Därför har bildrättigheter konstruerats med bildens materialitet som grundförutsättning. *Karnell* konstaterade 1978 att bildkonstverket framförallt tänkts som det skapade originalexemplaret. Det var kring handeln med det och med kopior av originalexemplaret som lagstiftarens intresse hade centrerats.[117] *Karnell* konstaterade också att lagstiftaren i sina överväganden i betydande mån hade tappat bort arten av de former i vilka bildkonst faktiskt utnyttjades. Bildkonstnärens möjligheter att få ekonomiskt utbyte av sin upphovsrätt knöts i lagen huvudsakligen just till överlåtelse och utgivning av exemplar.[118] Immaterialiseringen har medfört att den ena möjligheten efter den andra att nyttiggöra bildinnehåll utan tillgång till ett originalexemplar har uppstått. Samtidigt finns i många fall originalet kvar som bärare av stora värden. Bildrätten eller konstnärsrätten har alltså delat på sig. Digitaltekniken gör att bilder skiljer sig mindre från annat medieinnehåll än tidigare. Inte minst upphovsrättens exemplarframställningsbegrepp ger uttryck åt hur upphovsrätten över tid kommit att immaterialiseras (jfr ovan 5.9).

Sannolikt var konstverkets materialitet ursprungligen ett av huvudargumenten mot att fotografier skulle kunna inordnas i konstnärsrätten. Studiet av bildrättens' tidigaste form visar hur skyddet tog fasta på ett

[116] Jfr Ginsburg i 163/RIDA 1995 s 27 ff.
[117] Karnell i NIR 1978 s 312 f.
[118] Op cit s 313.

unikt materiellt exemplar som konstnären skulle ha ensamrätt att förfoga över, bl a genom efterbildning av det. Fotorätten bröt mot denna uppfattning om bildens unicitet och materialitet. Fotografiet, som i princip kan mångfaldigas i ett obegränsat antal likvärdiga exemplar, möjliggjorde en syn på bilden som ett abstrakt verk. Men samtidigt rubbades konstnärsrättens fundament, som då byggde på de äldre, begränsade, tekniska förutsättningarna.

Ovan (s 193 f) konstateras att ju fastare medium bilden har, desto säkrare är skyddet för den som innehar bildrätten eller för den som förfogar över exemplaret. Från kontrollsynpunkt har det visats att upphovsmannen som regel har svårt att kontrollera vidareutnyttjandet av materiella exemplar som överlåtits. När det gäller originalkonst är det särskilt tydligt, eftersom upphovsmannen som överlåtit sitt verk i brist på effektiv *tillträdesrätt* över huvud taget inte har någon möjlighet att komma åt sitt verk.

Skyddet stärks avsevärt redan vid fixering (se ovan s 193). Reglerna om rätt till upptagning av TV-program tillåter i sig *materialisering* av bildverket, vilket emellertid kan bli till nackdel för bildupphovsmannen. Den rätt som följer av materialiseringen tillkommer primärt annan än upphovsmannen. Medelbart kan rätten ändå vara till hans fördel, eftersom han kan hävda sin rätt när upptagningen utnyttjas utanför inskränkningsområdet.

Bildens *materialitet* ger sig i lagen tydligas tillkänna i 12 § 2-3 st URL, där det ansetts att vissa begränsningar skall göras i exemplarframställningsrätten när den konkurrerar med bildens originalexemplar (jfr ovan). Här framträder åter en aspekt av bildens *känslighet*. I detta fall gäller att om ett exemplar blir alltför likt sitt original, så kan det inkräkta på förfoganderätten. Detta faktum har inte ansetts relevant för andra verk som saknar sådan materiell förankring och därför är mindre känsliga för bearbetningar och lagring på olika slags material och bärare, t ex litteratur och musik.

Kanske kan *materialiteten* i kombination med *känsligheten* på motsvarande sätt förklara varför inskränkningar som ansetts fundamentala inom bildkonsten inte återfinns hos brukskonstalster (se ovan 5.7.3). Det kan i så fall ha att göra med att de konstnärliga egenskaperna hos brukskonst primärt inte betraktats ur ett visuellt, utan ur ett funktionellt, perspektiv. Eftersom brukskonst i grunden avser skydd av en kombination av form och funktion, kan det antas att lagstiftaren utgått ifrån att det inte varit ekonomiskt intressant att utnyttja formen utan att samtidigt utnyttja funktionen och därför inte gjort motsvarande inskränkningar i rätten till brukskonstalster som för alster

av bildkonst i 19 § och 20 § 2 st URL. Därför har man över huvud taget inte reflekterat över i vilken utsträckning rättighetshavaren skall kunna göra sin rätt gällande när verket återges. Man kan med liknande argument anta att lagstiftaren ansett det självklart att rätten till ett alster av brukskonst konsumerats i samband med överlåtelsen (jfr ovan 5.7.3).

Bildens *materialitet* har, som ovan också konstateras, medfört att bildinnehåll varit svårt att sprida. Även detta faktum har stått klart för lagstiftaren. Den huvudsakliga ekonomiska rätten har för bildrättens del kompletterats med särskilda regler som avsett skilda slag av förfogande över bildexemplaren. Inom upphovsrättens kärnområde har exemplarframställnings- och spridningsrätten varit centrala förfoganden över verket. Det är också avtalen med starkast materialitet som traditionellt stått i *konstnärsrättens* centrum.

De mer renodlade upphovsrättsliga förfogandena över bildkonsten har ändå i stor utsträckning också i modern tid kretsat kring förfogande över och handeln med originalexemplar, såsom tillträdesrätt och följdrätt.[119] I diskussionen om skyddet för den rena bildkonsten har även andra än upphovsrättsliga ersättnings- och stödformer såsom *visningsersättning, utlåningsersättning, skattelättnader, hyresreduktioner* m m varit föremål för överväganden.[120] I fokuseringen på originalexemplaret har lagstiftaren i sina överväganden emellertid delvis försummat att se över de former i vilka bilder faktiskt utnyttjas idag. När den upphovsrättsliga bildkonsten lämnat sina ramar och fundament för att ganska fritt genomsyra materien har nya upphovsrättsliga problem uppstått.[121] Bildens *materialitet* har alltså under lång tid gjort det svårare att komma åt bildinnehåll – något som med digitalteknikens hjälp håller på att ändras. Det har blivit allt lättare att åtkomma bildinnehåll, men p g a bildinnehållets högre *densitet* är det i många fall fortfarande åtråvärdare att utnyttja än annat verksinnehåll.

9.6 Sammanfattning

Ett närmare studium av bildens egenskaper kan inte bara förklara varför många regler har fått en viss utformning, utan även ange riktlinjer för hur reglerna framgent bör utformas. När man studerar reglernas utformning mot bakgrund av bildens egenskaper, framträder skillnaderna mellan den äldre *konstnärsrätten* och den moderna upphovsrätten. Kanske skedde nå-

[119] Jfr Karnell i NIR 1978 s 312 f.
[120] Se SOU 1975:14 och SOU 1990:90.
[121] Jfr Karnell i NIR 1978 s 320.

got i och med att upphovsrättslagarna sammanfördes. Det är sannolikt att lagstiftaren då inte riktigt hade bildens säregenskaper såsom *materialitet* och *känslighet* klara för sig. På sätt och vis var det i detta hänseende kanske olyckligt att bildrätten inordnades i samma rättsliga värld som litterära uttryck. Inte minst visningsrättens konsumtion bygger på en *prefotografisk* tekniktradition och torde utan närmare överväganden ha flutit in i URL. Med teknikutvecklingen följer emellertid ökat förenhetligande av bildinnehållet, vilken på sikt bör leda till att bilders säregenskaper i allt mindre grad gör sig gällande och att upphovsrätten på ett allt ändamålsenligare sätt kan tillgodose bildupphovsmännens ekonomiska intressen. Medan *konstnärsrätten* på ett tydligt sätt utgått ifrån att bilder framträder i *visuell, samtidig och materiell* form, tar *upphovsrätten*, som ju skall täcka ett vidare område, inte fasta på dessa säregenskaper, utan utgår istället på ett annat sätt ifrån att allt verksinnehåll har enahanda egenskaper. Tydligast är då att digitaltekniken medfört att bildens materialitet har avtagit. Övriga egenskaper gör sig emellertid i högre eller lägre grad ännu gällande för bildens upphovsrättsliga skyddsbarhet. Bildens känslighet och samtidighet har t ex på skilda sätt blivit tydligare.

Upphovsrätten har ett verksbegrepp som delvis verkar ha fastnat i gamla motivuttalanden och äldre doktrinuttalanden. Det har därmed delvis avlägsnat sig från sitt huvudsakliga ändamål att ge ett välbalanserat skydd för det arbete och de investeringar som kommer till uttryck i alster som tillskapas av skilda slags upphovsmän. Om investeringarna skall kunna värderas, måste marknaden få sätta gränserna för det skyddade området. Utvecklingen mot ett mer marknadsrelaterat verksbegrepp kan iakttas i praktiken och möjligen kan den svenska HD redan ha prövat förutsättningar för ett i någon mening marknadsstyrt verksbegrepp (jfr ovan s 390).

Den nordiska upphovsrättslagstiftningen har utvecklats till ett mycket komplicerat system. Den valda lagstiftningsvägen med kategorier och inskränkningar har skapat en rigid lagstiftning. Lagen utgår ifrån en rad verkskategorier som antagits ha varierande skyddsbehov. I den förgående framställningen i kapitel 3 konstateras att kategorin alster av bildkonst i många fall är svåravgränsad och att alster av bildkonst inte bara skapar en oklar gräns mot fotografier, utan i många fall också kolliderar med och går in i andra verkskatgorier. Konsekvenserna kan bli såväl svårhanterade som icke avsedda eftersom förfoganderätten är olika långtgående över skilda kategorier. Den möjlighet som 1 § 1 st 7 URL öppnar för skydd av *verk som har kommit till uttryck på något annat sätt* tenderar därför att bli verkningslös eftersom alla uttryck ändå måste kategoriseras med avseende på förfoganderätten.

Lagstiftningen är och har i ökad omfattning blivit teknikberoende. Det medför inte bara att lagens struktur med indelning i kategorier förfelar lagens syften när tekniska förutsättningar successivt förändrar möjligheterna att nyttiggöra skilda kategorier utan också att lagstiftningen blir särskilt känslig för tekniska förändringar. När den tekniska utvecklingen går allt snabbare hinner lagstiftaren inte med. En sådan kasuistisk lagstiftning passar inte heller för de ökade kraven på anpassning till internationella konventionsåtaganden och en accelererande europeisk integration även på upphovsrättens område.

En allmänt hållen lagstiftning kan antas vara mer dynamisk än en detaljerad. Den är lättare att tillämpa på ett område som förändras snabbt än en lagstiftning som är detaljerad. För att fylla sina syften också framgent måste utvecklingen vändas. Lagen bör i större utsträckning göras oberoende av det skapade uttryckets yttre eller inre konstnärliga eller litterära egenskaper. Den måste göras mer oberoende av teknik, verkets egenskaper i sig och upphovsmannens syfte och relation i övrigt till sitt verk. Istället bör den vara inriktad på upphovsmannens incitament att skapa och på hans intresse att få lön för sin möda å ena sidan och på utnyttjarens syfte med utnyttjandet å den andra. Därigenom skulle ett utvidgat och i många fall eftertraktat skydd för goodwill kunna åstadkommas även inom upphovsrättens ram.

Det har ofta visat sig vara en lång och mödosam process att få marknaden att inordna sig i det av lagstiftaren definierade upphovsrättsliga systemet. Det förutsätter inte bara skapandet av ett fungerande system för rättighetshantering, utan också att kunskap om de regler som systemet bygger på kan förmedlas till aktörerna på marknaden. Teknikutvecklingen har inneburit problem för rättighetshavare. På *musikområdet* finns vittnesbörd om de problem som uppstod kring den kollektiva förvaltningen av framföranden och mekanisk musik vid början av 1900-talet. Den kollektiva förvaltning bygger nu på ett världsomfattande samarbete mellan olika organisationer. Nu gäller det att få *bildmarknaden* lika effektiv.

Ett problem när det gäller bilder, eller i vart fall bildkonst, har varit att skapa en naturlig marknadsplats. För att det skall uppstå en marknad, måste avtalsparterna kunna mötas. Det har, bl a på grund av bildens *materialitet*, tidigare medfört svårigheter. Det har varit – och är i många fall fortfarande – svårt för utnyttjarna att få information om utbudet, vilket säkerligen påverkat efterfrågan. Exponeringsteknik och förmedlingsteknik har under lång tid varit både komplicerad och dyrbar. Det blir då svårt att nå ut till presumtiva utnyttjare för att presentera utbudet. Många bilder är också *anonyma*. När någon väl vill utnyttja bilden för ett sekun-

därt ändamål, är det oklart till vem man skall vända sig. Även om upphovsmannen till den efterfrågade bilden kan vara känd kan utnyttjaren ha svårt att nå honom. Den digitala tekniken ser idag ut att kunna skapa en fungerande marknadsplats för bilder

9.7 Slutord

I den debatt som uppstått kring utvecklingen av den digitala tekniken har det framförts teorier om att upphovsrätten som skydd för litterära och konstnärliga prestationer skulle ha tjänat ut, att upphovsrätten helt enkelt inte fyller någon reell funktion i ett komplicerat samhälle där allt mer medieinnehåll genomsyrar vardagen i alla tänkbara medieformer och där allt medieinnehåll som inte utgör redogörelser för dagshändelser förefaller att bygga på bearbetningar av redan skapat material. Från flera håll har det också hörts röster som emotsett upphovsrättens sammanbrott. Såsom vår marknadsekonomi ser ut idag kan ett ekonomiskt system emellertid knappast vara verksamt utan en ensamrätt för litterärt och konstnärligt skapande. Det upphovsrättsliga skyddet kan och bör emellertid förmodligen inte vara *heltäckande*. Det skall inte behöva vara ekonomiskt försvarbart att beivra alla intrång och allmänt åtal skall kanske bara kunna komma ifråga i tydligt uppsåtliga eller grovt oaktsamma fall. Trots det måste upphovsrätten även framgent behållas som en stark ensamrätt för att konstnärer och andra bildskapare skall få incitament att fortsätta att utveckla konsten och bildspråket. Om upphovsrätten skall ha en framtid, måste den utgå ifrån att konst, teknik och marknad hör samman.

SUMMARY

The present dissertation examines Nordic copyright protection of works of fine art and photographic pictures, especially in the light of recent technology. Authors' prospects of exploiting the economic value of theirs works is described on a broad front.

This volume comprises an introduction and two main parts followed by an analysis. Chapters 2-3 describe the necessary components of the copyright-protected image. The factual prerequisites for creation of an image are contrasted with the prerequisites for its legal protection. To clarify the difference between the traditional mode of creating images and the digital prerequisites for such creation, works that have come about through digitalization but also traditional forms of images are described. The second part (Chs. 4-8) describes the contents of and limitations on the author's control of the copyright. The author's enjoyment of his rights by contractual means is also examined. Familiarity with the prerequisites for copyright protection provides a foundation for a later discussion of the function and efficacy of the copyright protection or works of visual arts and photograpic pictures as well as the influence of technology on that protection.

Longstanding Nordic legislative cooperation led to adoption between 1960-61 of nearly identical copyright laws in Denmark, Finland, Norway and Sweden. Although certain changes in the copyright laws of individual countries have since occurred, considerable uniformity remains. Therefore, Swedish law can be presented as representative of copyright law in the Nordic countries as a whole, save Iceland (whose legislation in this area differs to a certain extent from that of the other Nordic countries). The presentation is not comparative in any strict sense.

The dissemination takes all due account of the technological advances of the twentieth century. Digitalization entails major changes, the consequences of which are difficult to foresee. Changes can be expected to occur not only in the material sphere but also to a great extent in the legal sphere.

Not only does technology shape the progress of copyright. There would indeed be no copyright without it. Digitalization has generated new prerequisites for the creation of works, their use and the control of their use, which have in turn transformed the need and prerequisites of copyright protection.

This study proceeds from the premise that images possess special features that affect the prerequisites of their protection: Images are *visual, simultaneous, sensitive* and *material.* An image must manifest itself in a context or in a manner capable of being optically perceived by *somebody.* Another component of an image is that it is visual in itself, making it capable, for example, of mechanical reproduction even without anyone perceiving it. *Simultaneity* distinguishes the image from other categories of works such as literary, musical and film works. An image is in principle devoid of any temporal dimension. An image is utilized, whether in whole or in part, in an instant. This aspect is important in assessing the image's economic value once it becomes accessible. The image's *sensitivity* has both a *technical* and a *legal* dimension. From a technical standpoint, the contents of an image, unlike other categories of works, are clearly sensitive to various forms of material influence. In fact, the slightest material abrasion of an image will suffice to destroy its visual value and even minor alterations can corrupt its contents. The risk that reproduction of an image will reduce its quality makes such reproduction less attractive. From the legal standpoint, even minor adaptations of an image can transform it into a new work. One consequence of this sensitivity is that the reproduction of images, to a greater extent than the reproduction of literary or musical works, has been linked with and dependent on the medium on which the image is stored.

Copyright protection of the image has long been viewed from the perspective applied to original art. Whereas music and literature exist in several identical copies, most works of art have in principle only been accessible in an original work. The foregoing entails a host of special problems both before and after the artist has parted with the work. The artist's position thus differs from that of the author of other works, since the work of art as a material object is far more significant to the artist than is the manuscript to its author. The sale of the work of art is more often than not the artist's principal source of income.

Chapters 2-3

Chapter 2 describes the general prerequisites of protection for works of fine art. The discussion draws mainly on the *travaux préparatoires* of the

Copyright Act and on analysis in the legal literature of that Act's requirements for a work's creation. The chapter presents a single framework for understanding the work of fine art concept in Nordic law. The distinction between activity of a creative nature, on the one hand, and various situations involving adaptation, on the other, is also described.

Nordic copyright law protects various phenomena under various categories stated in the applicable legislation. Among such categories are works of fine art, applied art and film works. Chapter 3 describes and distinguishes between *categories of works* and *other artistic manifestations* that can be protected as works of fine art in themselves or that can contain images. A consolidated description is presented of the most central artistic manifestations of images, works of fine art and photographic pictures. The said description is presented against the background of the general prerequisites for protection covered in Chapter 2.

The prerequisites for protection of twentieth-century art, such as conceptual art, dadaism, metaart, antiart, minimalism and superrealism are described here. The prerequisites for protection of other visual manifestations that arose in the twentieth century, such as advertising works and cartoons, are also addressed, as is the protection of photographic pictures which in Nordic law receive, since 1994, protection either as works of fine art or, if the requirements for creation are not fulfilled, a *sui generis* protection. In that connection, it is stated that the division of the photographic right into two separate types of protection is not necessarily the best solution. This is especially true as technology makes it increasingly difficult to maintain the distinction between photographic and other images.

A description is then given of the prerequisites for creating and the forms of manifesting works that have emerged through digitalization - computer generated works, computer assisted works, CAD and computer-supported cooperative works (CSCW).

The legal concept of works of fine art is also highly significant in relation to *other* categories of copyright works. Therefore, even works of *applied arts, film works, videograms* and *composite works* as well as other manifestations closely related to works of fine art, such as *motion picture and theater props, lighting,* etc., are addressed mainly in their own right but also in relation to works of fine art in the stricter sense. Chapter 3 concludes with a brief description of new, digital-based manifestations of works, such as digital data bases, virtual reality and cyberspace. The following objects of copyright protection are, however, excluded from the examination: postage stamps and currency notes, tattooing, road signs, pornography, tombstones, etc.

Chapter 3 concludes, *inter alia*, that manifestations of fine art can readily overlap several of the existing legislative categories. This creates problems of categorization. It may thus be difficult to distinguish between a work of art and applied art or between a film and a photographic work. This causes, in turn, problems in the exercise of the author's right of control, which will to some extent depend on the legal categorization applied.

Chapters 4-5

Chapter 4 presents the copyright object and the possibilities that copyright legislation gives to the author to control his work. Such possibilities generally appear as a right to produce copies of the work and as a right to make the work available to the public through performance or exhibition. Economic rights in this area are, however, subject to a host of exceptions intended to accommodate the public's need to access works for various purposes. Chapter 5 describes in detail the right of control and the limitations applicable to images. In the context of the right to produce copies, it is noted that advances in reproduction technology have altered the relationship between the author's interest in exclusive rights and the public's interest in free access. Prime examples of this are the special provisions governing the production of copies for private and business purposes. Technology has also entailed changes for the right of exhibition. In Nordic law, the right to exhibit copies is exhausted upon transfer of that right. This principle acquires significance vis-a-vis the contents of a work that are made accessible in a digital network, the key question being whether or not such accessibility entails a production of copies. Chapter 5 concludes that exhaustion of the right of exhibition has a harsh effect on images. The right of exhibition is more important for images than is the right of performance for most literary works and at least as important as the latter right is for musical, audiovisual and dramatic works.

Chapters 6-7

Chapter 6 establishes how the right to an image can be the object of contract as well as the general prerequisites for utilizing images by contract. Chapter 7 describes various contract types. The textual discussion does not cover all details; instead, it presents contract types of specific relevance to images. After describing the market in original images, the following

contract types are addressed: rental and loan contracts, image sales contracts, service contracts, advertising contracts, merchandising, publishing contracts and film contracts. The accent is thus placed on the special features of the image as an object of contract and on its marketability. Other objects of protection at the periphery of images, such as applied art, multimedia works and data bases, are in principle excluded from the examination. The topic of collective administration of secundary rights through collecting societies. It is noted that copyright organizations have acquired a very strong position in the Nordic countries (which has had a significant effect on legislation) by introducing a host of extended collective license clauses that give so-called collecting societies contractual competence. Since the early 1990s, collecting societies have also been active in the fine arts field in the Nordic countries. This chapter concludes with a description of how digitalization affects the market in images.

Chapter 8

Chapter 8 addresses the means at the author's disposal to ensure that others do not impermissibly use his right; other aspects of the right owners' relation to third parties are also addressed. The chapter concludes with a) various reflections concerning the problem of managing other parties' use of the right in question; and b) a general description of activities taking place to improve management of such uses and to achieve a digital market place for the contents of digital works through so-called *Electronic Copyright Management Systems (ECMS).*

Chapter 9

The concluding analysis focuses on several themes and theses presented in Chapters 2-8. A summary and a broad analysis is presented of the image's features and functions as well as their significance to the protection of images. The influence of societal and technological development is also addressed. The foundation is thus laid to consider whether the present copyright regime adequately protects the author's rights in an image. Focus is first placed on the *author* and his legal and economic position - mainly in relation to publishers and copyright organizations. Thereafter, an analysis is made of changes in the image's *prerequisites of protection.* The analysis supports the conclusion that the market forces themselves affect the requirements of protection. Nordic copyright law embraces a concept of

works that seems in part to have been fettered by older statements in legislative materials and legal literature. For that reason, the concept has in part lost touch with its prime purpose of providing well-balanced protection. If there is going to be any return on the investment made, the market must be able to set limits on the scope of protection. A movement towards a more market-related concept of works can be noted in practice and the Swedish Supreme Court has perhaps already considered the prerequisites for a concept of works that is in some sense market-oriented.

The textual discussion then turns mainly to a consideration of the division of the right of control into an exclusive right and appertaining exceptions. The question is to what extent this division succeeds in providing a well-balanced economic protection for images. In particular, doubt is expressed as to the value of regulating in detail various categories and technologies; other questions, concerning the scope of the right of control, are also raised.

The Nordic copyright legislation has become a very complicated system. The legislative technique of proceeding from categories of works which are themselves subject to exceptions has created rigid legislation. The law proceeds from a host of works categories assumed to require differentiated protection. Chapter 3 observes that the category of works of fine art is often difficult to delimit and that this category not only creates an unclear border to photographic pictures, but also often overlaps and even conflicts with other categories of works. This can lead to problematic and even unintended results since the scope of the right of control differs among the various categories. Copyright legislation has become increasingly technology-bound. This entails that the arrangement of the legislation into categories defeats its underlying purposes, since technical advances increasingly defy the pre-existing categories. Binding legislation to specific technologies also makes it especially vulnerable to technological change. The legislature is simply unable to keep pace. Neither is such a casuistic legislative approach suited to the increasing demands to adapt legislation to treaty obligations nor to the accelerating European integration of copyright law. General terminology appears to be more dynamic than detailed drafting. After all, a general law is easier to apply to a rapidly changing area than is a specific one. To fulfil its purposes in the future, the legislation should be less bound by a creation's inner and outer artistic features. The legislation should be made less dependent on technology but more in tune with the author's incentive to create and his interest in being rewarded for his efforts. The legislation should also be in tune with the user's purpose in using the work. In that way, a much sought-after protection of goodwill could often be realized in the sphere of copyright as well.

In concluding the volume, attention is turned to the *image work*. Firstly, the changed significance of the existing categories of works is addressed. After some reflections concerning the *purpose* of the image and how the *function* of images has often changed, a summary is presented of the image's features and how these features affect the right to an image in various contexts. A detailed examination of the image's features not only explains why many rules have acquired a certain scope, it also reveals the guiding principles for how the rules should be drafted. When one examines the scope of the rules against the background of the image's features, one sees the differences between the former *right of the artist* and modern *copyright*. Whereas the former *right of the artist* clearly proceeded from the premise that images appear in *visual, simultaneous and material* form, modern copyright, with its much broader scope, does not attach significance to these special features, but rather assumes that all works possess the same features. Digitalization has clearly reduced the materiality of the image. At the same time, other features continue, to varying degrees, to be suitable objects of copyright protectability. The sensitivity and simultaneity of the image has thereby in several respects become more pronounced.

It has been difficult to create a natural marketplace for images, or at least fine art. No market emerges unless the contracting parties come together. This has, not least given the image's *materiality*, previously entailed difficulties. It has been, and often still is, difficult for prospective users to obtain information about the supply; this has certainly influenced the demand for images. The technique of exploitation and transmission has long been complicated and costly. It is after all difficult to present a supply to prospective users who are out of reach. Many images are also *anonymous*. When someone desires to use the image for a secondary purpose, it is unclear whom one should approach. Even if the author of the sought-after image is known, it may be difficult for the user to reach him. Today, digitalization appears to improve the possibilities of authors to create, adapt and reach image consumers of various kinds. Naturally, digitalization entails increased problems of controlling third party uses. At the same time, this problem is certain to diminish, given the increasingly effective means of individualizing and marking the contents of digital works. This will also provide new means of realizing a well-functioning marketplace for images.

ÅBEROPADE KÄLLOR

Officiella utredningar m m

EU:

- Commission of the European Communities, DG XIII, Report on Multimedia. Analyses of Industrial and Technological Strategies (September 30 1992)
- Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology - Problems in copyright calling for immediate action (COM(88) 72 final)
- Grönbok – Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (KOM(95) 380 slutlig) (cit Grönbok)

WIPO:

- Working Group on the Legal Problems Arising from the Use of Videocasettes and Audiovisual Discs, Geneva, 21 to 25 February 1977 (UNESCO/WIPO/VWG/1/8)
- Recommendations for Settlement of Copyright Problems Arising From the Use of Computer Systems for Access to or the Creation of Works (Paris 7 to 11 June 1982)
- Character Merchandising, Genève 1993 (WO/INF93) (cit WO/INF93)
- Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights, Genève 1990 (cit Ficsor)
- Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Basic Proposal for the Administrative and Final Clauses of the Treaty to be Considered by the Diplomatic Conference, Geneva, December 2 to 20 1996 (CRNR/DC/3)

England:

- Report of the Committee to Consider the Law in Copyright and Designs (Cmnd 6732)(1977) (*Withfordrapporten)*
- Reform of the Law Relating to Copyright, Designs and Performers' Protection (Cmnd 8302) (1981)

Frankrike:

- Direction de l'administration générale, sous-direction des Affaires juridiques, La gestion des droits d'auteur et des droits voisins, Paris 1990

USA:

- Copyright Office, Sixty-Eight Annual Report of the Register of Copyrights 1965
- Final Report of the National Commission on New Technological uses of Copyrighted Works, Washington DC 1978 (cit CONTU)
- Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Washington DC 1995 (cit White Paper)

Norden:

- NU 1973:21 (Fotokopiering och bandinspelning)
- NU 1975:10 (Samarbeid om billedkunst)
- NU 1983:12 (Nabolands-TV i kabel)

Offentligt tryck

Sverige:

- 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 (cit 1914 års betänkande)
- SOU 1929:37 (Förslag till ändringar i lagstiftningenen om rätt till litterära och konstnärliga verk)
- SOU 1956:25 (Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av Auktorrättskommittén)
- SOU 1958:10 (Förslag till varumärkeslag. Betänkande avgivet av Varumärkes- och firmautredningen)
- SOU 1965:61 (Mönsterskydd. Betänkande med förslag till lag om mönsterskydd avgivet av Mönsterskyddsutredningen)
- SOU 1975:14 (Konstnärerna i samhället)
- SOU 1978:69 (Fotokopiering inom undervisningsverksamhet)
- SOU 1981:45 (Nya medier, text-TV, teledata. Betänkande av Informationsteknologiutredningen)
- SOU 1983:65 (Översyn av upphovsrättslagen. Delbetänkande 2 som behandlar närstående rättigheter, enskilt bruk och videogram)
- SOU 1985:51 (Upphovsrätt och datorteknik. Delbetänkande 3 av Upphovsrättsutredningen)
- SOU 1988:31 (Översyn av upphovsrättslagstiftningen. Delbetänkande 4 som behandlar enskilt bruk, institutionell exemplarframställning)
- SOU 1990:30 (Översyn av upphovsrättslagstiftningen. Slutbetänkande av Upphovsrättsutredningen)
- SOU 1990:39 (Konstnärens villkor)
- SOU 1993:59 (Ny marknadsföringslag)
- SOU 1994:105 (Ny lagstiftning om radio och TV. Slutbetänkande av Radiolagsutredningen)
- SOU 1996:25 (Från massmedia till multimedia)

- DsJu 1970:1 (PM med förslag till ändringar i upphovsrättslagen och fotografilagen)
- DsJu 1981:7 (Skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång)
- DsU 1982:9 (Videogramrättigheterna till TV-programmen)
- DsJu 1985:7 (Återutsändning av radio- och TV-program)
- Ds 1994:49 (EG-direktiv om upphovsrätt)
- Ds 1996:61 (Kassettersättning m m)
- Ds 1996:71 (Rättsligt skydd för databaser)

- Prop 1867:2 (Kongl Maj:ts nådiga Proposition till Riksdagen, om antagande af en lag angåeende efterbildning af konstverk)
- Prop 1897:34 (Kongl Maj:ts nådiga proposition till Riksdagen, med förslag till lag angående rätt att återgifva fotografisk bild)

- Prop 1919:3 (Kungl Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om rätt till litterära och konstnärliga verk m m)
- Prop 1960:17 (Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk)
- Prop 1969:168 (Förslag till mönsterskyddslag)
- Prop 1973:15 (Ändringar i upphovsrättslagen m m)
- Prop 1973:70 (Angående mångfaldigande av litterära och konstnärliga verk inom utbildningsväsendet)
- Prop 1978/79:2 (Förslag till lag om namn och bild i reklam)
- Prop 1981/82:128 (Ersättning för utnyttjande av kassetter)
- Prop 1988/89:76 (Ny köplag)
- Prop 1988/89:85 (Upphovsrätt och datorer)
- Prop 1992/93:214 (Ändringar i upphovsrättslagen)
- Prop 1993/94:53 (Förbud beträffande viss avkodningsutrustning)
- Prop 1993/94:109 (Fotografirättens integration i upphovsrättslagen)
- Prop 1994/95:58 (Uthyrning och utlåning av upphovsrättsligt skyddade verk m m)
- Prop 1995/96:125 (Åtgärder för att bredda och utveckla användningen av informationsteknik)
- Prop 1996/97:111 (Rättsligt skydd för databaser m m)
- Prop 1996/97:129 (Ändringar i upphovsrättslagen)

- 1960:L[1]U 41 (Utlåtande i anledning av dels Kungl. Majt:ts proposition med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m. m., dels Kungl Maj:ts proposition rörande Sveriges anslutning till vissa internationella överenskommelser på upphovsrättens område, dels Kungl Maj:ts proposition rörande godkännande av europeisk överenskommelse om skydd för televissionsutsändningarm, dels ock i ämnet väckta motioner
- 1981/82:KrU 30 (Utlåtande med anledning av prop 1981/82:100 såvitt gäller anslag till vissa kulturändamål m m, prop 1981/82:111 om vissa filmfrågor m m och prop 1981/82:128 om vissa musikfrågor m m, jämte motioner)
- 1993/94:LU16 (Fotografirättens integration i upphovsrätten m m)

- Bihang till riksdagens protokoll vid lagtima riksdagen år 1919, 2 saml, 2 avd, 2 bandet
- Dir 1977:21 (Tilläggsdirektiv till Utredningen (Ju 1976:02 om upphovsrätt)

Danmark

- Betænkning 1931, afgivet af det af Undervisningsministeriet nedsatte Udvalg vedr Revision af Loven om Forfatter- og Kunstnerret
- Udkast til lov om ophavsretten till litterære og kunstneriske værker med tillhørende anmærkninger og Bernekonventionen af 1948 utarbejdet af den af undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommissionen i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner, Köpenhamn 1951 (cit Udkast)
- Betænkning 912/1981 (Licenskonstruktioner og fotokopiering)
- Betænkning 962/1982 (Beskyttelse af kunstneriske præstationer)
- Betænkning 944/1982 (Båndavgifter, sanktioner, påtale)
- Betænkning 1000/1984 (Film- og videogramspørgsmål)
- Betænkning 1038/1985 (Ophavsretligt biblioteksvederlag)
- Betænkning 1063/1986 (Billedret)
- Betænkning 1064/1986 (Ophavsret og edb)
- Betænkning 1197/1990 (Revision af ophavsretslovgivningen. Slutbetænkning fra Udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen)

Finland

- Lagberedningens förslag till upphovsmannarätt, Helsingfors 1920
- Kommittébetänkande 1980:12 (Enskilt bruk, fotokopiering, bandinspelning inom undervisningsverksamhet)
- Kommittébetänkande 1987:7 (De utövande konstnärernas, fonogramproducenternas samt radio- och televisionsföretagens rättigheter. Rätten till fotografi. Upphovsrätten i arbets- och tjänsteförhållanden
- Kommittébetänkande 1987:8 (Informationsteknik och upphovsrätt)

- RP 158/1996 rd (Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om vissa stipendier åt bildkonstnärer)

Norge

- NOU 1983:35 (Endringer i åndsverksloven m v)

- NOU 1985:30 (Betalning for sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner)
- NOU 1986:18 (Ophavsrett og edb)
- NOU 1987:16 (Fotografiretten)
- NOU 1987:28 (Billedkunst m v)
- NOU 1988:22 (Endringer i åndsverksloven m v)

- Ot Prp nr 26 1959-60 (Lov om ophavsrett til åndsverk. Tillrådig fra Kirke- og undervisningsdepartementet 8. januar 1960, godkjent ved Kongelig resolusjon samme dag)

Doktrin
(Ortsangivelse avser i första hand förlagsort)

Ashley, Stephen S:
- A Critical Comment on California's Droit de Suite, Civil Code Section 986 (Hastings Law Journal 29/1977 s 249)

Aspelin, Gunnar:
- Tankens vägar II, Doxa, Lund 1981

Bappert, W / Maunz, T / Scricker G:
- Verlagsrecht. Kommentar zum Gesetz über das Verlagsrecht vom 19.6.190, 2 uppl, Beck, München 1984 (cit Bappert/Maunz/Schricker)

Barr-Smith, Adrian:
- So schützen Sie Ihr audiovisuelles Werk – von der ersten Idee bis zum fertigen Werk (ZUM 1990 s 322)

Beard, Joseph, J:
- Computer Generated Syntetic Actors – a Novel Change for Copyright Law (Copyright World 38/1994 s 24 och 39/1994 s 37)

Becker, J / Dreier T (Hrsg):
- Urheberrecht und digitale Technologie. Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. April 1994, Nomos, Baden-Baden 1994

Beier, F K / Götting, H P / Lehman, M / Moufang, R (Hrsg):
- Uhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, Beck, München 1995 (cit Uhebervertragsrecht)

Bendekgey, Lee:
- Copyright Protection for Computer Software Visual Displays: Protecting a Program's Look and Feel (UFITA 114/1990 s 73)

Bender, Hanne:
- Ophavsret til brugergrænseflader "Look and Feel" (NIR 1997 s 69)

Benedikt, Michael (ed):
- Cyberspace. First steps, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1991 (cit Cyberspace)
Bennett, Susan K:
- Portions of Video Games May Constitute Protection Property (Marqette Law Rewiew 66/1983 s 817)
Bergström, Svante:
- Program för upphovsrätten, (Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult 1960 s 58)
- "Uteslutande rätt att förfoga över verket" (Uppsala universitets årsskrift 1954:8)(cit Uteslutande rätt)
- Kan den juridiska tekniken förbättras? (Studier i processrätt och allmän rättslära tillägnade Per Olof Ekelöf, Norstedts, Stockholm 1972 s 113)
- The litterary or artistic work in copyright (Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Åke Malmström, Norstedts, Stockholm 1972 s 13)
- Upphovsrätt till byggnadsverk, Föreningen Sveriges Praktiserande Arkitekter, Stockholm 1980
Bernitz, Ulf:
- Brukskonstskyddet i ljuset av den svenska smultrondomen (NIR 1994 s 355)
- Skydd för offentliga konstverk mot förvanskning och förstöring (Ånd og Rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997 s 115)
- Standardavtalsrätt, 6 uppl, Juristföralget, Stockholm 1993
Bernitz, U / Karnell, G / Pehrson, L / Sandgren, C:
- Immaterialrätt, 4 uppl, Juristförlaget, Stockholm 1993 (cit Immaterialrätt 4 uppl)
- Immaterialrätt, 5 uppl, Juristförlaget, Stockholm 1995 (cit Immaterialrätt)
Bertin, Ph:
- Le Pont-Neuf emballé et droit de l'image (Gaz Pal (doctr) 1986 s 277)
Bing, Jon:
- Electronic copyright management systems for libraries and in general (Nordic Conference on Copyrigt Issues, Helsingfors, Nordinfo nr 30 1995 s 147)
- Ophavsretten og dens avgrensning i et mulig fremtidig eksemplarløst samfunn – databaser og terminaler (NIR 1984 s 377)
- Opphavsretten og ny informasjonsteknologi: Noen spredte notater (NIR 1995 s 595)

- Rettslige konsekvenser av digitalisering: Rettighetsadministrasjon og redaktøransvar i digitale nett (CompLex nr 1/95) TANO, Otta 1995 (cit Rettslige konsekvenser av digitalisering)

Birkmann, Thomas:
- Urheberschutz und wirtschaftliche Verwertung, J Schweitzer Verlag (SGRUM Band 17), Frankfurt 1989

Bjelke, Harald:
- Ophavsmannens og den utøvende kunstnerns avtaler (NIR 1992 s 652)

Bjelke, H / Lund, A M:
- Presse og kringkasting – lån av fjernsynsbilder, "døde" og "levende" (Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Nerenius & Santerus förlag, Stockholm 1993 s 127)

Björkhammar, Stefan:
- Datorkonst. En upphovsrättslig studie (ADBJ-rapport nr 1974-8) Stockholm 1974 (stencil)(cit Björkhammar)

Blomqvist, Jørgen:
- Ophavsmennenes og de udøvende kunstneres avtaler med det offentlige (NIR 1984 s 331)
- Ophavsretlig beskyttelse af fotografier? (NIR 1984 s 162)
- Overdragelse af ophavsrettigheder, Jurist og Økonomiforbundets forlag, Köpenhamn 1987 (cit Overdragelse)

Blume, Peter:
- Databases and copyrigt (Nordic Conference on Copyrigt Issues, Helsingfors, Nordinfo nr 30 1995 s 81)

Brandriss, Ira L:
- Writing in Frost on a Window Pane: E-mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation (Journal of the Copyright Society of the USA 43/1996 s 237)

Brinnen, Martin:
- IT – ett fall för HD (JT 1995-96 s 1101)

Brunius, Teddy:
- Estetik. En inledande diskussion, Liber, Stockholm 1961

Bruun, Niklas:
- Otillåten och överlåten avbildning i upphovsrätten (Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997 s 217)

Bryde Andersen, Mads:
- Ophavsretten og den nye teknologi. Information og kommunikation – digitalisering och superhighways (NIR 1995 s 616)
- Praktisk Aftaleret, Christian Eilers' Forlag, Köpenhamn 1995

Brylawski, E Fulton:

- Protection of Characters - Sam Spade Revisited (Bulletin of the Copyright Society of the USA 22/1974 s 77)

Butler, Timothy L:
- Can a Computer be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence (Comm/Ent 4/1981/82 s 707)

Chagares, Michael A:
- Parody or Piracy: The Protective Scope of the Fair Use Defense to Copyright Infringement Actions Regarding Parodies (Columbia-VLA Journal of Law & the Arts 1988 s 229)

Chaves, Antônio:
- Arena Rights. Legisaltive Problems Concerning Broadcasting of Large Shows (Sports or Other) (Copyright 1987 s 310)

Cherpillod, Ivan:
- L'objet du droit d'auteur, Cedidac, Lausanne 1985

Chesterman, J / Lipman, A:
- The Electronic Pirates DIY Crime of the Century, Routledge, London 1988 (cit The Electronic Pirates)

Clark, Charles:
- Förläggaren i elektronikåldern - rättighetslicensiering (Karnell, Digitalisering s 51)

Claus, Jürgen:
- Elektronisches Gestalten in Kunst und Design. Richtungen, Institutionen, Begriffe, Rowolt, Hamburg 1991 (cit Claus)

Cohen Jehoram, Herman:
- Introduction (Cohen, Jehoram m fl, Collective Administrations of Copyrights in Europe s 7)

Cohen Jehoram, H / Keuchenius, P / Seinette, J (ed):
- Collective Administration of Copyright in Europe, Kluver, Deventer 1995

Cook, Anne Marie:
- The Colorization of Black and White Films: An Example of the Lack of Substantive Protection for Art In the United States (Notre Dame Law Review 63/1988 s 309)

Corbet, Jean:
- Le dévelopment technique conduit-il à un cangement de la notion d'auteur ? (RIDA 148/1997 s 59)

Cornish, Graham:
- Copyright issues in connection with the reproduction of documents; the CITED solution (Nordic Conference on Copyrigt Issues, Helsingfors, Nordinfo nr 30 1995 s 30)

- The Superhigway and the Information Intermediary (Nordic Conference on Copyrigt Issues, Helsingfors, Nordinfo nr 30, 1995 s 111)

Danowsky, P / Ehne, J-E / Luterkort, G:
- Bildrätt. Fotografier och teckningar i lagar och avtal, Publica, Stockholm 1980 (cit Bildrätt)

Danowsky, P / Rundblom, M / Wikforss, Ö:
- CAD i byggandet. Ansvar, avtal och upphovsrätt, Norstedts, Stockholm 1989 (cit CAD i byggandet)

Davidow, Lawrence, L:
- Copyright Protection for Fictional Chracters: A Trade Mark-Based Approach to Replace *Nichols* (Columbia-VLA Journal of Art and the Law 8/1984 s 513)

Davies, Gervais G III:
- The Digital Dilemma: Coping with Copyright in a Digital World (Copyright World 27/1993 s 18)

Davies, Gillian:
- Piracy of Phonograms, a study requested by the Commission of the European Communities, ESC Publishing Ltd, 1981

Davies, Gillian / Hung, Michèle E:
- Music and Video Private Copying. An International Survey of the Problem and the Law, Sweet & Maxwell, London 1993 (cit Private Copying)

Degginger, Andrea:
- Beiträge zum urheberrechtlichen Schutz der Gegenwartskunst, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1987 (cit Degginger)

Delin, Leif:
- Om parodi (NIR 1959 s 234)

Desbois, Henri:
- Le droit d'auteur en France, 3 éd, Dalloz, Paris 1978 (cit Desbois)

Dietz, Adolf:
- Urheberrechtsprobleme der neuen Kunstentwicklung (FuR 1978 s 90)

Dixon, A N / Self, L C:
- Copyright Protection for the Information Superhighway (EIPR 1994 s 465)

Dreier, Thomas:
- Copyright and Film: The Infringement of Copyright Works by Motion Pictures (Communications and the Law 6/1984 s 33)
- Digitalisering och upphovsrätt: inverkan av skilda synsätt och praktiska konsekvenser för informationsutbyte i digitala nätverk (Karnell, Digitalisering s 115)

- Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts (Becker/Dreier, Urheberrecht und digitale Technologie s 123)
Dreier, T / Karnell, G:
- Originality of the copyrighted work (ALAI, Copyright and industrial property, Congress of the Aegean See II (det var där Gunnar Karnell trampade på en sjöborre), 1991 s 153)
Duchemin, Wladimir:
- Réflexions sur le droit d'exposition (RIDA 156/1993 s 15)
Dworkin, Gerald:
- Monopoly, non-participating rightowners, relationship authors/-producers, Copyright Tribunal (Cohen Jehoram m fl, Collective Administration of Copyrights in Europe s 11)
Eberstein, Gösta:
- Den svenska författarrätten I-II, Norstedts, Stockholm 1923 och 1925 (cit Författarrätten)
- Fotografisk bild som alster av konst och vetenskap, Norstedts, Stockholm 1953 (cit Fotografisk bild)
- Immateriellt rättsskydd. Några aktuella spörsmål, Stockholm, Norstedts 1927 (cit Immateriellt rättsskydd)
- Om skydd för individualiteten, den personliga och den ekonomiska, Norstedts, Stockholm 1940 (cit Om skydd för individualiteten)
- Om skyddet för konsthantverk och konstindustri (NIR 1941 s 1)
- Om författarrättens och konstnärsrättens föremål (NIR 1946 s 81)
- Om konflikter mellan självständiga immaterialrättigheter (NIR 1964 s 93)
Emt, J / Hermerén, G (red):
- Konst och filosofi. Texter i estetik, Studentlitteratur, Lund 1990
Engisch, Irmgard:
- Zur Relativität des Werksbegriffs (Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm, Carl Heymanns Verlag, Köln 1990 s 369)
Erdmann, Willi:
- Schutz der Kunst im Urheberrecht (Festschrift für Otto-Friedrich Frhr v Gamm, Carl Heymanns Verlag, Köln 1990 s 389)
Fabiani, Mario:
- Sind Apparate geistige Schöpfer? (GRUR Int 1965 s 422)
Farr, Evan, H:
- Copyrightability of Computer-Created Works (Rutgers Computer & Technology Law Journal 15/1989 s 63)
Fichte, Joh Gottlieb:

- Beweis der Unrechtmätigkeit des Bückernachdrucks. Einen Räsonnement und ein Parabel (Berlinische Monatsschrift 21/1793 s 443; här enligt nytryck i UFITA 106/1987 s 155)

Fiedler, Herbert (Hrsg):
- Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, Verlag Dr Otto Schmidt KG, Köln 1992

Folkesson, Christina:
- Skydd för upphovsrätt på Internet, (IFIM nr 85), Stocholm 1996 (cit Folkesson)

Forslund, John-E:
- Upphovsmännens avtal med staten (NIR 1984 s 354)

Fox, Edward, A:
- Images of digital libraries (Nordic Conference on Digital Transfer of Images (Nordinfo nr 33) 1995 s 43)

Frémond, Pierre:
- Le droit de la photographie. Le droit sur l'image, 3e éd, Dalloz, Paris 1985 (cit Frémond)

Fromm, Friedrich Karl:
- Der Apparat als Geistiger Schöpfer (GRUR 1964 s 304)

Fromm, F K / Nordemann, W:
- Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 8 uppl, Kohlhammer, Stuttgart 1988 (cit Fromm/Nordemann)

Gaarder, Karsten:
- Reklame og rett (TfR 1946 s 180)

v Gamm, Otto-Friedrich:
- Urheberrechtsgesetz, Beck, München 1968

Gahrton, Måns:
- Upphovsrätt till tecknade serier (IFIM nr 36), Stockholm 1986

Galtung, Andreas:
- Fotografiloven med kommentarer, TANO, Oslo 1991 (cit Galtung)

Gendreau, Ysolde:
- La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien, LGDJ, Paris 1994 (cit Gendreau)
- Le Critère de fixation en droit d'auteur (RIDA 159/1994 s 111)

Gerstenberg, Ekkehard:
- Der Begriff des Kunstwerks in der bildenden Kunst. Ein Beitrag zur Abgrenzung zwischen Kunstschutz und Geschmacksmusterschutz (GRUR 1963 s 245)
- Moderne Kunst und Urheberrecht (Festschrift für Senatspräsident Wilhelm Wendel, Süddeutscher Verlag, München, 1969 s 89)

Gervais, Daniel J:
- The Protection under International Copyright Law of Works Created with or by Computers (IIC 1991 s 628)
Ginsburg, Jane:
- Exploiting the Artist's Commercial Identity: The Merchandizing of Art Images (RIDA 163/1995 s 2)
Girth, Peter:
- Der künstlerishe aspekt des Computers – eine urheberrechtliche Betrachtung (FuR 1974 s 433)
- Individualität und Zufall im Urheberrecht, J Schweitzer Verlag, Berlin 1974 (cit Individualität und Zufall)
Godenhielm, Berndt:
- Om upphovsmannens tillträdesrätt (droit d'accès) (NIR 1977 s 211)
- Om upphovsrätt till filmverk (JFT 1966 s 369)
- Upphovsman och upphovsrätt, upplösningstendenser inom upphovsrätten (JFT 1984 s 448)
- Verkshöjd såsom allmän skyddsförutsättning för upphovsrättsligt skydd (NIR 1981 s 280)
Goldberg, M D / Carson D O:
- Copyright Protection for Artificial Intelligent Systems (Bulletin of the Copyright Society of the USA 39/1991 s 57)
Gouriou, René:
- La Photographie et le droit d'auteur, LGDJ, Paris 1959
v Greyers, Walo:
- Upphovsrättsutredningens slutbetänkande. En översiktlig presentation (NIR 1990 s 351)
Halvorsen, Roland:
- Vidaresändning av Radio och TV-program (NIR 1984 s 306)
Hamann, Wolfram:
- Urheberrechtsprobleme um Beuys-Badewanne. Schadensbemessung für Beschädigung des Werkoriginals (FuR 1976 s 166)
Hammarén, Anna:
- Upphovsrätt och teaterregi, Juristförlaget, Stockholm 1997 (cit Hammarén)
Hansmann, H / Santilli, M:
- Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis (Journal of Legal Studies XXVI/1997 s 95)
Harris, Cristopher R:
- Manipulation of Photographs and the Lanham Act (Communications and the Law 1/1994 s 29)
v Have, H / Eickmeier, F:

- Der Gesetzliche Rechtsschutz von Fernseh-Show-Formaten (ZUM 1994 s 269)
Hellner, Jan:
- Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 2 uppl, Juristförlaget, Stockholm 1993
Heitland, Horst:
- Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika, (Urheberrechtliche Abhandlungen Heft 27) Beck, München 1995 (cit Heitland)
Hertin, Paul-W:
- Die urheberrechtliche Stellung des Kameramannes (UFITA 118/1992 s 57)
Hicks, Randall B:
- Requiem for a Parody (Comm/Ent 8/1985 s 55)
Hubmann, Heinrich:
- Das Recht des schöpferischen Geistes, Walter de Gruyter & Co, Berlin 1954
- Der Rechtsschutz der Idee (UFITA 24/1957 s 1)
Hubmann, H / Rehbinder, M:
- Urheber- und Verlagsrecht, 8 uppl, Beck, München 1995
Hultén, Pontus, K G:
- Jean Tinguely "Méta", Moderna Museet, Stockholm 1972 (cit Méta)
Håstad, Torgny:
- Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl, Norstedts, Stockholm 1996
Jacobsen, J, Hartvig:
- Forlagsretten, Gyldendalske Boghandel Nordisk Forlag, Köpenhamn 1951 (cit Forlagsretten)
Jones, Suzanne R:
- Wehlan, Associates v Jaslow Dental Laboratory: Copyright Protection for the Structure and Sequence of Computer Programs (Loyla of Los Angeles Law Review 21/1987 s 255)
Jöstlein, Hans:
- Kitsch und kommerzielle Werkproduktion (UFITA 62/1971 s 175)
Kant, Immanuel:
- Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruks (Berlinische Monatsschrift 5/1786 s 403; här enligt nytryck i UFITA 106/1987 s 137 ff)
Karlen, Peter H:
- The California Droit de Suite (Cpyright World 65/1996 s 23)
Karnell, Gunnar:
- Aktuella frågor inom bildskyddet (NIR 1978 s 312)
- Arbetstagares upphovsrätt (NIR 1969 s 54)
- Arbetstagares upphovsrätt (Ulf 50 (IFIM nr 50), Stockholm 1986 s 39)

- Begreppet verk i upphovsrätten (NIR 1971 s 368)
- Collective Administration of Authors' Rights. The Realtions Between Authors and Organizations Administering Their Rights (Copyright 1986 s 45)
- De nordiska strävandena till harmonisering av upphovsrätten (NIR 1987 s 27)
- De upphovsrättsliga organisationernas funktion i Norden och Europa (NIR 1992 s 605)
- Die Doppelschöpfung als urheberrechtliches Problem (Mélanges Joseph Voyame. Recueil de travaux offerts à M Joseph Voyame Professeur honaire à l'Université de Lausanne, Diffusion Payot, Lausanne 1989 s 149)
- Digitalisering och upphovsrätt - nytt skapande, nya medier, nya intrång, nya avtal - aspekter på en ny medierätt (Karnell, red), Juristförlaget (MERCURIUS nr 2), Stockholm 1993 (cit Digitalisering)
- Droit de suite (NIR 1977 s 315)
- Employment for Hire – A Non-Legislative Approach (Journal of the Copyright Society of the USA 33/1986 s 100)
- En upphovsrättslig domvilla (NIR 1990 s 591)
- First Step Protection – the Internationalisation of Systems for Civil inaudita altera parte Search Procedures (Copyright World 71/1997 s 34)
- Högsta domstolen bland smultron och jordgubbar, mellan två stolar? (NIR 1994 s 85)
- Om upphovsrätt till musikaliska verk från radio- och TV-apparater på hotellrum (NIR 1977 s 113)
- Om upphovsrättsligt språk- och kriterieval i Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd – kommentarer till dess yttrande den 28 augusti 1989 (sådant det återgivits i NIR 1989 s 388) (NIR 1990 s 91)
- Photography – A Stepchild of International Conventions and National Laws on Copyright (Copyright 1988 s 132)
- Rätten till programinnehållet i TV, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags, Stockholm 1970 (cit Programinnehållet i TV)
- The Copyright Entitlement of Authors' Collecting Societies in Europe – a Look-around and a Glance in the Crystal Ball (Essays in Honour of Hugo Tiberg, Stockholm, Juristförlaget 1996)
- Traitement national, copie privée sonore ou audiovisuelle et interprétation de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littérarire et artistique (Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, Paris 1995 s 267)

- TV-spel och upphovsrätt – om skyddet i Sverige för ett slags "formats" (Festskrift till Stig Strömholm, Justus, Uppsala 1997 s 489)
- Upphovsrättens jämförelseobjekt, Stockholm 1964 (stencil)
- Upphovsrättens katalogskydd (NIR 1972 s 248)
- Upphovsrätt och dekodrar för mottagning och vidareförmedling av krypterade TV-program (Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Stockholm, Nerenius & Santerus förlag, 1993 s 168)
- Upphovsrätt, närstående rätt eller alls ingen rätt för "tekniskt medverkande" i audiovisuella verk (NIR 1991 s 457)
- Upphovsrättslig offentlighet och framföranderätt (NIR 1973 s 267)
- Verksbegrepp och upphovsrätt (TfR 1968 s 401)
- What is it that we call an "Idea"? (The protection of Ideas, ALAI Workshop, Sitges 4-7 October 1992 s 145)
- Vidarespridning av utgivna verksexemplar, särskilt om vidareförsäljning, uthyrning och utlåning av videogram. Skall vi leva med nordisk rättsolikhet? (NIR 1984 s 265)
- Videogramspridning och upphovsrätt (NIR 1982 s 276)

Katzenberger, Paul:
- Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht, Beck, München 1970 (cit Das Folgerecht)
- Das Folgerecht im internationalen Urheberrecht (UFITA 85/1974 s 39)
- Harmonisierung des Folgerechts in Europa (GRUR Int 1997 s 309)
- Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie (GRUR Int 1989 s 116)
- Urheberrechtsfragen der elektronischen Textkommunikation (GRUR Int 1983 s 895)

Kehrli, Thomy:
- Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1989 (cit Kehrli)

Keplinger, Michael S:
- The case for the invisible copies (RIDA LXVI/1970 s 2)

Kitagawa, Zentario:
- Copymart: A New Concept – an Application of Digital Tehnology to the Collective Management of Copyright (WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyrigt and Neigboring Rights, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1993 s 139)
- Copymart: A Proposal for a Copyright Market Based on Contract (UFITA 132/1996 s 77)

Kivimäki, T M:

- Upphovsmannarättens natur och dess ställning i rättssystemet (NIR 1952 s 221)
Knoph, Ragnar:
- Åndsretten, Nationaltrykkeriet, Oslo 1936
Knutsson, Anders:
- Gunnar Karnell bland smultron och jordgubbar (NIR 1994 s 235)
Kohler, Josef:
- Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz. Eine juridisch-ästetische Studie, Mannheim, Druck und Verlag von J Bensheimer, 1892 (cit Das literarische und artistische Kunstwerk)
- Kunstwerkrecht, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1908
Kohs, David, J:
- When Art and Commerce Collide: Colorization and the Moral Right (Journal of Arts Management and the Law 18/1988 s 13)
Koktvedgaard, Mogens:
- Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner, Juristforbundets forlag, Köpenhamn 1965 (cit Immaterialretspositioner)
- Lærbog i immaterialret, 4 uppl, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, Köpenhamn 1996
- Nyere udviklingslinier i Ophavsretten (Festskrift till Stig Strömholm, Iustus, Uppsala 1997 s 535)
- Ophavsrettens existensberettigelse (NIR 1975 s 294)
Koktvedgaard, M / Levin, M:
- Lärobok i immaterialrätt, 4 uppl, Norstedts 1995 (cit Koktvedgaard/Levin)
Koutsouradis, Achilles, G:
- Die Entwicklung des Urheberrechts in Griechenland (UFITA 118/1992 s 5)
Kriele, J / Westphal, D:
- Multimedia und das Filmurheberrecht (GRUR 1996 s 254)
Kummer, Max:
- Das Urheberechtlich schützbare Werk, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1968
- Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht (Homo Creator. Festschrift für Alois Troller, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1976 s 89)
Kühn, Manfred:
- Urheberrechtlicher Schutz für nachcolorierte Schwarzweißfilme? Eine Stellungsnahme des US-Copyright Office (ZUM 1988 s 82)
Kurtz, Leslie A:

- The Independent Legal Lives of Fictional Characters (UFITA 109/1988 s 1)
- Copyright and the National Information Infrastructure in the United States (EIPR 1996 s 120)

Lahore, James:
- La notion d'œuvre cinématographique d'lœuvre audiovisuelle (ALAI, Congrès du Premier siècle du cinema, Les œuvres audiovisuelles et la propriété littérarire et artistique, Paris, Unesco 1995 s 47 och 65)

Landau, Michael:
- The Colorization of Black-and-White Motion Pictures: A Gray Area in the Law (Journal of Arts Management and the Law 19/1989 s 61)

Levin, Marianne:
- Formskydd, Liber, Stockholm 1984
- Formskydd för modeprodukter (IFIM nr 27) Stockholm 1994
- Immaterialrättsliga skiljevägar (Rosén, Lex ferenda s 107)
- Rätt till egen bild. Om oauktoriserad personbildanvändning i massmedier, Juridiska fakulteten i Stockholm 1986
- "Skapande" som skyddsförutsättning 1986 (Ulf 50 (IFIM nr 50), Stockholm 1986)
- Svensk forms opinionsnämnd under utveckling (Festskrift till Sveriges advokatsamfund, Norstedts, Stockholm 1987 s 313)

Levin, M / Nordell, P J (red):
- Handel med immaterialrätt, Juristförlaget, Stockholm 1996

v Lewinski, S / Dreier T:
- Kolorierung von Filmen, Laufzeitänderung und Formatpassung: Urheberrecht als Bollwerk (GRUR Int 1989 s 635)

Liedes, Jukka:
- Trender i upphovsrätten (NIR 1992 s 669)

Linde, Ulf:
- Marcel Ducamp, Rabén & Sjögren, Stockholm 1986 (cit Duchamp)

Ljungman, Seve:
- (Anmälan av) Lögdberg, Auktorrätt och film (SvJT 1959 s 92)
- Mera om industrimusiken (NIR 1954 s 39)
- Något om inflytande över upphovsrättens utveckling (NIR 1981 s 2)
- Något om verkshöjd (Nordisk gjenklang. Festskrift till Carl Jacob Arnholm, Tanum, Oslo 1969 s 179

Locher, Horst:
- Aktuelle Fragen aus dem Recht der bildenden Kunst (UFITA 55/1970 s 129)

Loewenheim, Ulrich:

- Die urheberrechtliche Stellung der Szenenbildner, Filmarchitekten und Kostümbildner (UFITA 126/1994 s 99)
- Mona-Lisa als Marke (WRP 1997 s 389)
- Multimedia and the European Copyright Law (IIC 1996 s 41)
- Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendung (GRUR 1996 s 830)

Lucie-Smith, Edward:
- Konsten i dag. Från Abstrakt expressionism till Superrealism, Norstedts, Stockholm 1977 (cit Konsten i dag)

Lund, Astri M:
- "Institusjonalisert eksemplarfremstilling" (NIR 1987 s 407)

Lund, Torben:
- Billedkunsten i retlig belysning, GAD, Köpenhamn 1944 (cit. Billedkunsten)
- Grænsen mellem "offentlig" og "privat" inden for ophavsretten (NIR 1955 s 68)
- Ophavsret. Kommenteret utdgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsret til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder, GAD, Köpenhamn 1961 (cit Ophavsretsloven)
- Prioritetsproblemet i Ophavsretten (NIR 1960 s 202)

Lund, T / Alkil, N (red):
- Ophavsretlige Perspektiver. Foredrag og diskussioner i Dansk Selskab for Ophavsret 1954-58, Dansk Videnskabs Forlag, Köpenhamn 1958

Lund Christiansen, Halvor:
- Overtages ophavsretten af organisationerne? (NIR 1984 s 362)

Lundin, Gunnar:
- Biblioteksersättning (NIR 1987 s 457)

Løchen, Torvald:
- Aktuelle spørsmål innen fotografibeskyttelsen (NIR 1978 s 302)

Lögdberg, Åke:
- Auktorrätt och film, Glerups, Lund 1957
- Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten (Festskrift tillägnad Karl Olivecrona, Norstedts, Stockholm 1964 s 432)
- Några ord om rätt till egen bild (Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult, Stockholm, Almqvist och Wiksell 1960 s 323)
- Något om betydelsen för upphovsrättsligt skydd av syftet med framställningen av ett hantverks- eller industrialster (NIR 1960 s 215)
- Några immaterialrättsliga spörsmål (NIR 1962 s 252)

Maaßen, Wolfgang:
- Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung (ZUM 1992 s 338)

Magnusson, C / Torvund, O (red):
- ADB, avtal och upphovsrätt, Nordisk årsbok i rättsinformatik 1986, Norstedts, Stockholm 1986
Mayer, A / Mayer, R U:
- Imagetransfer, Spiegel-Verlag, Hamburg 1987
Meinander, Ragnar:
- Det rättsliga skyddet av byggnadskonst (NIR 1984 s 279)
Miller, Arhur R:
- Copyright protection for computer programs, databases, and computer-generated works: Is anything new since CONTU? (Harvard Law Review 106/1993 s 982)
Muenchinger, Nancy, E:
- French Law and Practice Concerning Multimedia and Telecommunication (EIPR 1996 s 186)
Möhring, Philipp:
- Können technische, insbesondere Computer-Erzeugnisse, Werke der Literatur, Musik und Malerei sein? (UFITA 50/1967 s 835)
Möhring P / Nicolini, K:
- Urheberrechtsgesetz, Franz Vahlen, Berlin 1970 (cit Möhring/Nicholini)
Nielsen, Verner:
- De bildende kunstneres forhold A. De bildende kunstneres ønsker om en udvidet ophavsretlig beskyttelse (Lund/Alkil, Ophavsretlige Perspektiver s 49)
Nimmer, Melville B:
- Copyright and Quasi-copyright Protection for Characters, Titles and Phonograph Records (TMR 1969 s 63)
Nordemann, Axel:
- Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk, Nomos, Baden-Baden 1992 (cit Die künstlerische Fotografie)
Nordemann, Wilhelm:
- Bildschirmspiele – eine neue Werkart im Urheberrecht (GRUR 1981 s 891)
- Dix ans de droit de suite en Allemange Fédérale (RIDA LXXXXI/1977 s 77)
Nordell, Per Jonas:
- Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedishen Recht – Theorie und Praxis (GRUR Int 1997 s 110)
- Delar och helhet. Om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande med hjälp av datorteknik (NIR 1991 s 369)

- Dubbelskapande i teori och praktik (NIR 1995 s 630)
- Följdrätten och dess föremål (Ånd og Rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997 s 773)
- Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, en kritisk analys, (IFIM nr 56), Stockholm 1990 (cit Verkshöjdsbegreppet)

Nyman, Mattias:
- Fyra färger och en bild. Allt du behöver veta om fyrfärgsrepro, 2 uppl, Software Plus, Nyköping 1992

Oesch, Rainer:
- Det reformerade upphovsrättsliga skyddet av fotografier (NIR 1996 s 392)

Ohly, Ansgar:
- Ververtungsverträge im Bereich der bildenden Kunst (Beier, m fl, Urhebervertragsrecht, s 427)

Olofsson, Kjell:
- Multimedia och upphovsrätt (IRI-rapport 1993:5), Stockholm 1993 (cit Olofsson)

Olsson, Henry:
- Copyright, 3 omarb uppl, Allmäna förlaget;

Stockholm 1987
- Copyright, 5 uppl, Fritzes, Stockholm 1994 (cit Copyright)
- Digitalteknologin och upphovsrättsystemet. En diskussionspromemoria (1994)(stencil) (cit Digitalteknologin)
- Datorerna och det intellektuella rättsskyddet (NIR 1981 s 106)
- Kollektiv förvaltning av upphovsrättigheter (NIR 1992 s 601)
- Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, Norstedts, Stockholm, 1996 (cit Upphovsrättslagstiftningen)

Ott, Sieghart:
- Der Bestellvertrag im Recht der bildenden Künste (ZUM 1988 s 452)

Patry, William:
- Electronic Audiovisual Games: Navigating the Maze of Copyright (Journal of the Copyright Society of the USA 31/1989 s 1)
- The Fair Use Privilege in Copyright Law, BNA, Washington D C 1985 (cit Fair Use)

Peczenik, Alexander:
- Juridisk argumentationsanalys – en lärobok i allmän rättslära, Norstedts, Stockholm 1990
- Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Fritzes, Stockholm 1995 (cit Vad är rätt?)

Pehrson, Lars:

- Lego-fallet. Omfattningen av ensamrätten till egentliga varuutstyrslar (NIR 1988 s 378)
- Varumärken från konsumentsynpunkt. En rättsvetenskaplig studie, Liber, Stockholm 1981
- Snävt skyddsomfång för fotografiska bilder (JT 1989-90 s 109)

Petterson, Einar:
- The digital image – An introduction (Nordic Conferens on Digital Transfer of Images (Nordinfo nr 33 1995 s 9)

Peyron, Ulf:
- Det upphovsrättsliga anställningsförhållandet – i fokus massmedieområdet, Norstedts, Stockholm 1985 (cit Peyron)

Picker, Günther:
- Praxis des Kunstrechts, Bruckmann, München 1990

Pfennig, Gerhard:
- Die digitale Verwertung von Werken der bildenden Kunst und von Fotografien (Becker/Dreier, Urheberrecht und digitale Technologie s 45)

Posner, Richard A:
- When Is Parody Fair Use? (Journal of Legal Studies 1992 s 67)

Prümm, Karl:
- Die schöpferishe Rolle des Kameramannes (UFITA 118/1992 s 23)

Ramberg, J / Herre, J:
- Köplagen, Norstedts, Stockholm 1995 (cit Ramberg/Herre)

Ramberg, J / Hultmark, C:
- Allmän avtalsrätt, 4 väsentligt omarb uppl, Juristförlaget, Stockholm 1996

Rau, Gerhard:
- Antikunst und Urheberrecht. Überlegungen zum urheberrechtlichen Werkbegriff, Hamburg 1974 (stencil) (cit Rau)

Rehbinder, Manfred:
- Bühnenbild und Urheberrecht (Urheberrecht und kulturelle Entwicklung. Festschrift zum 60. Geburtstag von Ulrich Uchtenhagen, Nomos, Baden-Baden 1987 s 189)

Reinbothe, J / v Levinski, S:
- The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, Sweet & Maxwell, London 1993 (cit Reinbothe/Levinski)

Reutter, Mark A:
- Exklusivverträge zwischen Künstler und Händler. Darstellung der Rechstlage in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz, Zürich, Schulthess Polygraphicher Verlag, 1993 (cit Reutter)

Riehle, Gerhard:

- Markenrecht und parallelimport, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart 1968 (cit Riehle)
Riis, Thomas:
- Ophavsret og Retsøkonomie, Gad, Köpenhamn 1996 (cit Riis)
Roeber, Georg:
- Moderne Kunst in fachlicher und rechtlicher Sicht (FuR 1977 s 524)
Rosén, Jan:
- BBS-målet och ansvaret för elektroniska förmedlingstjänster (SvJT 1996 s 414)
- Digitalisering och rättighetsklarering – de upphovsrättsliga avtalens möjligheter och tillkortakommande (Karnell, Digitalisering s 65)
- Digitaltekniken i juridiken – några noteringar om electronic publishing, digital lagring och förmedling av skyddade prestationer (NIR 1993 s 266)
- Förlagsrätt, Juristförlaget, Stockholm 1989 (cit Förlagsrätt)
- Förlagsrättens och upphovsrättens tidiga utvecklingsskeden i ett internationellt perspektiv (NIR 1990 s 47)
- Lex ferenda. Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet (Rosén (red)), Juristförlaget, Stockholm 1996 (cit Lex ferenda)
- Normer för enskilda avtal på upphovsrättsområdet (NIR 1992 s 629)
- Upphovsrättens avtal, Juristförlaget, Stockholm 1992
- Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti (NIR 1990 s 600)
- Verkshöjd och otillåten efterbildning i upphovsrätten (JT 1990-91 s 278)
Ross, Alf:
- (Anmälan av) Jacobsen, Forlagsretten (Juristen 1952 s 73)
- Ophavsrettens Grundbegreber (TfR 1945 s 321)
- Ophavsrettens inhold: Et punktum (TfR 1951 s 85)
Ruijsenaars, Heijo E:
- Merchandising-Verträge (Beier, m fl, Urhebervertragsrecht s 597)
- The WIPO Report on Character Merchandising (IIC 1994 s 532)
Rötzer, F / Weibel, P (Hrsg):
- Cyberspace. Zum medialen Gesamtkunstwerk, Klaus Boer Verlag, Wien 1993
Salokannel, Marjut:
- Multimedia and Collective Administration of Rights (NIR 1995 s 389)
Samson, Benvenuto:
- Bemerkungen zu einer Vortschrift des Urheberrechtsgesetzes (UFITA 50/67 s 491)

- Das Folgerecht des § 26 des Urheberrechtsgesetzes (GRUR 1970 s 449)
- Die Computerkunst und das Urheberrecht. Ergänzungen zum Aufsatz in UFITA Bd. 56 (1970) S. 117 ff. (UFITA 72/1975 s 89)
- Die moderne Kunst aus urheberrechtlicher Sicht und das Urheberrecht. Zugleich kritische Notizen zu Max Kummers Buch über "Das urheberrechtlich geschützte Werk" (UFITA 56/1970 s 117)

Samuelson, Pamela:
- Allocating Ownership Rights in Computer Generated Works (47 University of Pittsburgh Law Review 1986 s 1185)

Saxén, Hans:
- Förlagsavtalet, Stockholm (Åbo), Norstedts 1955 (cit Förlagsavtalet)

Sherman, Paul:
- Incorporation of Droit de Suite into United States Copyright Law (18 Copyright Law Symposium, Columbia University Press, New York 1970 s 50)

Schmid, Thomas Peter:
- Urheberrechtliche Probleme moderner Kunst und Computerkunst in rechtsvergleichender Darstellung, VVF, München 1995 (cit Schmid)

Schmidt, Folke:
- Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen (Studier i processrät och allmän rättslära tillägnade Per Olof Ekelöf, Norstedts, Stockholm 1972 s 569)
- Domaren som lagtolkare (Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Norstedts, Stockholm 1955)

Schmidt, Karsten:
- Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst – Krise oder Bewährung eines gesetztlichen Konzepts? (UFITA 77/1976 s 1)

Schmidt, Per Håkon:
- Teknologi og immaterialret, GAD, Köpenhamn 1989

Schmidt, Stephan:
- Urheberrechtsprobleme in der Werbung, Berlin 1981

Schmieder, Hans-Heinrich:
- Die persönliche Neugestaltung als allgemeines Kriterium urheberrechtlicher Schutzfähigkeit (Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, Hochschul Verlag, Freiburg (Schriftenriehe der UFITA 63) 1982 s 385)
- Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis. Neue Thesen zum urheberrechtlichen Werkbegriff im Hinblick auf maschinelle Kunstprodukte (UFITA 52/1969 s 107)

Schmitt-Kammler, Arnulf:

- Die Schaffensfreiheit des Künstlers in Verträgen über künftige Geistwerke, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1978 (cit Schmitt-Kammler)

Schneider, Inge:
- Das Recht des Kunstverlags: Verlag V. Florentz GmbH, München 1991

Schooner, Steven L:
- Obscene Parody: The Judical Exception to Fair Use Analysis (The Journal of Arts Management and the Law 14/1985 s 69)

Schovsbo, Jens:
- Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 1996 (cit Schovsbo)

Schramm, Carl:
- Der Schutz des Ideenanregers (UFITA 30/1960 s 129)
- Die schöferische Leistung, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1957
- Zum Begriff „Kunst" (UFITA 51/1968 s 75)

Schricker, Gerhard:
- Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen (GRUR 1996 s 815)
- Farewell to the "Level of Creativity" (*Schöpfungshöhe*) i German Copyrigt Law (IIC 1995 s 41)
- Urheberrecht, Beck, München 1987
- Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik (GRUR 1992 s 242)

Schricker, G / Katzenberger, P:
- Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung (GRUR 1985 s 87)

Schwarz, Mathias:
- Der urheberrechtliche Schutz audiovisueller Werke im Zeitalter der digitalen Medien (Urheberrecht und digitale Technologie, Nomos, Baden-Baden 1994 s 105)

Schweyer, Stefan:
- Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht, Beck, München 1982

Schønning, Peter:
- Om kopieringsautomater og fremmed medhjælp (NIR 1991 s 352)
- Ophavsretsloven med kommentarer, Gad Jura, Köpenhamn 1995 (cit Ophavsretsloven)
- Ophavsretten mellem kulturpolitik og handelspolitik, Klim, Århus 1994 (cit Ophavsretten)
- Programmedarbejderes Ophavsrettighetder, Odense 1989

Seipel, Peter:

- Authors' rights and users' freedom. On present day concerns in the copyrigt field (Nordic Conference on Copyrigt Issues, Helsingfors, Nordinfo nr 30 1995 s 13)
- Databasrätt. Fokus på upphovsrätt och avtal, (IRI), Stockholm (cit Databasrätt)

Seltzer, Leon, E:
- Exemptions and Fair Use in Copyright: The "Exclusive Rights" Tensions in the New Copyright Act (Bulletin of the Copyright Society of the USA 24/1977 s 215 och 279)

Sidler, Peter:
- Der Schutz von Computerprogramme im Urheberrecht und Wettbewerbsrecht, Basel 1968

Sijthoff Stray, Anne Lise:
- Opphavsretten. "Lov om opphavsrett til åndsverker m v" kommentert og supplert, Universitetsforlaget, Oslo 1989 (cit Sijthoff Stray)

Sookman, Barry B:
- Computers-Assisted Creation of Works Protected by Copyright (IPJ 5/1989 s 165)

Steller, Erwin:
- Computer und Kunst. Programmierte Gestaltung: Wurzeln und Tendenzen neuer Ästhetiken: Mannheim, Wissenschaftsverlag 1992 (cit Computer und Kunst)

Stewart, Stephen M:
- International Copyright and Neighbouring Rights 2nd ed, Butterworths, London 1989 (cit Stewart)

Straßer, Robert:
- Die Abgrenzung der Laufbilder vom Filmwerk, Nomos, Baden-Baden 1995

Strömholm, Stig:
- Hur svär man sig fri? (NIR 1975 s 350)
- Ideologi och praktik – till de upphovsrättsliga avtalens utveckling (Festskrift till Anders Agell, Iustus Förlag, Uppsala 1994 s 621)
- La concurrence entre l'auteur d'une œuvre de l'esprit et le cessionarire d'un droit d'exploitation, Norstedts, Stockholm 1969
- Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, Norstedts, Stockholm 1966
- Musikanvändning i musik- och radiohandeln. En praktisk upphovsrättsfråga (NIR 1984 s 151)
- Några rättsfrågor kring beställning av konstverk (TfR 1980 s 582)

- Spielraum, Originalität oder Persönlichkeit? Das Urheberrecht vor einer Wegwahl (GRUR Int 1996 s 529)
- Upphovsmannens ideella rätt - några huvudlinjer (TfR 1975 s
- Upphovsrättens verksbegrepp, Norstedts, Stockholm 1970

Svensäter, Lennart:
- Anställning och upphovsrätt, Stockholm, Norstedts 1991

Sundell, Jan-Olof:
- Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914, Rättshistoriska biblioteket nr 40, Stockholm 1987

Sönnerland, Helge M:
- De forskjellige former for videresendning av kringkastningsprogram (NIR 1984 s 294)

Sörbom, Göran:
- Bildvärldar. Om bilder och bildkonst, forskning och kulturpolititk,: Statens kulturråd, Liber, Stockholm 1984 (cit Bildvärldar)
- Mimesis and the art studies in the origin and early development of an aestetic vocabulary, Bonniers 1996 (cit Mimesis)

Tengelin, m fl:
- Rätt i medieproduktion. Viktiga kunskaper för att undvika dyra tavlor, Stockholm (CKM Media) 1996 (cit Medieproduktion)

Tiili, Virpi:
- Om varumärkets funktioner (NIR 1970 s 240)

Torp, Carl:
- Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse. Tillæg til den danske Formueret, GAD, Köpenhamn 1898

Troller, Alois:
- (Anmälan av) Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk (Schweizerishe Mitteilungen über gewerblichen Rechtschutz und Urheberrecht 1969 s 205)

Tvedt, Knut:
- Jus og skulptur – og litt til (NIR 1975 s 57

Törngren, Peter:
- Den nordiska verksdebatten, en sammanfattning och kommentar (TfR 1986 s 365)

Uggla, Claës:
- Ett svar av opinionsnämndens ordförande (NIR 1990 s 94)
- Plagiatteknik: Hur blå plommon blir röda jordgubbar som s'en förminskas till smultron (NIR 1994 s 361)

Ulmer, Eugen:
- Der Schutz der industriellen Formgebung (GRUR Int 1959 s 1)

- Der urheberrechtliche Werksbegriff und die moderne Kunst (GRUR 1968 s 527)
- Urheber- und Verlagsrecht 3 Aufl, Springer-Verlag, Heidelberg 1980 (cit Ulmer)

Walker, Honorable John M jr:
- Protectable "Nuggets": Drawing the Line Between Idea and Expression in Computer Program Copyrigt Protection (Journal of the Copyright Society of the USA 44/1996 s 79)

Wandtke, Artur:
- Die unendliche Geschichte eines Stuhls (UFITA 130/1996 s 57)

Warren, Lynn K:
- Droit de Suite – Only Congress Can Grant Royalty Protection for Artists (Pepperdine Law Review 9/1981 s 111)

Weincke, Willy:
- Den retlige situation efter de internationale konventioner og gældende nordisk lovgivning. (Videresendning av kringkastingsprogram) (NIR 1984 s 299)

Vickers, Carole M:
- The Applicability of the Droit de Suite in the United States (Boston College International and Comparative Law Review III/1980 s 433)

Vilks, Lars:
- Att läsa Arx, Nya Doxa, Nora 1993
- Nimis och Arx, Nya Doxa, Nora 1994

Wilkinson, G G / Winterflood, A R:
- Fundamentals of Information Technology, Chichester, John Wiley and Sons Ltd (cit Information Technology)

Willi, Christoph:
- Merchandising mit fiktiven Figuren (WRP 1996 s 652)

Vince, John:
- Computer Graphics, The Design Council, London, 1992

Winnerstig, M / Nordell, P J:
- Spontanismen, Stockholm 1983 (stencil)

Vischer, Frank:
- Neue Tendenzen in der Kunst und das Urheberrecht (Recht und Wirtschaft heute. Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1980 s 277)

Visky, Károly:
- Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom (UFITA 106/1987 s 17)

Vyrje, Magnus, Stray:

- Tredjemanns immaterialrett som "mangel" ved overdragelse av ophavsretten til et datamaskinprogram (Magnusson/Torvund, ADB, avtal och upphovsrätt s 99)

Yonover, Geri J:

- The "Dissing" of da Vinci: The Imaginary Case of Leonardo v Duchamp: Moral Rights, Parody and Fair Use (Intellectual Property Law Review 1996 s 211)

Zschokke, Andres:

- Der Werkbegriff im Urheberrecht. Versuch zur Erfassung, Umschreibung und Abgrenzung eines besonderen urheberrechtlichen Werkbegriffes, Verlag P G Keller, Zürich 1966

Ålund, Monika:

- Parodi och upphovsrätt (NIR 1992 s 101)

ÅBEROPAD RÄTTSPRAXIS

HD

NJA 1917 s 369 (Varumärke), 365
NJA 1921 s 579 (Frödings brev), 400
NJA 1931 s 506 (Orrefors), 137
NJA 1935 s 712 (Bauhausstolen), 137
NJA 1938 s 523 (Pygmalion), 39
NJA 1939 s 592 (Utlåning i förvärvssyfte förbjuden), 369
NJA 1945 s 275 (På kryss med blixten), 310
NJA 1946 s 501 (Ohlanders negativ), 310
NJA 1949 s 645 = NIR 1949 s 252 (Får ej offentligt utföras utan tillstånd), 369
NJA 1957 s 770 (Författares avtalsbrott), 297
NJA 1958 s 68 = NIR 1959 s 60 (Rudastolen), 138, 399
NJA 1964 s 99 (Svarta Diana), 308
NJA 1964 s 532 (Luxusspegeln), 138
NJA 1967 s 143 (Stridsropet), 308
NJA 1967 s 150 = NIR 1968 s 125 (Stala gammaldansförening), 241
NJA 1967 s 264 = NIR 1968 s 129 (Gell stålformar), 111
NJA 1974 s 94 = NIR 1974 s 187 (Gunilla Rudling), 67
NJA 1976 s 282 = NIR 1976 s 335 (Hem till byn), 37, 174, 270
NJA 1979 s 70 = NIR 1979 s 370 (Offsetplåtar), 98, 283, 310
NJA 1979 s 352 = NIR 1979 s 385 (max walters?), 48 f, 67, 73, 260 f
NJA 1980 s 123 = NIR 1980 s 258 (Mornington), 198, 241, 267
NJA 1981 s 313 = NIR 1983 s 323 (Två herrars tjänare), 37, 151, 365, 429
NJA 1982 s 23 (Bröllopsnegativ), 310
NJA 1984 s 304 (Liljegren), 220, 232, 266 f
NJA 1985 s 909 = NIR 1986 s 239 (Med egna ord), 297
NJA 1985 s 813 = NIR 1986 s 246 (Krukväxtkort), 185
NJA 1985 s 893 = NIR 1986 s 252 (Manifest), 207

Åberopad rättspraxis

NJA 1986 s 702 = NIR 1987 s 89 (Wickstrand), 17, 207, 241, 267
NJA 1988 s 715 (Landsting), 222
NJA 1989 s 315 = NIR 1990 s 306 (Evert Taube), 102, 110 f
NJA 1990 s 499 = NIR 1990 s 671 (Gotlandskarta), 37, 47, 58 f, 67, 390
NJA 1993 s 293 = NIR 1993 s 482 (Uppsala stadshus), 207
NJA 1994 s 74 = NIR 1994 s 143 (Smultron), 56, 67, 141, 145, 364
NJA 1995 s 256 = NIR 1995 s 341 (Nummerbank), 52, 364
NJA 1995 s 164 = NIR 1995 s 311 (Tunika), 145
NJA 1996 s 79 = NIR 1997 s 282 (BBS), 198, 241, 286, 366, 378
NJA 1996 s 712 = NIR 1997 s 277 (Citat), 258

Hovrätt

- Svea HovR dom den 29 juni 1965 = NIR 1966 s 247 (Ströyer), 260
- Svea HovR dom den 17 april 1974 = NIR 1976 s 236 (Observer 17), 140, 147
- Göta HovR dom 27 april 1978 (Kevi), 140
- HovRn för västra Sverige dom den 17 nov 1978 = NIR 1981 s 413 (Sjö och snö), 98
- HovRn för västra Sverige dom den 19 november 1987 = NIR 1988 s 310 (Datorprogram), 171
- Svea HovR dom den 24 april 1989 = NIR 1989 s 394 (Konstkort), 301 f
- Göta HovR dom den 15 juli 1993 (Nessim), 258, 264, 365
- Svea HovR dom den 1 juni 1995 (Matisse), 67, 429
- Svea HovR dom den 29 mars 1996 (Pressklippstidning), 230

Tingsrätt

- Stockholms tingsrätts dom den 6 mars 1990 (Dennis och Bosse Bus), 89
- Stockholms TR dom den 30 september 1996 (Skriet) (ej rättskraftig), 429

Marknadsdomstolen

MD 1977:25 (Fiskars sax), 135
MD 1993:9 (Boss), 426

Yttranden av Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd

- Yttrande nr 95/96 (Karin), 139
- Yttrande nr 121 (Fiskars), 135
- Yttrande nr 131 (Ulla), 139
- Yttrande nr 142/1987 (Tusenfoting), 146
- Yttrande nr 144 1988 = NIR 1988 s 472 (Kaiserdom Edel), 140
- Yttrande nr 145/1988 = NIR 1988 s 662 (Röllakansmatta), 145
- Yttrande nr 147/1989 (Kaliká), 146
- Yttrande nr 148/1989 (Sittmöbel), 140
- Yttrande nr 151/1990 (Batman- och Supermanfigurer), 144
- Yttrande nr 152/1990 (Viken), 144
- Yttrande nr 154/1991 (Ripsmönster), 143, 145
- Yttrande nr 156/1991 (NIR 1992 s 153) (Tulpantröja), 145
- Ärende 2/1993 = NIR 1993 s 456 (Norrlands flagga), 140
- Ärende 4-5/1993 = NIR 1993 s 461 (Yxa och Kofot), 140
- Ärende 11/1993 = NIR 1993 s 472 (Ficklampa), 140
- Ärende 1/1996 = NIR 1996 s 380 (Gatubelysning), 143

Danmark

- U 1907 s 619 (H) (Musselmalet stel I), 136
- U 1926 s 251 (H) (Musselmalet stel II), 137
- U 1926 s 1003 (Ø) (Optog og Ridderturnering), 38
- U 1931 s 376 (Ø) (PH-lampa), 137
- U 1935 s 692 (H) (Bauhausstolen), 137
- U 1949 s 1047 (Ø) (Videreoverdragelse), 308
- U 1974 s 167 (H) (Soya), 337
- U 1976 s 700 (B) (Miljøstyrelsen), 226
- Østre Landrets dom den 20 december 1978 (Fiskars), 135
- U 1979 s 388 (V) (Den lille Havfrue), 261
- U 1982 s 861 (B) (Aalborg Stiftstidende), 320
- U 1983 s 515 (H) (Mad fra A til Z), 97
- U 1997 s 319 (SH) (Billedbureau), 313
- U 1993 s 183 (Ø) = NIR 1995 s 297 (100 kr. sedler), 158

Åberopad rättspraxis

Finland

- HD 1947 II 365 (NIR 1951 s 254) (Reproduktionsrätt), 296
- HD dom den 24 juni 1976 (NIR 1978 s 110) (Tillträdesrätt), 360
- HD 1979 II 64 (Målning av fotografi), 111
- HD 1994:99 = NIR 1995 s 133 (Bildbyrå), 313
- ON 607/1982 (Fiskars), 135

Norge

- NRt 1994 s 1610 = NIR 1996 s 124 (Dekoder), 374
- NRt 1995 s 1948 = NIR 1996 s 358 (Dagshändelse), 259

Kanada

- *Kelly v Cinema House Ltd* (Macgillivray, Copyriht Cases 1932, 362), 88

Österrike

- OGH, 26 april 1994 Ob 51/94 (Hundertwasserhaus), 147, 262

Tyskland

- RGZ 79, 397 (Felseneiland mit Sirenen), 240, 242
- BGH GRUR 1956 s 434 (Solange Du da bist), 38
- BGH UFITA 25/1958 s 337 (Sherlock Holmes), 87
- BGH GRUR 1962 s 201 (Rundfungkempfang im Hotellzimmer), 241
- BGH GRUR 1962 s 470 (AKI), 99, 284
- BGH GRUR 1990 s 669 (Bibelreproduktion), 56

USA

- *Atari Inc v North Am Philips Consumer Elecs Corp* (672 F.2d 607 (7th Cir.), cert. denied, 459 U.S. 880 (1982)), 172
- *Brodebund Software Inc v Unison World Inc* (648 F.Supp. 1127 (N.D. Cal. 1986)), 172

- *Computer Associates International Inc v Altai Inc* (982 F.2d (2d Cir. 1992)), 172
- *Detective Comics Inc v Burns Publications* (111 F.2d 432 (2d Cir. 1940)), 91
- *Filmvideo Releasing Corp v Hastings* (595 F.Supp. 60 (S.D.N.Y.), modified, 668 F.2d 91 (2d Cir. 1981)), 91
- *Fleischer Studios v Ralph A Freundlich Inc (Betty Boop)* (73 F.2d 276 (2d Cir.), cert. denied, 294 U.S.) 717 (1934)), 92
- *Habersham Plantation Corp v Country Concepts* (1980 Copyright L Rep 25,160 at 15,960 (D. Ga. 1980))
- *Hill v Wahlen & Martell* (220 F. 359 (S.D.N.Y. 1914)), 89
- *King Feature Syndicate v Fleischer* (299 F.533 (2d Cir. 1924)), 92
- *Lotus Development Corp v Paperback Software International* (740 F.Supp. 39 (D.Mass. 1993)), 172
- *Midway Manufacturing Inc v Arctic International Inc* (704 F.2d 1009 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 823 (1983)), 173
- *Midway Mfg Co v Dirksheiner* (543 F.Supp. 466, 479 (D. Neb.1981)), 171 f
- *Midway Mfg Co v Strohn* (564 F.Supp. 741 (N.D. Ill. 1983)), 171 f
- *National Comics Publications v Fawcett Publications* (191 F.2d 594, 600 (2d Cir. 1951)), 89
- *Nichols v Universal Pictures Corp* (45. F.2d 119 (2d Cir. 1930), cert. denied, 282 U.S. 902 (1931)), 90
- *Roth Greeting Cards v United Card Co* (429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970)), 172
- *Sheldon v Metro-Goldwyn Pictures Corp* (81 F.2d 49, 56 (2d Cir.), cert. denied, 298 U.S. 669 (1963)), 92
- *Steinberg v Columbia Pictures* (663 F.Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987)), 390
- *Stern Electronics v Kaufman* (669 F.2d 852 (2d Cir. 1982)), 171
- *United Artists Corp v Ford Motor Co* (483 F.Supp. 89 (S.D.N.Y. 1980)), 91
- *United Features Syndicate v Sunrise Mold Co* (569 F.Supp. 1475 (S.D. Fla. 1983)), 92
- *Walt Disney Prods v Air Pirates* (581 F.2d 751 (9th Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 1132 (1979)), 93
- *Warner Bros Pictures Inc v Columbia Broadcasting System Inc (Sam Spade)* (216 F.2d 945, 104 USPQ 103 (CA 9 1954), 91
- *Warner Bros v American Broadcasting Cos* (720 F.2d 231 (2d Cir. 1983)), 91 f
- *Whelan Associates Inc v Jaslow Dental Laboratory Inc* (797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986)), 172
- *Williams Electronics Inc v Arctic International Inc* (685 F.2d 870 (3d Cir. 1982)), 173

ÅBEROPADE LAGRUM I DEN SVENSKA UPPHOVSRÄTTSLAGEN (1960:729) ENLIGT DESS LYDELSE 1997

(för en jämförelse med övriga nordiska länders motsvarande lagrum hänvisas till Upphovsrättsliga Föreningen i Finland/Nordiska ministerrådet, Nordens upphovsrättslagar, Helsingfors 1996)

1 § Den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket oavsett om det är
1. skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal,
2. datorprogram,
3. musikaliskt eller sceniskt verk,
4. filmverk,
5. fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst,
6. alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller
7. verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.

Till litterära verk hänförs kartor, samt även andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art.

Vad som i denna lag sägs om datorprogram skall i tillämpliga delar gälla även förberedande designmaterial för datorprogram.
35, 37, 41, 43, 57 f, 63, 66, 96 ff, 105 f, 114, 122, 144, 151, 170, 183 f, 199 f, 269, 389, 407, 422, 435

2 § Upphovsrätt innefattar, med de inskränkningar som nedan stadgas, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar därav och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik.

Såsom framställning av exemplar anses även att verket överföres på anordning, genom vilken det kan återgivas.

Verket göres tillgängligt för allmänheten då det framföres offentligt, så ock då exemplar därav utbjudes till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest sprides till allmänheten eller visas offentligt. Lika med offentligt framförande anses framförande som i förvärvsverksamhet anordnas inför en större sluten krets.
48, 159, 196, 198 f, 200, 203 ff, 207, 214, 224, 239 ff, 250, 257, 282 ff, 287 f, 307, 310, 369, 407

3 § Då exemplar av ett verk framställes eller verket göres tillgängligt för allmänheten, skall upphovsmannen angivas i den omfattning och på det sätt god sed kräver.

Ett verk må icke ändras så, att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränkes; ej heller må verket göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i sådant sammanhang som är på angivet sätt kränkande för upphovsmannen.

Sin rätt enligt denna paragraf kan upphovsmannen med bindande verkan eftergiva endast såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket.
49, 278, 347, 353 ff, 376

4 § Den som översatt eller bearbetat ett verk eller överfört det till annan litteratur- eller konstart har upphovsrätt till verket i denna gestalt, men han äger icke förfoga däröver i strid mot upphovsrätten till originalverket.

Har någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, är hans upphovsrätt ej beroende av rätten till originalverket.
55 f, 58, 76, 122, 158, 178, 196, 211, 260, 277, 365, 367, 370

5 § Den som genom att sammanställa verk eller delar av verk åstadkommit ett litterärt eller konstnärligt samlingsverk har upphovsrätt till detta, men hans rätt inskränker icke rätten till de särskilda verken.
44, 57 f, 60, 122, 183 f

6 § Har ett verk två eller flera upphovsmän, vilkas bidrag icke utgöra självständiga verk, tillkommer upphovsrätten dem gemensamt. De äga dock var för sig beivra intrång i rätten.
60, 76, 129, 181

8 § Ett verk anses offentliggjort, då det lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten.

Verket anses utgivet, då exemplar därav med upphovsmannens samtycke förts i handeln eller eljest blivit spridda till allmänheten.
203, 239

10 § Upphovsrätt till ett verk gäller även om verket har registrerats som mönster.

Upphovsrätt gäller inte till kretsmönster för halvledarprodukter. Om rätten till sådana kretsmönster finns särskilda bestämmelser.
96, 100

11 § Bestämmelserna i detta kapitel medför inga inskränkningar i upphovsmannens rätt enligt 3 § utöver dem som följer av 26 c §.

När ett verk återges offentligt med stöd av detta kapitel skall källan anges i den omfattning och på det sätt som god sed kräver samt får verket inte ändras i större utsträckning än användningen kräver.
210 f, 277, 347, 368

12 § Var och en får framställa enstaka exemplar av offentliggjorda verk för enskilt bruk. Exemplaren får inte användas för andra ändamål.

Första stycket gäller inte datorprogram och ger inte rätt att uppföra byggnadsverk.

Första stycket ger inte heller rätt att för eget bruk låta en utomstående
1. framställa exemplar av musikaliska verk eller filmverk,
2. framställa bruksföremål eller skulpturer eller genom konstnärligt förfarande efterbilda andra konstverk.
45, 133, 206 f, 217, 220 f, 224, 226 ff, 233, 236, 257, 263, 268, 270 f, 275, 311 f, 334, 367 ff, 406, 414, 427, 431 f

13 § För undervisningsändamål får exemplar av utgivna verk framställas genom reprografiskt förfarande och upptagningar av verk som sänds ut i ljudradio eller television göras, om avtalslicens gäller enligt 26 i §. Exemplaren och upptagningarna får användas endast i undervisningsverksamhet som omfattas av det avtal som förutsätts för uppkomsten av avtalslicensen.

Första stycket gäller inte om upphovsmannen hos någon av de avtalsslutande parterna har meddelat förbud mot exemplarframställningen.
203, 217, 229, 258, 275, 343 f, 350 f, 355f, 416

15 § Sjukhus och inrättningar med särskild service eller vård för äldre eller funktionshindrade får göra upptagningar av ljudradio- och televisionsutsändningar.

Upptagningarna får användas endast inom institutionen och inom kort tid efter upptagningen.

217, 267

16 § De arkiv och bibliotek som avses i tredje och fjärde styckena har rätt att framställa exemplar av verk, dock inte datorprogram,

1. för bevarande-, kompletterings- eller forskningsändamål,
2. för utlämning till lånesökande av enskilda artiklar eller korta avsnitt eller av material som av säkerhetsskäl inte bör utlämnas i original eller
3. för användning i läsapparater.

I de fall som avses i första stycket 2 och 3 får exemplar framställas endast genom reprografiskt förfarande.

Rätt till exemplarframställning enligt denna paragraf har

1. de statliga och kommunala arkivmyndigheterna,
2. Arkivet för ljud och bild,
3. de vetenskapliga bibliotek och fackbibliotek som drivs av det allmänna samt
4. folkbiblioteken.

Regeringen får i enskilda fall besluta att vissa andra arkiv och bibliotek än de som anges i tredje stycket skall ha rätt till exemplarframställning enligt denna paragraf.

205, 217, 231, 275

18 § Den som framställer ett samlingsverk, sammanställt ur verk från ett större antal upphovsmän, för användning vid undervisning, får återge mindre delar av litterära och musikaliska verk och sådana verk av litet omfång, om det har gått fem år efter det år då verken gavs ut. Konstverk får återges i anslutning till texten, om det har gått fem år efter det år då verket offentliggjordes. Upphovsmännen har rätt till ersättning.

Första stycket gäller inte sådana verk som har skapats för att användas vid undervisning.

205 f

19 § När ett exemplar av ett litterärt eller musikaliskt verk eller ett konstverk med upphovsmannens samtycke har överlåtits, får exemplaret spridas vidare. För exemplar av datorprogram gäller i stället att spridningen är tillåten sedan exemplaret med upphovsmannens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

Första stycket ger inte rätt att tillhandahålla allmänheten
1. exemplar av verk, utom byggnader och brukskonst, genom uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar, eller exemplar av datorprogram i maskinläsbar form genom utlåning.
206, 251 ff, 257, 268, 271, 307, 433

20 § När ett verk har utgivits får de exemplar som omfattas av utgivningen visas offentligt. Motsvarande gäller när upphovsmannen har överlåtit exemplar av ett konstverk.

Första stycket ger inte rätt att visa exemplar av konstverk genom film eller i television. Exemplar av konstverk som avses i första stycket får dock återges genom film eller i television, om återgivningen är av mindre betydelse med hänsyn till filmens eller televisionsprogrammets innehåll.
203, 205 f, 217, 219, 244, 264 ff, 268, 290, 348, 407, 415, 431, 433

22 § Var och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. **260**

23 § Offentliggjorda konstverk får återges
1. i en kritisk eller vetenskaplig framställning i anslutning till texten och
2. i en tidning eller tidskrift i samband med en redogörelse för en dagshändelse, dock inte om verket har skapats för att återges i en sådan publikation.

Första stycket gäller endast om återgivningen sker i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet.
205 f, 258 ff

24 § Konstverk får avbildas
1. om de stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utomhus eller
2. om de ställs ut, är till salu eller ingår i en samling, men i dessa fall endast i meddelanden om utställningen eller försäljningen och i kataloger.

Byggnader får fritt avbildas.
205, 207, 217, 258, 260 ff, 269, 311 f, 407

25 § Verk som syns eller hörs under en dagshändelse får återges vid information om dagshändelsen genom ljudradio, television, direkt överföring eller film. Verken får dock återges endast i den omfattning som motiveras av informationssyftet.
206

26 a § Var och en får återge verk, vilka ingår i de handlingar som avses i 9 § första stycket och är av de slag som anges i 9 § andra stycket 2--4. Upphovsmannen har rätt till ersättning, utom när återgivningen sker i samband med

1. en myndighets verksamhet eller
2. en redogörelse för ett mål eller ärende i vilket verket förekommit och verket återges endast i den omfattning som motiveras av ändamålet med redogörelsen.

Var och en får återge handlingar som är upprättade hos svenska myndigheter men inte är sådana som avses i 9 § första stycket.

Andra stycket gäller inte beträffande

1. kartor,
2. tekniska förebilder,
3. datorprogram,
4. verk som skapats för undervisning,
5. verk som är resultatet av vetenskaplig forskning,
6. alster av bildkonst,
7. musikaliska verk,
8. diktverk eller
9. verk av vilka exemplar genom en myndighets försorg tillhandahålls allmänheten i samband med affärsverksamhet.

205

26 c § Ägaren till en byggnad eller ett bruksföremål får ändra egendomen utan upphovsmannens samtycke.

210

26 d § De radio- och televisionsföretag som regeringen i enskilda fall beslutar får sända ut utgivna litterära och musikaliska verk samt offentliggjorda konstverk, om avtalslicens gäller enligt 26 i §.

Första stycket gäller inte sceniska verk och inte heller andra verk om upphovsmannen har förbjudit företaget att sända ut verket eller det av andra skäl finns särskild anledning att anta att han motsätter sig utsändningen. Första stycket gäller inte sådan vidaresändning som avses i 26 f §.

Vid utsändning över satellit gäller avtalslicensen endast om sändarföretaget samtidigt verkställer utsändning genom en marksändare.

12, 206 f, 265, 265 ff, 290, 342 f, 348, 351, 355 f, 415

26 e § Ett radio- eller televisionsföretag som har rätt att sända ut ett verk får ta upp verket på en anordning genom vilken det kan återges, om det görs
1. för användning vid egna utsändningar ett fåtal gånger under begränsad tid,
2. för att säkerställa bevisning om utsändningens innehåll eller
3. för att en statlig myndighet skall kunna utöva tillsyn över utsändningsverksamheten.

Upptagningar som avses i första stycket 2 och 3 får användas endast för de ändamål som anges där. Om sådana upptagningar har dokumentariskt värde, får de dock bevaras i Arkivet för ljud och bild.

En statlig myndighet som har till uppgift att utöva tillsyn över reklamen i ljudradio- och televisionsutsändningar får återge utsändningar i den omfattning som motiveras av ändamålet med tillsynen.
217, 220, 231, 266

26 f § Var och en har rätt att till allmänheten trådlöst eller genom kabel samtidigt och oförändrat återutsända (vidaresända) verk som ingår i en trådlös ljudradio- eller televisionsutsändning, om avtalslicens gäller enligt 26 i §.

Första stycket gäller inte verk till vilka rättigheterna till vidaresändning innehas av det radio- eller televisionsföretag som sänder ut den ursprungliga sändningen. **267, 343, 343, 345, 351 f, 356**

26 g § Den som har förvärvat rätt att använda ett datorprogram får framställa sådana exemplar av programmet och göra sådana ändringar i programmet som är nödvändiga för att han skall kunna använda programmet för dess avsedda ändamål. Detta gäller även rättelse av fel.

Den som har rätt att använda ett datorprogram får framställa säkerhetsexemplar av programmet, om detta är nödvändigt för den avsedda användningen av programmet.

Exemplar som framställs med stöd av första eller andra stycket får inte utnyttjas för andra ändamål och får inte heller användas när rätten att utnyttja programmet har upphört.

Den som har rätt att använda ett datorprogram får iaktta, undersöka eller prova programmets funktion för att fastställa de idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer. Detta gäller under förutsättning att det sker vid sådan laddning, visning på skärm, körning, överföring eller lagring av programmet som han har rätt att utföra.
Avtalsvillkor som inskränker användarens rätt enligt andra och fjärde styckena är ogiltiga. **272, 275**

26 i § En avtalslicens som avses i 13, 26 d och 26 f §§ gäller för verksutnyttjande på visst sätt, när ett avtal har ingåtts om verksutnyttjande på sådant sätt med en organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän på området. Avtalslicensen ger användaren rätt att utnyttja verk av det slag som avses med avtalet trots att verkens upphovsmän inte företräds av organisationen.

För att ett verk skall få utnyttjas med stöd av 13 § krävs att avtalet med organisationen har ingåtts av någon som bedriver undervisningsverksamhet i organiserade former.

När ett verk utnyttjas med stöd av 26 d § har upphovsmannen rätt till ersättning.

När ett verk utnyttjas med stöd av 13 eller 26 f § tillämpas följande. De villkor i fråga om rätten att utnyttja verket som följer av avtalet gäller. Upphovsmannen skall i fråga om ersättning som lämnas enligt avtalet och förmåner från organisationen vilka väsentligen bekostas genom ersättningen vara likställd med de upphovsmän som organisationen företräder. Upphovsmannen har dock oavsett detta alltid rätt till ersättning som hänför sig till utnyttjandet, om han begär det inom tre år efter det år då verket utnyttjades. Krav på ersättning får riktas endast mot organisationen.

Gentemot den som använder ett verk med stöd av 26 f § får krav på ersättning göras gällande endast av de avtalsslutande organisationerna. Kraven skall framställas samtidigt.

229, 267, 343, 349

26 j § Om ett exemplar av ett konstverk som har överlåtits säljs vidare inom upphovsrättens giltighetstid av en näringsidkare i hans yrkesmässiga verksamhet, har upphovsmannen rätt till ersättning av säljaren. Upphovsmannen har rätt till ersättning även i annat fall, om försäljningen förmedlas av en näringsidkare i dennes yrkesmässiga verksamhet. I ett sådant fall skall ersättningen betalas av näringsidkaren. Ersättningen skall vara fem procent av försäljningspriset exklusive mervärdesskatt.

Upphovsmannen har dock inte rätt till ersättning,

1. om försäljningspriset exklusive mervärdesskatt inte överstiger en tjugondel av basbeloppet enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring,
2. om exemplaret av konstverket är ett alster av byggnadskonst eller
3. om exemplaret av konstverket är ett alster av brukskonst som har framställts i flera identiskt lika exemplar.

Rätten till ersättning är personlig och kan inte överlåtas. Efter upphovsmannens död är, utan hinder av 10 kap. 3 § första stycket äkten-

skapsbalken, föreskrifterna om bodelning, arv och testamente tillämpliga på rätten.

Endast organisation som företräder ett flertal svenska upphovsmän på området har rätt att kräva in ersättningen. Organisationen skall kräva in ersättningen och betala beloppet till den ersättningsberättigade, efter avdrag för skälig ersättning till organisationen för dess omkostnader. Om organisationen inte kräver den ersättningsskyldige på ersättningen inom tre år efter utgången av det kalenderår då försäljningen ägde rum, är fordringen preskriberad.

Den som är ersättningsskyldig skall på begäran av organisationen redovisa de ersättningsgrundande försäljningar som gjorts under de tre närmast föregående kalenderåren.

152 ff, 257, 349

27 § Upphovsrätt må, med den begränsning som följer av vad i 3 § sägs, helt eller delvis överlåtas. Överlåtelse av exemplar innefattar icke överlåtelse av upphovsrätt. I fråga om b eställd porträttbild äger upphovsmannen dock icke utöva sin rätt utan tillstånd av beställaren eller, efter dennes död, av hans efterlevande make och arvingar.

Beträffande överlåtelse av upphovsrätt i vissa särskilda avseenden föreskrivs i 30-40 §§. Dessa bestämmelser tillämpas dock endast i den mån ej annat avtalats.

291, 307, 310, 317, 322

28 § Om ej annat avtalats, äger den till vilken upphovsrätt överlåtits icke ändra verket samt ej heller överlåta rätten vidare. Ingår rätten i en rörelse, må den överlåtas i samband med överlåtelse av rörelsen eller del därav; överlåtaren svarar dock alltjämt för avtalets fullgörande.

277, 296 ff, 324, 334, 347, 354, 404

31 § Genom förlagsavtal överlåter upphovsmannen till förläggare rätt att genom tryck eller liknande förfarande mångfaldiga och utgiva litterärt eller konstnärligt verk.

Manuskript eller annat exemplar av verket, efter vilket detta skall återgivas, förblir i upphovsmannens ägo. **216, 250, 306, 309, 331**

32 § Förläggaren har rätt att utgiva en upplaga, vilken ej må överstiga av litterärt verk 2 000, av musikaliskt verk 1 000 och av konstverk 200 exemplar.

Med upplaga förstås vad förläggaren på en gång låter framställa.

332

33 § Förläggaren är pliktig att utgiva verket inom skälig tid, på sedvanligt sätt sörja för dess spridning samt fullfölja utgivningen i den omfattning som betingas av möjligheterna till avsättning och övriga omständigheter. Försummas det, äger upphovsmannen häva avtalet och därvid behålla uppburet honorar. Har upphovsmannen lidit skada, som ej täckes därav, skall den ock ersättas.
332

34 § Om verket icke är utgivet inom två år eller, såvitt angår musikaliskt verk, inom fyra år från det upphovsmannen avlämnat fullständigt manuskript eller annat exemplar som skall mångfaldigas, äger upphovsmannen, ändå att försummelse ej ligger förläggaren till last, häva avtalet och därvid behålla uppburet honorar. Samma lag vare, om verket är utgånget och förläggaren har rätt att utgiva ny upplaga men icke inom ett år efter det upphovsmannen hos honom begärt sådan utgivning utnyttjar sin rätt.
296, 332

35 § Förläggaren är skyldig att tillställa upphovsmannen intyg från tryckeriet eller den som eljest mångfaldigar verket om antalet framställda exemplar.

Har under räkenskapsår skett försäljning för vilken upphovsmannen har rätt till honorar, skall förläggaren inom nio månader efter årets slut tillställa honom redovisning, angivande försäljningen under året samt restupplagan vid årsskiftet. Även eljest äger upphovsmannen efter redovisningsfristens utgång på begäran erhålla uppgift om restupplagan vid årsskiftet.
333

36 § Påbörjas framställning av ny upplaga senare än ett år efter det föregående upplaga utgavs, skall upphovsmannen före framställningen erhålla tillfälle att göra sådana ändringar i verket, som kunna vidtagas utan oskälig kostnad och icke ändra verkets karaktär.
333

37 § Upphovsmannen har icke rätt att på nytt utgiva verket i den form och på det sätt som avses i avtalet, förrän den eller de upplagor som förläggaren äger utgiva blivit slutsålda.

Litterärt verk må dock sedan femton år förflutit efter det år, då utgivningen påbörjades, av upphovsmannen intagas i upplaga av hans samlade eller valda arbeten. **333**

39 § Överlåtelse av rätt till inspelning av litterärt eller konstnärligt verk på film omfattar rätt att genom filmen på biograf, i television eller annorledes göra verket tillgängligt för allmänheten samt att i filmen återgiva talade inslag i text eller översätta dem till annat språk. Vad sålunda stadgats gäller icke musikaliskt verk.
336

40 § Överlåtes rätt att utnyttja ett litterärt eller musikaliskt verk för film, som är avsedd för offentlig visning, är förvärvaren pliktig att inom skälig tid inspela filmverket och sörja för att det göres tillgängligt för allmänheten. Försummas det, äger upphovsmannen häva avtalet och därvid behålla uppburet honorar. Har upphovsmannen lidit skada, som ej täckes därav, skall den ock ersättas.

Om filmverket icke är inspelat inom fem år från det upphovsmannen fullgjort vad på honom ankommer, äger upphovsmannen, ändå att försummelse ej ligger förvärvaren till last, häva avtalet och därvid behålla uppburet honorar.
296, 337

44 a § Om ett verk inte har getts ut inom den tid som avses i 43 eller 44 §, har den som därefter för första gången ger ut eller offentliggör verket sådan rätt till verket som svarar mot de ekonomiska rättigheter som innefattas i upphovsrätten. Rätten gäller intill utgången av tjugofemte året efter det år då verket gavs ut eller offentliggjordes.
133

45 § En utövande konstnärs framförande av ett litterärt eller konstnärligt verk får inte utan hans samtycke
1. tas upp på en grammofonskiva, en film eller en annan anordning, genom vilken det kan återges, eller
2. sändas ut i ljudradio eller television eller genom direkt överföring göras tillgängligt för allmänheten.

Ett framförande som har tagits upp på en anordning som avses i första stycket 1 får inte utan konstnärens samtycke föras över från en sådan anordning till en annan eller göras tillgängligt för allmänheten förrän femtio år har förflutit efter det år då framförandet skedde eller, om upptagningen har getts ut eller offentliggjorts inom femtio år från framförandet, efter det år då upptagningen först gavs ut eller offentliggjordes.

Bestämmelserna i 3, 6-9, 11-13, 15, 16, 21, 22, 25-26 b, 26 e, 26 f, 27 och 28 §§, 39 § första meningen samt 41 och 42 §§ skall tillämpas i fråga om framföranden som avses i denna paragraf.

När ett exemplar av en upptagning enligt denna paragraf med den utövande konstnärens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet får exemplaret spridas vidare.

Fjärde stycket ger inte rätt att tillhandahålla allmänheten

1. exemplar av en upptagning genom uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar, eller
2. exemplar av en film eller annan anordning på vilken rörliga bilder tagits upp genom utlåning.

44, 344

46 § En grammofonskiva, en film eller en annan anordning på vilken ljud eller rörliga bilder har tagits upp får inte utan framställarens samtycke eftergöras eller göras tillgänglig för allmänheten förrän femtio år har förflutit efter det år då upptagningen gjordes eller, om upptagningen har getts ut eller offentliggjorts inom femtio år från upptagningen, efter det år då upptagningen först gavs ut eller offentliggjordes. Som eftergörande anses även att upptagningen förs över från en sådan anordning till en annan.

Bestämmelserna i 6-9 §§, 11 § andra stycket, 12, 13, 15, 16, 21, 22, 25 - 26 b och 26 e §§ skall tillämpas i fråga om upptagningar som avses i denna paragraf. Dessutom skall 26 f § tillämpas i fråga om andra upptagningar än sådana som avses i 47 §.

När ett exemplar av en upptagning enligt denna paragraf med framställarens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet får exemplaret spridas vidare.

Tredje stycket ger inte rätt att tillhandahålla allmänheten

1. exemplar av en upptagning genom uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar, eller
2. exemplar av en film eller annan anordning på vilken rörliga bilder tagits upp genom utlåning.

174, 217, 269 f, 290, 335, 344, 407

47 § Oavsett bestämmelserna i 45 § andra stycket och 46 § första stycket får ljudupptagningar användas vid en ljudradio- eller televisionsutsändning eller vid ett annat offentligt framförande. När så sker har framställaren samt de utövande konstnärer vars framförande finns på upptagningen rätt till ersättning. Om två eller flera konstnärer har samverkat vid framförandet, kan den rätt som tillkommer dem göras gällande endast av

dem gemensamt. Mot den som har använt anordningen skall konstnärer och framställare göra gällande sina krav samtidigt.

Vad som sägs i första stycket om ljudradio- och televisionsutsändning gäller också när en trådlös sådan utsändning samtidigt och oförändrat återutsänds (vidaresänds) till allmänheten trådlöst eller genom kabel. Gentemot den som vidaresänder får krav på ersättning göras gällande endast genom sådana organisationer som företräder ett flertal svenska utövande konstnärer eller framställare. Organisationerna skall framställa kraven samtidigt med de krav som avses i 26 i § femte stycket.

Bestämmelserna i 8 och 9 §§, 11 § andra stycket, 21, 22 och 25-26 a §§ skall tillämpas i de fall som avses i denna paragraf. Beträffande utövande konstnärers rätt skall också 27, 28, 41 och 42 §§ tillämpas.

Denna paragraf gäller inte ljudfilm.

350

48 § En ljudradio- eller televisionsutsändning får inte utan radio- eller televisionsföretagets samtycke

1. tas upp på en anordning, genom vilken den kan återges, eller
2. återutsändas eller återges för allmänheten på platser där allmänheten har tillträde mot inträdesavgift.

En utsändning som har tagits upp på en anordning som avses i första stycket 1 får inte utan radio- eller televisionsföretagets samtycke föras över från en sådan anordning till en annan förrän femtio år har förflutit efter det år då utsändningen ägde rum. Anordningarna får inte heller utan företagets samtycke spridas till allmänheten förrän samma tid har förflutit.

Bestämmelserna i 6-9 §§, 11 § andra stycket, 12, 15, 16, 21, 22, 25--26 b och 26 e §§ skall tillämpas i fråga om ljudradio- och televisionsutsändningar som avses i denna paragraf.

När ett exemplar av en upptagning enligt denna paragraf med företagets samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet får exemplaret spridas vidare.

Om ett radio- eller televisionsföretag har krav på ersättning för en sådan vidaresändning som avses i 26 f § och som har skett med företagets samtycke, skall företaget framställa sitt krav samtidigt med de krav som avses i 26 i § femte stycket.

217, 269 ff, 290, 344, 352, 356

49 § En katalog, en tabell eller ett annat dylikt arbete vari ett stort antal uppgifter har sammanställts får inte utan framställarens samtycke eftergöras förrän tio år har förflutit efter det år då arbetet gavs ut.

Bestämmelserna i 6-9 §§, 11 § andra stycket, 12 § första stycket, 13, 16-18, 22, 26-26 b och 26 e §§ skall tillämpas beträffande arbeten som avses i denna paragraf. Är ett sådant arbete eller en del av det föremål för upphovsrätt, får den också göras gällande.
44 f, 183 ff, 200, 407

49 a § Den som har framställt en fotografisk bild har uteslutande rätt att framställa exemplar av bilden och göra den tillgänglig för allmänheten. Rätten gäller oavsett om bilden används i ursprungligt eller ändrat skick och oavsett vilken teknik som utnyttjas.

Med fotografisk bild avses även en bild som har framställts genom ett förfarande som är jämförligt med fotografi.

Rätten enligt första stycket gäller till dess femtio år har förflutit efter det år då bilden framställdes.

Bestämmelserna i 2 § andra och tredje styckena, 3, 7-9 och 11 §§, 12 § första stycket, 13, 15, 16, 18-20 och 23 §§, 24 § första stycket, 25-26 b, 26 d - 26 f, 26 i - 28, 31-38, 41, 42 och 50-52 §§ skall tillämpas på bilder som avses i denna paragraf. Är en sådan bild föremål för upphovsrätt, får denna rätt också göras gällande.
37, 41, 44, 83, 97 ff, 105, 108 f, 114 f, 122, 157, 174, 183, 200, 344, 407

52 a § Om någon vill företa en vidaresändning genom kabel av verk som ingår i en trådlös ljudradio- eller televisionsutsändning och begär men inte på önskade villkor får avtal om detta hos en organisation som företräder svenska rättighetshavare eller hos ett radio- eller televisionsföretag som verkställer utsändningar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, har han på begäran rätt till förhandling med organisationen respektive företaget.

En förhandlingsskyldig part skall själv eller genom ombud inställa sig vid förhandlingssammanträde och, om det behövs, lägga fram ett motiverat förslag till lösning av den fråga som förhandlingen avser. Parterna kan gemensamt välja en annan form för förhandling än sammanträde.

Den som bryter mot bestämmelsen i andra stycket skall ersätta uppkommen skada. Vid bedömande av om och i vilken utsträckning skada har uppkommit för någon skall hänsyn tas även till dennes intresse av att bestämmelsen iakttas och till övriga omständigheter av annat än rent ekonomisk betydelse.
344

53 § Den som beträffande ett litterärt eller konstnärligt verk vidtar åtgärder, som innebär intrång i den till verket enligt 1 och 2 kap. knutna upphovsrätten eller som strider mot föreskrift enligt 41 § andra stycket eller mot 50 §, döms, om det sker uppsåtligen eller av grov oaktsamhet, till böter eller fängelse i högst två år.

Den som för sitt enskilda bruk kopierar ett datorprogram som är utgivet eller av vilket exemplar har överlåtits med upphovsmannens samtycke, skall inte dömas till ansvar, om förlagan för kopieringen inte används i näringsverksamhet eller offentlig verksamhet och han inte utnyttjar framställda exemplar av datorprogrammet för annat ändamål än sitt enskilda bruk.

Vad som sägs i första stycket gäller också, om någon till Sverige för spridning till allmänheten för in exemplar av verk, där exemplaret framställts utomlands under sådana omständigheter att en sådan framställning här skulle ha varit straffbar enligt vad som sägs i det stycket.
Den som har överträtt ett vitesförbud enligt 53 a § får inte dömas till ansvar för intrång som omfattas av förbudet.
För försök eller förberedelse till brott som avses i första och tredje styckena döms till ansvar enligt 23 kap. brottsbalken.
222

57 a § Den som i annat fall än som avses i 53 § säljer, hyr ut eller för försäljning, uthyrning eller annat förvärvssyfte innehar ett hjälpmedel som är avsett endast för att underlätta olovligt borttagande eller kr inggående av en anordning som anbringats för att skydda ett datorprogram mot olovlig exemplarframställning, döms till böter eller fängelse i högst sex månader.
374

SAKREGISTER

3D, 148, 217

ADAGP, 155, 346
ADB, 21, 33, 274, 358
ADONIS, 379
affisch, 239, 330, 333, 347, 398
affärsverksamhet, 222
AI, 118, 130
aktionskonst, 160, 193, 244, 428
aktiv åtgärd, 241
akvarell, 65, 122, 209 f
al fresco, 65, 209
al secco, 65
ALAI, 120
aleatorik, 69, 74 ff, 123 f, 160, 391 f
ALG 95, 368
algoritm, 117, 126, 131
allemansrätt, 10
allkonstverk, 187, 189
allmän plats utomhus, 200, 206, 217, 239, 261 ff, 268, 290, 406 f, 428
allmänhetsbegrepp, 240
alster, 30
amatörfotografi, 106
ambition (konstnärlig), 30, 103, 193 f, 213
analog teknik, 31
animation, 166, 173, 179 f, 418
animatör, 165
animerad film, 165 f, 171, 174, 180, 306, 337, 430
anordning, 236, 266, 269, 281
anslutningsavtal, 346, 361
anställningsförhållande, 12, 130, 209, 295, 300
antiken, 3
antikonst, 69, 74 ff
antologi, 57 f, 206, 293
apa, 51
arbetsminne, se primärminne
arkitektur, 66, 106, 146, 152, 385
arkiv, 205, 217, 344, 405, 406
Arkivet för ljud och bild, 231, 266
artefakt, 2
artist, 235
artotek, 254, 311
arv, 257
assemblage, 65
atomisering, 404
audiovisuellt verk, 32, 44, 58, 60, 64, 159 ff, 167, 171, 173 ff, 193, 205, 233, 244, 264 ff, 271, 289, 361, 411
Auktorrättskommittén (AK), 9
automatisk utlösning, 115
avantgardism, 396

avbildning, 4, 134, 177 f, 217, 258, 261, 331
avbildningsfunktion, 2, 83, 383
AV-bärare, 416
avfotografering, 216, 220, 270 f, 282, 287, 311
avgjutning, 65, 95, 204, 310
avpersonifiering, 387
avritning, 287, 311
avskrift, 225, 223
avtalsbrott, 367 f
avtalsformulär, 323
avtalsfrihet, 291, 300
avtalslicens, 12, 206, 228 ff, 233, 250, 255, 258, 265 ff, 291, 340, 362, 385, 409
avtalsobjekt, 291 ff, 400
avtalstolkning, 298 ff
avtalstyp, 292

badwill, 354
balett, 149 f
bandavgift, se kassettersättning
bandupptagning, 9, 214, 266, 346
Bauhaus, 135
BBS, 32, 239, 241, 273, 278, 366
bearbetning, 20, f, 29, 50, 54 ff, 61, 102, 106, 109, 115, 121, 125 f 157, 178, 187, 195 f, 358, 370, 378, 403, 429 f
begreppsjurisprudens, 389
begränsning (av inskränkning), 33, 407
Bernunionen, 23
besittning, 370
beskärning, 109, 347
beställarregel, se beställd fotografisk bild,
beställd bild, 317 ff
beställd fotografisk bild, 319 ff
beställd porträttbild, 317 ff, 322
bevarandefunktion, 383
bevarandesyfte, 95, 233
bevisbörda, 54, 363 f
bevisning, 132, 143, 266
bevisproblem, 264, 363
bibliotek, 205, 217 f, 229 ff, 254, 273 ff, 311, 344, 386, 406
biblioteksersättning, 16, 201, 209, 249 f, 254, 345
biblioteksvederlag, se biblioteksersättning
biförpliktelse, 297
bildband, 333
bildbehandlingsteknik, 116 ff
bildbyrå, 273, 312 f
bildhuggarkonst, 43, 133, 65
bildjuteri, 133
bildleveransavtal, 327
bildmontage, 298
bildskärmsdesign, 29, 270 f
bildskärmslayout, se bildskärmsdesign
biograf, 337
biograffilm, 339
BLF, 228, 292, 312, 338
BLF-avtalen, 292, 298, 312 f, 322, 353, 355
blindskrift, 406
blyertsteckning, 221
bok, 216, 230, 239, 243, 254, 347, 367, 398
boktryckarkonst, 4
BONO, 340
bonsaiträd, 51
BONUS, 340, 345, 350 f, 398
bruksanvisning, 70
bruksföremål, 3, 44, 78, 134 ff, 147, 210, 216 f, 219 f, 268 f, 328, 348

brukskonst, 8, 41, 52, 64, 67, 83, 134 ff, 152, 191 f, 210, 213, 216, 251, 253, 268 f, 289, 293, 311, 334, 361, 393, 396, 417, 420, 432
Bulletin Board Services, se BBS
BUS, 313, 330, 338, 340, 345, 381, 398, 422
byggnad, 42, 44, 205, 210, 216, 218, 253, 261, 268, 311, 405 f
byggnadskonst, 41, 43 134, 147 ff, 251, 213, 334
byggnadsverk, 42, 147 ff, 204, 216

CAD, 31, 98, 126, 145, 148, 151, 190
camera obscura, 7, 77
CAO, se förvaltningsorganisation
caractère artistique, 104
caractère documentaire, 104
cashcard, 381
CD, 32, 236
CD-ROM, 182, 273, 276, 280, 331 f
celestial jukebox, 280
celluloidband, 163
centralantenn, 268
cessio legis, 335
character merchandising, 328
cirkaprislista, 312
CISAC, 339 f, 377
citat, 48, 258 ff, 405
CITED, 379
clearinghouse, 372
CMI, 33, 377
Code Civil, 426
Collecting Administration, se kollektiv förvaltning
Collecting Society, se förvaltningsorganisation
Collective Administration Organization, se förvaltningsorganisation
Collective Management Organization, se förvaltningsorganisation
common-law, 24, 131, 155, 389, 396
Compact disk, se CD
Computer Aided Design, se CAD
computer-assisted work, 120
computer-generated work, 120
Computer-Supported Cooperatice Works, se CSCW
CONTU, 119, 285
COPICAT, 379
COPY-DAN, 230, 238, 340, 352
Copy-mart, 380
Copyright In Transmitted Electronic Documents, se CITED
Copyrigt Management Information, se CMI
Copy-sale, 379 f
COPYSWEDE, 340, 345, 351 f, 398
Corbis, 357
CSCW, 31, 121
cyberspace, 64, 146, 188 f

dadaism, 9, 72 ff, 109, 160, 166, 396, 414
dagshändelse, 206, 229, 260, 270, 405, 407
databas, 11, 15, 29, 42, 44, 58 f, 112, 126, 181 ff, 195, 273, 278, 281, 357, 371 f, 376, 381, 416 f
databashavare, 380

dator, 20, 116 ff, 145, 181, 188, 286
datorgrafik, 29, 116 ff
datorkonst, 69 f, 117, 191, 394
datorprogram, 15, 41, 68, 117 ff, 123, 170 ff, 188, 209, 233, 271, 275, 290, 335, 357, 366, 374, 412, 418
datorskärm, 281, 286 f
datorteknik, 44, 52, 102, 112, 209
degeneration, 324
dekoder, 373 ff
dekorationsmålning, 135
dekryptering, 380
densitet (verkets), 14, 243, 360, 428, 433
detaljreglering, 383
diabild, 347
diagram, 46
diapositiv, 244
digital bildanalys, 125
digital bildbehandling, 116 ff, 150
digital form, 21, 358, 428, 406
digital kopiering, 221, 412
digital marknad, 378 ff, 388
digital miljö, 145, 195, 286, 372, 403, 418 f
digital märkning, 377
digitalisering, 121, 181, 189, 194, 357, 369, 412, 430
digitalt nätverk, 1, 21, 170, 182, 189, 245, 265, 273 ff, 348, 376, 378
digitalteknik, 20 f, 45, 116 ff, 173, 188, 191, 236, 244, 273 ff, 293, 356 ff, 370, 388, 391 f, 417, 422, 433
digitalteknologi, 29
dikt, 198, 226
direkt exemplarframställning, 215, 403
direkt utnyttjande, 403
direktsändning, 38, 177
diskett, 32, 236 ff, 273
docka, 91
dogmatik, 196, 391
doktrin, 24, 27, 28
dokumentation, 9, 108, 414
domain publique payant, 201
dramatisk film, 164
dramatiskt verk, 72, 289, 336, 367
dripping painting, 74
droit de suite, se följdrätt
droit moral, se ideell rätt
droit voisin, se närstående rättighet
dräkt, 337
dröjsmål, 294, 314
dubbelexponering, 113
dubbelskapande, 78, 363
dubbelskapandekriterium, 52, 142, 364
dubbelt skydd, 83, 86, 105, 135, 324
dynamik (upphovsrättslagens), 19 f, 383, 410, 435
ECMS, 33, 379, 381, 388
editio princeps, 133
EES, 26
efemär upptagning, 177, 220, 267, 406
efterbildning, 3, 5, 8, 50, 102, 110, 143, 184, 204, 429
efterbildningsskydd, 53
efterfrågan, 401 ff
eftermarknad, 21, 158, 356
EG, 26
egen bild, 317
electronic delivery, 278

electronic publishing, 280
Electronic, Copyright Management Systems, se ECMS
elektronisk kopiering, 274
elektronisk motorväg, 372
enkel rätt, 293, 296, 299
enkelt utnyttjande, 402
ensamrätt, 203 ff, 414
ensamåterförsäljaravtal, 306 f
enskilt bruk, 200, 205, 218 f, 222 ff, 235 ff, 274 f, 334, 406, 411
enstaka exemplar, 205, 220, 239, 334, 350
enumerationsmetod, 43
erfarenehetsrön, 38
estetiskt värde, 68
etsning, 209
EU, 26
euklidisk geometri, 124
exemplarframställning
exemplarframställning, 203 ff, 214 ff, 273 ff, 429, 432 f
exemplarrätt, 242 ff
exklusiv rätt, 293, 296 f, 299, 333, 346
exklusivitet, 401 f
expertsystem, 118
expressionism, 9, 315
EÅ 93, 307

facklig organisation, 338
facklitteratur, 226, 230
Facksam, 292, 312
fair use, 49, 92 f, 178, 370, 404, 408
fakta, 39, 183, 186
fartyg, 147, 261
fel, 294, 316
figurkännetecken, 83
film, 263 ff, 163 ff, 171 ff, 337, 375, 395, 411
filmavtal, 292, 296, 335 ff
filmbild, 64, 97, 287
filmning, 45, 262
filmpresumtion, 164, 179
filmteknik, 134, 166, 190, 244, 415
filmverk, 41, 45, 60, 64, 88, 149, 162 ff, 175, 219, 240, 251, 270 f, 417
filter, 122
fingeravtryck, 125
fixering, 38, 66 f, 71 f, 97 f, 143, 174 ff, 191, 193 f, 198, 214, 240, 284, 286, 432
flasktorkare, 72, 221
flexskiva, se diskett
flödesschema, 46
fonogram 233 ff, 361, 366, 411, 416
fonogramproducent, 10
fonogramteknik, 415
fontän, 72
form (inre), 6, 72 f, 89, 209, 277, 404, 408
form (yttre), 6, 72 f, 89, 176
forskningsändamål, 233
fotoateljé, 319
fotografi, 77 f, 83, 94 ff, 156 f, 260 f, 263 ff, 385, 394, 420, 432
fotografisk bild, 8, 11, 37, 40, 44, 94 ff, 146, 157, 175, 249, 397
fotografiskt verk, 31, 41, 94 ff, 156, 173, 177, 417
fotografiteknik, 9, 11, 94 ff, 132, 215, 414
fotokonst, 100
fotokopiering, 8, 208 f, 212, 216, 218, 346, 350, 370 f, 379, 386, 411, 416

fotokopieringsavtal, 349
fotokopieringsteknik, 339
fotomontage, 109
foton, 193
fotorätt, 8, 41, 45, 80, 82, 94 ff, 159, 163, 174 f, 177, 394
fotostatkopiering, se fotokopiering
fotouppdrag, 312
fraktal, 124, 181
framförande, 32, 159, 199, 219, 240 ff, 245, 258, 266, 270, 286, 289, 403 ff, 428, 273
framförande, 435
franska revolutionen, 6
fri anslutning, 55 ff
fri rörlighet, 24
frihållning, 15, 205, 286, 288 f, 392
frimärke, 2, 63, 158
fris, 146
FST, 228, 246, 292, 309, 323, 333, 381
fullmaktsavtal, 306 f
funktion (upphovsrättslagens), 19 f, 383
funktion (verkets), 395
funktionalismen, 138
funktionellt verksbegrepp, 401
futurism, 160
färgkopiator, 218, 371
färgläggning, 125
färgskrivare, 218
färgsymfoni, 67
följdrätt s 11, 132, 152 ff, 212, 256 f, 346, 349, 404, 423
följdrättsersättning, 346
förberedelse, 334
förbud, 265 ff, 350, 352
förfalskning, 216
författare, 14, 150, 190, 235, 255 f, 385, 423
författarrätt, 42
förfoganderätt, 16, 195 ff, 403 ff
förlag, 3, 5, 21 f, 225, 293, 385, 356
förlagsavtal, 12, 216, 292, 296, 309
förlagsrätt, 299
förlikning, 38
förläggare, 313 f, 321, 357, 385 f
Förläggareföreningen, 274, 309, 354
förmedlingsfunktion, 2 f, 383
förmögenhetsrätt, 291
förpackningsutstyrsel, 2, 83
förpliktelse, 296, 332
försäljning, 239, 250
förvaltningsorganisation, 22, 33, 338 ff, 358, 362, 380, 385, 388
förvaltningsuppdrag, 346
förvärvssyfte, 219, 222 ff, 263
förvärvsverksamhet, 222, 263
förväxlingsrisk, 425

galleri, 65, 190, 203, 239, 359, 399
gallerist, 297, 359
galleriton, 122
garantifunktion, 84
generalklausul, 43, 426
gips, 65
glas, 66, 134 f
glasbruk, 213
god sed, 258 f
godwillskada, 353
goodwill, 81, 85, 87, 93 f, 214, 265, 318, 323 f, 419, 421 f, 424, 430, 435
goodwillskydd, 402, 426
grafik, 66, 154, 187

grafiskt blad, 108, 360
grammofonskiva, 232
gravvård, 63
gravyr, 65, 221
grottmålning, 2
grundfilosofi (upphovsrättens), 17
gränssnitt, 170, 188
gudabild, 2
gudstjänst, 229

handelsbruk, 24, 292, 321, 324, 401
happening, 160, 193
HDTV, 32, 278
helt sluten krets, 240
hjälm, 189
hologram, 134
home page, 287
honorar, 332
hotell, 352
huvudbidragsgivare, 387
huvudförpliktelse, 332
huvudmotiv, 262 f
hydraulik, 189
hårddisk, 273, 286, 288
hällristning, 2
hävning, 332
högtalare, 214
hörsägen, 198
hötorgskonst, 78, 306

idé, 6, 38 f, 71, 73, 82, 87 f, 95, 191, 193
ideell rätt, 3, 12, 15, 49, 67, 277, 291,, 298, 318, 347, 303, 353
identifikation, 372
identifikationssystem, 378
identitet (verkets), 378
IFRRO, 339 f
illojal konkurrens, 81, 92, 135, 396, 404
illustration, 2, 230, 258 f, 308, 314, 333, 347
illustratör, 255 f, 309
imagetransfer, 325, 430
imaginär bild, 6
Immaterialgütertheorie, 6
immaterialisering, 211, 215, 289, 293, 432
immaterialitet, 134
impressionism, 9, 68, 414
IMPRIMATUR, 379
improvisation, 177
inarbetning, 83 ff, 90
indirekt exemplarframställning, 215
individualiseringsmedel, 83 ff
individualitet, 5, 30, 51, 54, 57, 74, 103, 191, 391 f, 394
industrialismen, 135
industridesign, 213
industriellt rättsskydd, 15
informationssamhälle, 18 f, 410
information, 259, 418 f
informationsfrihet, 413
informationsintresse, 405
informationssökning, 231
informationsteknologi, se IT
inkomstbortfall, 235
inkunabel, 4
inmatning, 187
inskränkning, 33, 200, 205 ff, 218 ff, 257 ff, 287, 369, 383, 405 ff, 414, 430, 432, 434
inspelning, 216, 347 f, 352
inspiration, 429
installation, 160
institutionell exemplarframställning, 206, 209, 218, 224 ff
intarsia, 65 f, 209

interaktivitet, 173, 187, 279
interface, se gränssnitt
interiör, 178
interiörbild, 365
International Standard Audiovisual Number, se ISAN
International Standard Picture Number , se ISPN
International Standard Work Code, se ISWC
International Standard Book Number, se ISBN-nummer
Internet, 278, 348
intersubjektivitet, 291
interurban utlåning, 231
intrångsgaranti, 399
investering, 421 f
ISAN, 377
ISBN-nummer, 376
ISPN, 377
ISRC, 376
ISWC, 377
IT, 1, 21, 273 f, 381, 405, 410, 412
iteration, 124

jazzmusik, 339
journalfilm, 164
JPEG, 277
julkort, 301
jämförelseobjekt, 55, 59, 92, 143
jämkning, 295, 300

kabel, 351
kabelnät, 170, 266, 268, 278
kabeloperatör, 352
kabelsändning, 29, 199
Kalle Anka, 88, 326
kamera, 119, 284
kameraman, 164 ff,ø169, 174, 177, 260, 270 f, 337
kameraövervakning, 125
kartong, 210, 308
kassettersättning ,16, 209, 234 ff, 361, 415
kassettskatt, 235, 409
kasusistisk lagskrivning, 43
katalog, 81, 184 ff, 347
kataloghöjd, 184
katalogskydd, 148, 184 ff, 393
kategori, 12, 14, 31, 41, 63, 190 ff, 268, 272, 383, 39, 4074, 417 ff, 434 f
kategoribyte, 45, 134, 144 f, 179, 193, 267, 271, 289, 293
keramik, 66, 134
KIF, 246, 338, 348
kinetisk konst, 159
kitsch, 78
klassuppsättning, 226
kliché, 214
klippare, 165
KLYS, 255, 342
kläder, 145
kollage, 57 f, 65, 112
kollektiv förvaltning, 21, 33, 200, 358 f, 361 f, 370, 373, 376, 338 ff, 388
kollektivavtal, 130
kolonnad, 146
kolorering, 210
kombinerat utnyttjande, 111 f, 122, 418
kommission, 306 ff
kommunikationsfunktion, 383
kommunikationsmedel, 2
kommunikationssyfte, 95
komplettering, 232 f
kompositör, 335, 235, 423
kompression, 181, 373
konceptkonst, 10, 71 ff, 77, 191 ff, 277, 398

konkludent handlande, 308
konkretism, 9
konkurrensklausul, 301 f
konstbok, 330, 333
konstförlag, 302, 330
konsthandlare, 297
konsthantverk, 43, 66, 134 ff, 249
konstindustri, 43, 134 ff
konstnär, 239, 384, 399
konstnärlig verkan, 194
konstnärligt eller vetenskapligt värde, 101, 107 f
konstnärligt förfarande, 4, 193, 219 ff, 225, 427
konstnärslön, 10
konstnärsnamn, 325
konstnärsrätt, 7, 14, 42, 310, 426 f, 330, 433 f
konstverk, 157, 205, 216, 220, 258, 262, 264 f, 407, 428
konstvävnad, 66, 209 210
konsument, 425
konsumentvara, 306
konsumtion, 203, 219, 249, 251 ff, 289 f, 306, 433
kontinuitetsprincipen, 55, 397
kontroll (av utnyttjande), 2, 4, 20 ff, 33, 153, 228, 233 f, 237, 264, 277, 339, 358 f, 360, 369 ff, 372, 384, 413, 432
konvergens, 412
kopiator, 225 ff, 273, 335, 350
kopieringsspärr, 373
KOPINOR, 230, 238, 340, 350, 352
kopparstick, 8, 65, 211, 330
koreografi, 12
kortfilm, 164
kreditinstitut, 380
kritisk eller vetenskaplig framställning, 206, 258 f, 260
KRO, 228, 246, 292, 308, 311, 317, 338, 342, 345, 347
kryptering, 373 ff
kubism, 9
kuliss, 64, 150 f, 306
kunskapssamhälle, 410
kurslitteratur, 350
KUVASTO, 247, 340
källkodning, 373
kännetecken, 2, 61, 81, 83 ff, 90, 93 f, 326, 354, 421, 424
kännetecknsrätt, 90, 92, 296, 324 ff, 327, 409, 425
känslighet (bildens), 13 f, , 56, 88, 194, 198, 360, 361, 371, 383, 427, 429 f, 432, 434
köpeavtal, 314
köplagen, 294, 315
köprätt, 306

lagerhållning, 388
lagmotiv, 24 f, 38 ff
lagring, 11, 20 f, 181, 187
landskapsarkitektur, 134, 147 ff
Lanham Act, 426
Laufbilder, 162
layout, 42, 80 ff, 193
leasing, 311
legalitetsprincip, 241
legitimt intresse, 218, 227, 408
Leistungsschutzrecht, 99
leksaksfigur, 91 145
Lex Hogarth, 4
Lichtbild, 99
linoleumsnitt, 330
litografi, 8, 65, 209, 211, 306, 330
litteratur, 3, 10
Litteraturfrämjandet, 333

litterär figur, 91
litterärt verk, 21, 45 f, 71, 164, 173, 183, 198, 206, 218, 223, 243, 252, 272, 331 336 f
livebild, 175, 177, 193, 284
liveframförande, 169
livesändning, 174 f
ljud, 6, 21, 60, 160 f, 171, 183, 187 f, 235, 238, 269, 412, 417
ljudband, 232
ljudbildband, 58, 162, 177, 243
ljudsättare, 169
ljus, 6, 97 f, 103, 149, 160, 193
ljussättning, 64, 149, 150f, 169, 174, 337, 361
lojalitetsplikt, 297
look and feel, 172
look-alike, 329
luminism, 149, 361
läroanstalt, 223
läsapparat, 233
lös egendom, 294

magnetband, 21, 181, 215
manér, 40, 54, 56, 74, 89, 93 f, 110, 193, 315, 401, 422, 424 f, 429, 430
manusförfattare, 335
manuskript, 3 f, 309
marginalintäkt, 224
marketeriarbete, 65
marknad, 18, 221, 268, 370, 434 f
marknadsföring, 90, 94, 318, 328, 388, 422 f
marknadsföringsrätt, 318, 327, 396, 409, 425
marknadsjämvikt, 401 ff
marknadsplats, 378 ff, 435
maskot, 327
massutnyttjande, 15, 339, 345
master, 309
materialbehandling, 143
materialisering, 197 f, 289, 360
materialitet (bildens), 13 f, 42, 146, 194, 220, 243, 253, 273, 281, 289, 290, 305, 358, 360, 383, 415, 427, 432 ff, 436
mecenat, 314
medaljkonst, 66, 133
medelbart exemplar, 215
medeltiden, 3, 356
medgärningsmannaskap, 334
medieinnehåll, 30
mekansisk musik, 435
mellanman, 307
merchandising, 89, 203, 297, 325, 330, 353, 423
mervärde, 422
metakonst, 73 ff, 398
Méta-matic, 75 f, 132
MFL, 318, 425 f
mikrofilm, 98, 273
miljö, 56, 89, 429
mim, 169
mimesisteorin, 2, 5
mindre betydelse, 264
minimalism, 69, 76 f, 398
minimipris, 156 f, 159, 404
mobil, 75, 159 ff
modell, 214
modellavtal, 339
modellering, 65
monokrom, 76, 310
monopolrätt, 24, 86, 200
montagearbete, 165
morfing, 122 f, 180, 377
mosaik, 66, 209
motiv, 95, 97, 193
MPEG 2, 377
multimedia, 11, 187 ff, 245, 272, 357, 358, 417

multimediesamhälle, 412
museum, 65, 71, 190, 233, 239, 246, 260, 369
musik, 3, 68, 169, 198, 236, 243, 340, 361, 430, 435
musikaliskt verk, 21, 41, 183, 206, 218, 223, 240, 243, 252, 289, 331, 337, 415
musiker, 235
musikförlag, 225
Musse Pigg, 326
mutator, 124
mynt, 158
målarkonst, 43, 66, 133
målning, 111, 115, 154, 214, 218, 369
mångfaldigande, 96, 204, 216 f, 250 f
mängd (utnyttjandets), 197, 289, 360, 428
människokropp, 126, 190, 421
märkning, 403
möbler, 134 ff, 146
mönsterskydd, 134, 138
mörkrumsarbete, 114, 165, 273

namn och bild i reklam, 317, 327, 409
NARCISSE, 379
Narrenfreiheit, 48
naturrätt, 6, 9, 389
natursceneri, 163 f
negativ rätt, 199 f, 370
negativ, 98, 309 f
nonfigurativ konst, 9, 315
normalformulär, 297
normalt utnyttjande, 227, 408
NORWACO, 340, 352
noter, 218, 331
NUK, 208
nyhet, 51, 54, 56
nyhetsförmedling, 405
nyttokonst, 66, 240
nyttosyfte, 66, 79
näringsidkare, 303, 319
näringsverksamhet, 218 f, 222 ff, 235
näringsverksamhet, 219
närstående rätt, 31, 44, 150, 174, 200, 207, 209, 256, 269 ff, 393, 407, 414 f

obehörig vinst, 323 f, 423
obeständigt medium, 244
objektiv nyhet, 53, 131
objektlära, 404
objet fantôme, 72, 198
objet trouvé, 73, 191, 392
obligatorisk bundenhet, 367
OCR, 31, 125
offentlig verksamhet, 222
offentliggörande, 238 ff, 264, 312, 359, 428
offentlighetsbegrepp, 239 ff
offset, 8, 65
offsetplåt, 98, 309
oförändrad återgivning, 209 ff, 276 f, 297, 430
oljemålning, 221, 65, 108, 209
omedelbart exemplar, 215
omedveten efterbildning, 363
omsättningskrets, 84 f
on-demand-publishing, 373
one stop shop, 372
on-line, 280, 283, 285, 416
opera, 162, 243
op-konst, 10, 159
Optical Character Recognition (se OCR)
original, 1, 3, 15, 152, 156 ff, 159, 211 ff, 215, 217, 220 f,

223, 249, 253, 277, 294, 306 ff, 360, 403, 410, 423, 427, 431 ff
originalexemplar, se original
originalgrafik, 211 f, 333
originalitet, 35, 51 f, 54, 61, 96, 111, 116, 139, 159, 184, 192, 360, 394, 398, 401 f
orkester, 225
ornament, 67, 146
oskäligt avtal, 300 ff
otillbörlig efterbildning, 140

panda, 327
paradox, 263
paraply, 328
parodi, 47 ff, 57, 92 f, 404
partiell upplåtelse, 295
paternitetsrätt, 54, 277, 353, 376
pay-per-view, 373
persondator, 127, 182, 280, 357
personlighet, 92, 318
personlighetsrätt, 317 f, 400
piratdekoder, 374 ff
piratkopiering, 251, 363, 366, 371, 422
pixel, 117, 121, 276
plagiat, 73, 365, 371
plast, 9, 65
plastisk framställning, 133
plastisk återgivning, 261
plastkort, 380
pliktexemplar, 179
popkonst, 74
pornografi, 63
porslin, 134 f
porslinsbruk, 213, 299
porträtt, 2, 314, 325, 292
positiv rätt, 199 f, 370
postindustriellt samhälle, 15
postsortering, 125
praxis, 24, 26, 29
preexistent verk, 322, 325
prenumeration, 348
pressfotografi, 100
primär rättighet, 293 f, 296, 359
primärminne, 32, 281 ff, 287
primärsyfte (med utnyttjande), 365
primärt utnyttjande, 330, 371
prioritetsskydd, 53
prissättning, 388
privatperson, 321
privilegiesystem, 4, 6 f,
producent, 169, 269 ff, 293
producenträtt, 174, 269, 335, 351, 415
programmerare, 392
projektion, 149 f, 163, 244
prydnadsfunktion, 135
Präsentationstheorie, 70
pussel, 328
påverkansmedel, 2

radio, 8, 199, 214, 228 f, 236 f
radioföretag, 10, 237, 266, 293
radiokanal, 280
radioprogram, 225
radiosändning, 204, 252, 266 ff, 375
radioteknik, 339, 415
radiovågor, 21, 170
RAM-minne, se primärminne
Read Only, Memory, se ROM
ready-made, 72, 77, 191 f, 430
redigiering, 165
regi, 12
regissör, 150, 165, 169, 174, 190, 335
registrering, 83, 86, 325
reklamalster, 60 f, 64, 77 ff , 100, 111, 134, 191 f, 306, 311,

322, 323, 353, 393 f, 396, 420 f, 425
reklamfunktion, 85
reklamföremål, 354
reklamkampanj, 422
reklamsyfte, 347
reklamuppdrag, 322 ff
rekvisita, 151
relativitetsteori, 224
relief, 66, 133
relik, 71, 193
ren inskränkning, 233
renommé, 85, 93, 306, 353, 396, 402, 410, 422, 424
renommésnyltning, 426
reportagefotografi, 100
reproduktion, 152, 212
reprografiskt förfarande, 32, 217, 229, 232 f, 257, 275, 406
reprografiteknik, 8, 11, 218
respekträtt, 354
retuschering, 100, 121 f, 298
RF, 17, 199, 384
riskfördelning, 297
risktagande, 301
ritning, 46, 98, 148, 190, 214
robotteknik, 125
rockvideo, 167
Rom, 3
ROM, 32
roman, 45
romantiken, 5
romersk rätt, 4 f,
royalty, 378, 423
rättsdogmatik, 24 f
rättskällelära, 24 f
rättsrealism, 9, 28, 389, 391
rättssäkerhet, 408
röntgen, 2 98
rörelse, 42
rörliga bilder, 44, 88, 168, 174, 183, 176, 235, 269, 335, 377, 407

saklega, 246
sakuppgift, 193
samarbete, 127
samhällsintresse, 18
samhällsutveckling, 383
samlingsverk, 57, 59, 64, 183 f, 344
sammanställning, 44, 50, 57, 59, 82, 182 ff, 275
sammanställningsfunktion, 58
sampling, 180, 430
samtidighet (bildens), 13 f, 159, 194, 243, 289, 383, 427 ff
sanktion, 199, 409
satellit, 29, 278 f, 351
satellitbild, 125, 115
scanner, 20, 31, 112, 121, 146, 273, 419
scendekor, 37, 210, 361, 337
sceniskt verk, 41, 151
scenografi, 150 f, 190, 365
SCMS, 373
sedel, 63
sedvänja, 158, 323 f, 395, 401
sekundär rättighet, 293 f, 296, 387
sekundäranvändning, 346
sekundärminne, 274, 281
sekundärt utnyttjande, 134, 327, 330, 338 ff, 346, 370, 373, 398
sensor, 189
seriefigur, 87 ff, 179, 329, 395
SFF, 228, 246, 292, 323, 338, 348, 381
siffror, 183
signatur, 212 f, 330
silk screen, 77

simulator, 190
sjukhus, 267
sjukvård, 344
självständighet, 35, 51 f, 54, 56, 58, 213
skadestånd, 199, 332
skadeståndsskyldighet, 369
skapande, 20 f, 35 ff, 50, 69, 103
skapandefrihet, 300, 315 f
skiljedom, 249
skiljenämnd, 205
skiss, 38, 157, 210, 214, 309
SKM, 330, 347 f
skolböcker, 225
skolkopiering, 349
skrivbyrå, 335
skrivkonst, 2
skrivmaskin, 119, 129
skulptur, 3, 8, 45, 64, 66, 133 ff, 145, 154, 193, 206, 214, 216 f, 219 f, 239, 261, 290, 313, 427
skvader, 123
skyddsintresse, 218
skyddsomfång, 60 f, 102, 192, 395, 397, 403
skyddspresumtion, 26, 367, 397 f
skyddsregeln, 60, 110
skådespel, 243
skådespelare, 151, 180, 190
skärmbild, 170 ff
slips, 328
slitage, 232
slogan, 81
slumpmässighet, se aleatorik
slumptalsgenerator, 123, 127 f, 173
slumpvandring, 124
slutanvändare, 21, 358, 388
slutna sällskap, 222 ff,
smartcard, 380
smide, 134
småmynt, 70, 399
snigel, 51
sound, 430
SPADEM, 155, 346
specifikationsprincipen, 299, 310, 322, 360
spegel, 109, 282
spegelbild, 287
spelprogram, 127, 170 ff, 190, 245, 418
spontanism, 74
sporttävling, 163
spridning, 32, 199, 205 f, 239, 243, 250 ff, 259, 371, 381, 433
SR, 175, 266, 341
SRAO, 348
standardavtal, 27, 292, 297, 302, 331, 333, 387, 398, 401
Statens konstmuseer, se SKM
statistische Einmaligkeit, 70
Statute of Anne, 4
stildrag, 40, 94, 110, 430
stillbild, 97, 159, 162, 168, 173
STIM, 346
stordator, 182
straffansvar, 334
straffrätt, 318
studieändamål, 222
Stålmannen, 88, 91, 144
stöld, 232
större sluten krets, 240, 242
subjektiv nyhet, 53, 103
subliminal perception, 197
superrealism, 76 f
surrealism, 72
svartvitt, 210
Svensk Forms Opinionsnämnd, 137 ff
Svenska Reklamfotografer, 292, 323

Sveriges Bildkonstnärsfond, 246
Sveriges Författarfond, 255
Sveriges Reklamförbund, 323, 348
SVT, 302, 348, 352 f
syfte (avtalets), 354, 297
syfte (bildens), 383
syfte (dubbelt), 113, 134
syfte (ekonomiskt), 420
syfte (funktionellt), 191, 395, 420
syfte (kommersiellt) , 318, 323, 325
syfte (konstnärligt), 2, 30, 41, 45 ff, 66, 73, 77, 96, 103, 105 f, 129, 140, 191, 194, 213, 420 ff
syfte (med exemplarframställning), 370
syfte (pedagogiskt), 96
syfte (praktiskt), 80 , 106 syfte (politiskt), 347
syfte (religiöst), 347
syfte (upphovsrättens), 17, 20
syfte (vetenskapligt), 95, 259
symbol, 83
symbolfunktion, 2, 83 f, 323, 327 f, 383
symbolibliotek, 148
säkerhetskopia, 274 f, 418
säkerhetsåtgärder, 199
sändning, 199, 214, 348
sändningsrätt, 204, 207, 266 f
särskiljningsförmåga, 84, 324
sökmotor, 182, 272

TA, 274
talbok, 344, 406
tangible medium, 284
tatuering, 2, 63, 377
teater, 3, 149 f, 162, 243, 313
tecknad film, se animerad film
tecknad serie, 87 ff, 193, 430
teckning, 43, 65 f, 108, 110, 122, 133, 154, 169, 204 261, 276
teknikberoende, 435
teknisk bärare, 217
telefax, 279, 415
telefoni, 415
telefonkort, 158, 381
telenät, 21, 182, 278, 376
teleologisk lagtolkning, 391
tempera, 65
TEOSTO, 238
terminal, 187, 273
testamente, 257
text, 21, 41, 80 ff, 218, 258, 314, 350, 361, 412, 415 ff
textilmönster, 125, 141, 144, 145, 183, 187
textur, 121
TF, 318
tid, 197, 243, 289, 360, 406, 429
tidsdimension, 32
tidsförskjuten visning, 267, 344, 406
tidskrift, 230, 239
tillgängliggörande för allmänheten, 32, 203, 238 ff, 258, 281, 287 ff, 406
tillträdesrätt, 359, 432 f
tillämpad konst, 66, 79, 134
titel, 86
toner, 42
total överlåtelse, 295
TR, 348
trafikkontroll, 115
travesti, 47
tredje man, 363 ff
TRIPs, 23
tryck, 204, 331
trycksats, 214, 230, 347
tryckteknik, 330

trädgårdsarkitektur, 147, 261
träsnitt, se xylografi
TU, 292, 312
tumregel, 300
tuschteckning, 221
TV, 8, 12, 15, 38, 43, 64, 169 ff, 199, 214, 228 f, 236 f, 243, 245, 263 f, 415
TV-bild, 415
TV-format, 193
TV-företag, 10, 237, 266, 293
TV-program, 60, 169 ff, 225, 235, 265
TV-sändning, 2, 204, 218, 251, 265 ff, 375
TV-teknik, 11, 176, 339, 370, 412
TV-verk, 162, 169 ff, 417
tvångslicens, 205 f, 343, 345, 347, 362
tvåvägskommunikation, 279, 415
tygtryck, 66, 209
tärning, 124

ultrarött ljus, 98
ultraviolett strålning, 98
undermedveten efterbildning, 363
undervisningskopiering, 349, 360
undervisningsverksamhet, 203, 208, 217, 226 ff, 258, 266 f, 267, 275, 343
UNESCO, 234
unikumprincip, 364
universalitet, 412
uppdrag, 353
uppdragsavtal, 292, 294, 313 ff, 327, 353
uppfinningshöjd, 50
upphovsman, 73, 78
Upphovsrättsutredningen (UU), 11
upplysningen, 4
upplåtelse, 291, 294 ff
uppsåt, 334
upptagning, 32, 175, 207, 217, 257, 265, 269, 271, 407
UR, 348, 352 f
ursprungsangivelsefunktion, 84
utdrag, 185 f, 285, 372
uteslutanderätt, se ensamrätt
utgivare, 293
utgivning, 203, 252, 360, 239, 250 ff
uthyrningsavtal, 311 f
utkast, 38
utlåning, 239, 250, 250 f, 253 ff
utlåningsavtal, 311 f
utlåningsersättning, 255 ff, 433
utomstående, 219, 406
utsmyckningsuppdrag, 316, 353
utsträckt generellt tillstånd, se avtalslicens
utställning, 239, 258, 261, 279, 405
utställningsersättning, 15 f, 245 f
utställningskatalog, 324
utövande konstnär, 174, 180, 237

varaktighet, 194
varuslag, 324
varuutstyrsel, 83
vattenmärkning, 377
VECTU, 292, 312
verklighetsavbildning, 106
verksbegrepp, 35 ff, 399 ff, 409, 413, 434
verkshöjd, 23, 30, 49 ff, 52, 57, 59, 102, 111, 114, 116, 139,

142, 158, 174, 184, 197, 213, 289, 367, 394, 398 f, 409, 428
verkstyp, 31
vetenskap, 181
VG BILD/KUNST, 155, 346
vidaresändning, 199, 266, 343, 352
vidareutnyttjande, 278, 358, 370, 419, 430, 432
vidareöverlåtelse, 251, 296 f
video on demand, 280
video, 11, 43, 166 ff, 187
videografiskt verk, 167, 271, 417
videogram, 32, 44, 97, 162, 166 ff, 177 ff, 188 218, 217, 225, 232, 233 ff, 252, 254, 337, 350, 366, 375, 415
videogrampresumtion, 167 f
videogramteknik, 339, 370, 415 f
videokonst, 157, 160, 166, 193, 271, 335, 428
vilseledande efterbildning, 425
WIPO, 120, 162, 234, 376
visning, 32, 96, 197, 199, 205 f, 219, 239, 242 ff, 249, 257 f, , 264 f, 281 ff, 347, 360, 403 ff, 428 f
visningsersättning, 16, 201, 245 ff, 409, 433
visningsrätt, se visning
visualitet (bildens), 13, 194, 383, 427, 433
works made for hire, 130
VR, 146, 148, 188 f, 245
vykort, 239, 260, 262 f, 330, 333, 347, 365, 398
väggmålning, 424
vägmärke, 42, 63
Världsnaturfonden, 327

xylografi, 65, 221, 330

yttrandefrihet, 405

Zweckübertragungstheorie, 298

återanvändning, 185 f, 372
återgivning, 217
återutsändning, se vidaresändning

äganderätt, 5, 308 ff
äganderättsövergång, 308
ämne, 38
ändamålsenlighet (upphovsrättslagens), 19 f, 290, 383, 409

ömsesidighetsavtal, 346
överföring, 20 f
överlåtelse (av exemplar), 244
överlåtelse (av rätt), 291, 294 ff, 433

PERSONREGISTER

Bergström, Svante, 199, 215, 245, 338, 341, 364
Bernadotte, Prins Eugen, 39
Bernitz, Ulf, 142
Beuys, Josef, 68, 71, 160
Blomqvist, Jørgen, 114 f
Boberg, Ferdinand, 365
Calder, Alexander, 160
Christo, 68, 313
Cohen, Harold, 118, 132
Courbet, Gustave, 68
Daguerre, Louis, Jaques, Mandé, 7
Dalí, Salvador, 85, 328
Daumier, Honoré, 68
Disney, Walt, 165, 326
Dreier, Thomas, 387
Duchamp, Marcel, 72 f 74, 160, 166, 221, 430
Dürer, Albrecht, 4
Eberstein, Gösta, 99 ff, 326, 391, 424
Eriksen, Edvard, 261
Eriksson, Leif, 260 f
Erskine, Ralph, 147
Fichte, Gottlieb, 5
Fontana, Lucio, 69, 76, 310
Gates, Bill, 357
Gilbert & George, 160
Goldbaum, Wenzel, 298
Goldoni, Carlo, 37, 365
Goya, Francisco de, 68
Haacke, Hans, 160
Halén, Torsten, 143
Hand, Learned, 90
Hartmann, Victor, 395
Hedberg, Tor, 136
Heizer, Michael, 69
Helldén, David, 147
Jacobsen, Hartvig, 299
Julia, Gaston, 124
Kandinsky, Wassily, 9
Kant, Immanuel, 5
Karnell, Gunnar, 36, 40, 47, 55, 59, 140 ff, 167, 169, 178, 284, 358, 387, 390, 431
Kienholz, Edward, 160
Kitagawa, Zentario, 379
Klein, Yves, 68, 76, 310
Knoph, Ragnar, 39, 323
Knutsson, Anders, 142
Kohler, Josef, 6, 53, 67, 95, 389
Koktvedgaard, Mogens, 39, 192, 404
Kooning, Willem de, 72
Koons, Jeff, 78
Kummer, Max, 69 f, 393
Levin, Marianne, 39, 192
Ljungman, Seve, 46, 364, 392
Locke, John, 4
Lumière, Auguste och Louis, 7

Lund, Torben, 9, 22, 39, 66 ff, 79, 95, 147, 199, 216, 295, 333, 396
Løchen, Torvald, 109, 284
Lögdberg, Åke, 46, 101, 108, 165 f
Magritte, René, 310, 328
Malewitj, Kasimir, 74
Mandelbrot, Benoit, 124
Maria, Walter de, 69
Mathsson, Bruno, 139
Miró, Joan, 328
Moholy-Nagy, Lazlo, 149
Mondrian, Piet, 74, 94, 328, 422
Monroe, Marilyn, 77
Munch, Edvard, 429
Musorgskij, Modest, 395
Nemes, Endre, 108
Oldenburg, Claes, 429
Olsson, Eric H, 159
Olsson, Henry, 88, 210, 270, 331, 395
Peczenik, Alexander, 409
Platon, 2 f, 5, 149
Pollock, Jackson, 74 f
Rauschenberg, Robert, 72
Ray, Man, 72, 160
Rosén, Jan, 40, 47 f, 59, 204
Ross, Alf, 9
Soto, Jesus Raphael, 160
Strömholm, Stig, 311, 315, 363, 400
Svanberg, Max Walter, 260
Taube, Evert, 110
Tegnér, Esaias, 54
Tinguely, Jean, 75, 132, 161
Turner, William, 68
Uggla, Claës, 141, 143
Ultvedt, Per-Olof, 160
Wagner, Richard, 187
Warhol, Andy, 74, 77, 79
Vasarely, Victor, 160
Vilks, Lars, 43
Wolgers, Beppe (Bertil), 402