

Länkning och ideell rätt; hur bör 3 § upphovsrättslagen tolkas?

av Tobias Kempas

Upphovsmannens rätt att bli namngiven i samband med sitt verk kan enligt 3 § URL utövas bl.a. när verket görs tillgängligt för allmänheten. Bestämmelsen anger också att verket inte får göras tillgängligt för allmänheten i sådant sammanhang som är på visst sätt kränkande för upphovsmannen. Samtidigt följer det av EU-domstolens rättspraxis, att ett verk under vissa förutsättningar inte görs tillgängligt för allmänheten genom att någon länkar till verket på internet. Innebär detta att upphovsmannen, i sådana situationer, inte kan utöva sagda ideella rättigheter? Hur bör begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” tolkas, såsom det används i 3 § URL? I artikeln analyseras frågan av advokat Tobias Kempas¹, med särskilt fokus på s.k. integrerande länkning.

1. Bakgrund

Vår svenska upphovsrättslag (1960:729), URL, har över tid anpassats till innehållet i en rad EU-direktiv, t.ex. infosoc-direktivet², det civilrättsliga sanktionsdirektivet³ och skyddstidsdirektivet⁴. EU-

¹ Advokatfirman Vinge KB, Stockholm.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter.

domstolens tolkning av direktiven gäller framför svensk lag och svenska domstolars prejudikat. EU-domstolens avgöranden brukar också få relativt stor uppmärksamhet. Det gäller inte minst de avgöranden som angår upphovsrättens tillämpning i den digitala miljön.

Det har eventuellt inte undgått läsaren, att EU-domstolen de senaste åren har meddelat ett antal avgöranden som (delvis) klargör under vilka förutsättningar det kan vara tillåtet att, utan uttryckligt tillstånd från upphovsmannen eller dennes rättighetshavare, länka till upphovsrättsligt skyddade alster på internet. EU-domstolens tolkning av artikel 3.1 i infoc-direktivet, i synnerhet begreppet ”överföring till allmänheten”, har härvid haft särskilt stor betydelse.⁵ Avgörandena i Svensson och BestWater klargör bl.a. att upphovsmannens ensamrätt att göra sitt verk tillgängligt för allmänheten inte kränks genom att någon länkar till verket, förutsatt att verket är fritt tillgängligt på den webbplats där det ursprungligen har publicerats. Länkningen till verket innebär nämligen, i ett sådant fall, inte någon överföring ”till allmänheten” enligt artikel 3.1 i infoc-direktivet och därmed inte heller enligt 2 § 3 st. URL. Anledningen är att verket, enligt EU-domstolens uppfattning, då inte överförs till en ”ny publik”, dvs. en publik som upphovsmannen inte beaktade när han lämnade sitt tillstånd till den ursprungliga publiceringen.⁶ När ett verk görs allmänt tillgängligt på en webbplats och allmänhetens möjlighet att ta del av verket inte är begränsad (t.ex. genom en betalvägg eller teknisk kryptering) får upphovsmannen alltså finna sig i att tredje part länkar

⁵ Här åsyftas främst EU-domstolens avgöranden den 13 februari 2014 i mål C 466/12 (Svensson) och den 21 oktober 2014 i mål C-348/13 (BestWater).

⁶ Den ursprungliga webbplatsens publik utgörs av samtliga potentiella besökare, om tillgången till verket på den webbplatsen inte är föremål för någon begränsning (Svensson-avgörandet, punkt 26). EU-domstolens introduktion av begreppet ”ny publik” har ifrågasatts av Rosén och Granmar, som anser att EU-domstolen härigenom bl.a. har överskridit sina tilldelade befogenheter. Se Rosén och Granmar, Länkning på internet – EU-domstolen i konflikt med internationell rätt, SvJT 2015 s. 352. Detta oaktat har EU-domstolens praxis nyligen fått genomslag i HD:s tillämpning av 2 § 3 st. URL. Se HD:s avgörande den 29 december 2015 i mål B 3510-11 (C More).

till verket, förutsatt att det första tillgängliggörandet har skett med upphovsmannens tillstånd.⁷

Eftersom länkning inte innebär ”överföring till allmänheten” enligt 2 § 3 st. URL, i de situationer som nyss nämnts, kan det konstateras att verket då över huvud taget inte görs ”tillgängligt för allmänheten” enligt 2 § URL.⁸ Länkning till upphovsrättsliga verk på internet kan nämligen inte hänföras till något av de övriga slags tillgängliggöranden som anges i 2 § 3 st. URL.⁹

De förfoganderättigheter som regleras i 2 § URL, såsom rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten, brukar ofta kallas upphovsmannens *ekonomiska* rättigheter. Åtgärden, att verket görs tillgängligt för allmänheten, uttrycks dock också som en förutsättning för utövande av vissa rättigheter enligt 3 § URL. Den senare bestämmelsen reglerar upphovsmannens s.k. *ideella* rättigheter, närmare bestämt rätten att anges som upphovsman till verket (paternitetsrätten) och rätten till respekt för verket (respekträtten). Ordalydelsen antyder, att majoriteten¹⁰ av de ideella rättigheterna kan utövas endast i samband med något av de ekonomiska förfoganden som anges i 2 § URL. Det gäller bl.a. förbudet mot att göra verket tillgängligt för allmänheten i ett sammanhang som är på visst angivet sätt kränkande

⁷ Om länkningen gör det möjligt för användarna att kringgå begränsningar, som ställts upp av den webbplats på vilken det skyddade verket finns, är det fråga om en överföring till allmänheten som kräver upphovsmannens medgivande. Se HD:s avgörande den 29 december 2015 i mål B 3510-11 (C More), punkterna 14-16 i domskälen.

⁸ Det sagda gäller länkingsåtgärden som sådan. Om verket dessutom vidareöverförs genom en annan teknik, t.ex. tv-skärmar och högtalare i en publik miljö (t.ex. på ett hotell), sker ett nytt allmänt tillgängliggörande, som kräver rättighetshavarens tillstånd.

⁹ Enligt 2 § 3 st. URL görs ett verk tillgängligt för allmänheten (a) när verket överförs till allmänheten, (b) när verket framförs offentligt, (c) när exemplar av verket visas offentligt eller (d) när exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten. Åtgärden ”överföring” omfattar alla förfoganden som sker på distans. Av EU-domstolens avgörande i Svensson framgår också, att begreppet ”överföring” ska ges en vidsträckt innebörd (punkt 17–20 i domskälen) och att artikel 3.1 i infosoc-direktivet innebär en fullständig harmonisering av åtgärden ”överföring till allmänheten”.

¹⁰ Ändringar i exemplar av verk kan göras utan att ett nytt exemplar nödvändigtvis framställs. Bestämmelserna i 3 § URL behandlas närmare i avsnitt 4 nedan.

för upphovsmannen. Enligt 3 § URL gäller också att upphovsmannen ska anges, när verket görs tillgängligt för allmänheten.

Härmed uppkommer frågan, om en direktivkonform tolkning av 2 § URL även kan påverka upphovsmannens ideella rättigheter enligt 3 § URL. Ska gränsen för vad som är ”tillgängliggörande för allmänheten” enligt 2 § URL dras på samma sätt enligt 3 § URL? Behovet av klarhet, förutsebarhet och rättssäkerhet ger, å ena sidan, stöd åt argumentet att en åtgärd som *inte* innebär allmänt tillgängliggörande enligt 2 § URL *inte heller* bör innebära allmänt tillgängliggörande enligt 3 § URL. Om viss användning av ett verk inte omfattas av upphovsmannens sagda ensamrätt enligt 2 § URL skulle nyttjandet alltså inte heller kunna innebära en kränkning av upphovsmannens ideella rätt enligt 3 § URL. En sådan tolkning av 3 § URL skulle, å andra sidan, kunna medföra ett tämligen urholkat skydd för upphovsmannens ideella rättigheter i den digitala miljön. I det följande illustreras problemet särskilt med avseende på s.k. integrerande länkning.

2. Olika typer av länkning

I den upphovsrättsliga diskussionen har det tidvis hävdats att det är nödvändigt – eller åtminstone lämpligt – att göra åtskillnad mellan olika typer av länkning. Olika begrepp, såsom ”hypertextlänkning”, ”integrerande länkning”, ”djuplänkning”, ”referenslänkning”, ”inbäddning”, ”framing” och ”inline-länkning”, har introducerats. Ibland har begreppen sammanblandats. Förvirringen beror, åtminstone delvis, på att nomenklaturen samtidigt har inrymt både juridiska och tekniska aspekter, vilket stundom har varit mindre lyckat. I teknisk mening finns t.ex. ingen anledning att göra någon skillnad mellan ”referenslänkning” och ”djuplänkning”. Genom EU-domstolens avgöranden i Svensson och BestWater står det också klart, att den tekniska skillnaden mellan ”hypertextlänkning” och ”integrerande länkning” är irrelevant, såvitt gäller frågan huruvida länkning ska anses utgöra överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 i infosoc-direktivet (se vidare nedan).

Samtidigt kan det knappast förnekas, att vissa länkingsåtgärder kan ha särskilt stor påverkan på upphovsmannens ideella eller personliga intressen. Den typ av länkning som ibland kallas ”integrerande” kan synbarligen medföra extra stora olägenheter. Därför kan det, även om terminologin måhända inte är helt optimal, ändå vara motiverat

att säga något kort om vissa centrala skillnader mellan olika typer av länkingsåtgärder.

Länkar presenteras ofta i form av understruken text, på vilken användaren kan klicka för att målservern (den server som länken pekar på) ska överföra någon form av information till användarens dator. Sådana länkar kallas *hypertextlänkar*. Vilken information som överförs beror på hur länken är utformad, dvs. till vilken logisk lagringsplats länken hänvisar. Begreppet *referenslänkning* brukar beteckna fallet, att en ny webbsida visas i användarens webbläsare. Om målservern i stället överför en specifik fil talar man ibland om *djuplänkning*.

Integrerande länkning, som ibland även kallas *inbäddning*, kan delas upp i två huvudkategorier: *inline-länkning* och *framing* (eller inramning). Vid inline-länkning överför målservern bilder, videoklipp eller andra grafiska element, som integreras med länkarens egen webbplats. Länken aktiveras automatiskt när användaren besöker webbplatsen. I adressfönstret visas fortfarande adressen till länkarens webbplats. Av nämnda skäl kan det vara mycket svårt (ofta omöjligt) för användaren att upptäcka, att inline-länkning äger rum. Vid framing delar länkaren in sin webbplats i ett antal olika fält, som omges av synliga eller osynliga ramar. Dessa fält kan fungera oberoende av varandra. Syftet är ofta att integrera flera olika webbsidor, varvid resultatet presenteras genom en och samma skärmvisning. Precis som vid inline-länkar integreras alltså, vid framing, främmande material visuellt med länkarens egen webbsida.

Tidigare har ansetts att referenslänkning och djuplänkning kan behöva särskiljas i upphovsrättsliga sammanhang, eftersom användaren vid djuplänkning inte nödvändigtvis uppfattar att informationen överförs från en annan webbplats (målservern). Annorlunda uttryckt kan det förefalla som att informationen härrör från den webbplats där länken är placerad. Därför har det ansetts, att åtminstone djuplänkning bör falla under upphovsmannens förfoganderätt, dvs. att åtgärden innebär ett allmänt tillgängliggörande.¹¹ Detsamma skulle givetvis kunna sägas om integrerande länkning, som kan vara ännu svårare att upptäcka. EU-domstolens avgöranden i Svensson och BestWater klagör emellertid, att detta synsätt är felaktigt. Huruvida användaren oriktigt uppfattar, att verket härrör från den webbplats där länken finns, har ingen betydelse i sammanhanget. Den avgörande frågan är

¹¹ Se prop. 2004/05:110 s. 70 f.

om länkningen innebär att verket överförs till en ”ny publik” (se avsnitt 1 ovan). Det sagda gäller inte endast i fråga om hypertextlänkning, utan även vid integrerande länkning. Detta kan anses framgå redan av Svensson-avgörandet (som avsåg hypertextlänkning), men har sedermera klargjorts genom BestWater-avgörandet (som avsåg integrerande länkning).

Det är inte svårt att förstå, att integrerande länkning kan vara särskilt känslig från upphovsmannens perspektiv. Det verk som integreras kan enkelt kombineras med vilket annat material som helst. Verket kan presenteras tillsammans med t.ex. politiskt, religiöst, rasistiskt eller pornografiskt innehåll i länkarens egen webbmiljö, dvs. i ett sammanhang som för upphovsmannen framstår som helt främmande, ofördelaktigt och rent av anstötligt. Integrerande länkning kan även göras i syfte att presentera konkurrerande verk på ett ofördelaktigt sätt, t.ex. genom att återge en äldre och sämre version av ett konkurrerande verk, vilket kan skada upphovsmannens renommé. I dylika situationer kan det säkert antas att sammanhanget är kränkande, i den mening som avses i 3 § URL.¹²

Verk kan även integreras utan att upphovsmannen anges. Det kan t.ex. vara fråga om en tidningsartikel som integreras med en digital nyhetstjänst, eller ett fotografiskt verk som integreras med en digital söktjänst, utan att upphovsmannen anges. Det handlar alltså om situationer där länkaren inte respekterar upphovsmannens berättigade intresse av att anges, i enlighet med vad god sed kräver.

I en analog miljö skulle här nämnda förfoganden komma i konflikt med upphovsmannens ideella rättigheter enligt 3 § URL. Frågan är emellertid om upphovsmannen kan utöva sagda rättigheter när motsvarande återgivning av verket sker genom länkning. Om ett verk är fritt tillgängligt på den ursprungliga webbplatsen innebär ju länkning till verket inte att verket görs ”tillgängligt för allmänheten”, åtminstone inte i den mening som gäller vid tillämpning av 2 § URL. Är det då möjligt och lämpligt att göra en mer extensiv tolkning av det likalydande begreppet i 3 § URL, i syfte att skydda upphovsmannens ideella intressen i dylika situationer? Frågan diskuteras vidare nedan.

¹² Jfr avgörandet NJA 1974 s. 94 (Gunilla Rudling), i vilket placeringen av vissa (beskurna) bilder, utanför en biograf med pornografisk repertoar, ansågs kränka upphovsmannens respekträtt. HD ansåg bl.a. att verken hade återgivits i sammanhang som var kränkande för upphovsmannen, i den mening som anges i 3 § URL.

3. Ofullständig harmonisering

Den första frågan är, om svensk domstol kan och bör tillämpa 3 § URL oberoende av EU-rätten.

Förhållandet att digitala kommunikationsmöjligheter, såsom länkning (och i synnerhet integrerande länkning), kan påverka upphovsmannens ideella rättigheter, har sedan länge diskuterats inom EU. För drygt tio år sedan konstaterade EU-kommissionen följande:

Although disparities in moral rights protection do exist, in the traditional (analogue) environment there has been no evidence that they would have had a negative impact on the good functioning of the Internal Market. In the digital environment new forms of communication provide further possibilities to extract and combine information as well as integrate existing texts, sounds and graphics from various sources, or to modify them by means of digital imaging or colour manipulation. Functions such as linking and framing are very often relevant to the right of paternity and right of integrity of those authors whose works are being integrated into and then used in a different context from the original one. A divergent approach to these functions by the Member States under the national rules on moral rights protection may theoretically harm the proper functioning of the Internal Market where content is passing through networks and exploited across borders.

In practice, however, the international legal framework seems to provide an adequate level playing field for the markets to operate taking into account the protection for moral rights. No evidence exists in the digital environment either that the current state of affairs does affect the good functioning of the Internal Market. This was also the conclusion of an independent study carried out for the Commission by external consultants in 2000. **On the basis of these arguments there is no apparent need to harmonise moral rights protection in the Community at this stage.**¹³

Även om EU-kommissionen visserligen uppmärksammade problemet, ansågs det alltså inte finnas tillräckligt behov av att harmonisera medlemsstaternas bestämmelser om ideella rättigheter. Det är också ett faktum, att EU:s lagstiftare i ett antal rättsakter har lämnat åt

¹³ Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, Brussels, 19.7.2004, SEC(2004) 995 s. 16.

medlemsstaterna själva att avgöra hur och i vilken utsträckning upphovsmannens ideella rättigheter ska skyddas.¹⁴

Följaktligen finns det ganska stora skillnader mellan olika medlemsstaters skyddslagstiftning vad gäller upphovsmannens ideella rättigheter. Detta beror också på att Bernkonventionen¹⁵, BK, endast uppställer vissa minimikrav i sammanhanget.¹⁶ Som exempel kan nämnas, att Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland inte har infört något förbud mot användning av originalverk i kränkande sammanhang¹⁷, vilket är en uppenbar skillnad i förhållande till upphovsrättslagarna i t.ex. Frankrike och Sverige. Eftersom bl.a. infosoc-direktivet uttryckligen hänvisar till medlemsstaternas lagstiftning, såvitt gäller ideella rättigheter, har medlemsstaterna inte heller någon skyldighet att tolka eller tillämpa sina nationella

¹⁴ Exempelvis anges i infosoc-direktivets skäl 19 att "[r]ättsinnehavarnas ideella rättigheter bör utövas i enlighet med medlemsstaternas lagstiftning och bestämmelserna i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram". Citatregeln i infosoc-direktivets artikel 5(3) d), som anger att källan, inbegripet upphovsmannens namn, ska anges (under vissa förutsättningar) när ett skyddat alster citeras, utgör det enda undantaget. I Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter, artikel 9, anges på liknande sätt att direktivets bestämmelser inte ska påverka tillämpningen av medlemsstaternas bestämmelser om ideella rättigheter.

¹⁵ Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, antagen den 9 september 1886, reviderad i Paris den 24 juli 1971 och ändrad den 28 september 1979.

¹⁶ Se vidare avsnitt 4 nedan.

¹⁷ Section 80 i 1988 års Copyright, Designs and Patents Act avser att hindra, att upphovsmannens verk görs till föremål för "derogatory treatment". Begreppet "treatment" (of a work) definieras som "any addition to, deletion from or alteration to or adaptation of the work", med vissa angivna undantag. Situationen att ett verk, i sitt ursprungliga skick, återges i kränkande sammanhang, behandlas inte. Denna ordning strider sannolikt mot artikel 6*bis* BK (se vidare avsnitt 4 nedan).

bestämmelser på ett ömsesidigt överensstämmande eller enhetligt sätt.¹⁸ Någon sådan skyldighet följer inte heller av TRIPS-avtalet.¹⁹

Tills vidare kan det alltså konstateras, att EU-rätten inte uppställer något formellt hinder mot att ge begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” i 3 § URL en vidare innebörd än det motsvarande begreppet i 2 § URL. Därmed är dock inte sagt, att en sådan rättstillämpning är önskvärd. Mycket talar för att de nationella domstolarna i EU bör eftersträva en ordning som i möjligaste mån reflekterar spelreglerna för de ekonomiska förfogandena. I annat fall blir de rättsliga konsekvenserna vid gränsöverskridande intrång i de ideella rättigheterna mycket svåra att överblicka, vilket skulle kunna hämma utvecklingen av den inre digitala marknaden.²⁰ Upphovsmännens incitament att beivra (kräva betalning för) diverse länkingsåtgärder, under åberopande av de ideella rättigheterna, har sannolikt ökat till följd av utgången i Svensson- och BestWater-avgörandena. EU-domstolens praxis innebär ju en tydlig begränsning av möjligheten att ingripa mot länkingsåtgärder med stöd av 2 § URL (och motsvarande utländska bestämmelser genom vilka artikel 3.1 i infoc-direktivet har implementerats). Således finns det en risk, att nationella ideella rättigheter i allt högre utsträckning kommer att åberopas i situationer där det annars hade varit mer naturligt att åberopa harmoniserade ekonomiska rättigheter. Om upphovsmännens syfte är att betinga sig ersättning för utnyttjandet av verket borde det, från hans utgångspunkt,

¹⁸ Detta är åtminstone huvudregeln. Enligt EU-domstolens avgörande den 3 september 2014 i mål C-201/13 (Deckmyn) ska nationell domstol, vid tillämpning av det s.k. parodiundantaget (artikel 5.3 (k) i infoc-direktivet), göra en skälilig avvägning mellan rättighetshavarens intressen och rättigheter, å ena sidan, och yttrandefriheten för den användare som stöder sig på parodiundantaget, å andra sidan. I avgörandet aktualiserades rättighetshavarens intresse, att inte förknippas med vissa påstått diskriminerande budskap. Dylika intressen har tydlig ideell karaktär. Därmed uppstår också frågan, om EU-domstolen genom Deckmyn-avgörandet i själva verket har harmoniserat delar av ett område som ursprungligen varit förbehållet medlemsländernas nationella lagstiftning och rättstillämpning.

¹⁹ Artikel 9 i TRIPS-avtalet anger, att avtalet inte ger upphov till några skyldigheter eller rättigheter för medlemmarna beträffande de rättigheter som medges i artikel 6*bis* BK eller härleds därur.

²⁰ Angående jurisdiktions- och lagvalsfrågor vid upphovsrättsintrång online, se Kempas, Geolokalisering på internet – vissa immaterialrättsliga konsekvenser, Ny Juridik 2:15 s. 42 ff och däri angiven rättspraxis.

spela mindre roll vilken rättsregel som ger det önskade resultatet. En sådan utveckling är nog särskilt sannolik i länder där det uttryckligen är förbudet att använda originalverk i kränkande sammanhang. Sverige är ett sådant land. I Sverige anses dessutom att utnyttjande av verk i reklamsammanhang kan kränka upphovsmannens ideella intressen, även om kontexten i övrigt inte är ägnad att vanära eller förödmjuka upphovsmannen.²¹ I praktiken är det inte svårt att föreställa sig en rad situationer, då upphovsmannen kan vilja betinga sig ersättning för annans länkning till verket i marknadsföringssyfte. Om sådan länkning skulle kunna angripas enligt vissa EU-länders lagstiftning (t.ex. i Sverige), men inte enligt andra länders lagstiftning (t.ex. i Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland), skulle det kunna leda till en snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden. En sådan utveckling skulle också vara ägnad att, åtminstone delvis, motverka de pragmatiska överväganden som kännetecknar EU-domstolens avgöranden i Svensson och BestWater.²²

4. Närmare om 3 § URL

Nästa fråga är om svensk nationell rätt medger, att begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” i 3 § URL inrymmer vissa åtgärder som inte omfattas av det motsvarande begreppet i 2 § URL.

Regeln i 3 § 1 st. URL föreskriver:

Då ... verket göres tillgängligt för allmänheten, skall upphovsmannen angivas i den omfattning och på det sätt god sed kräver.

Utöandet av patenterettsrätten förutsätter alltså att verket görs tillgängligt för allmänheten.

²¹ Se t.ex. Stockholms tingsrätts avgörande den 11 april 2006 i mål T 9013-04, i vilket upphovsmannen Peter Lundblad tillerkändes ersättning om 50 000 kronor för ideell kränkning av rätten till meloditexten ”Ta mig till havet och gör mig

^{21ll} kung”, som hade använts i reklamsammanhang. Se även SOU 1956:25 s. 126 och Olsson (2015), Copyright, Norstedts Juridik, 9 uppl. s. 130.

²² EU-domstolen har klargjort att upphovsrätten inte uppställer något generellt eller absolut hinder mot länkning till skyddade verk på internet, låt gå att domstolen inte har uttryckt saken exakt så. Avgörandena har av många uppfattats som mycket välkomna, eftersom länkning kan sägas vara en av internets viktigaste funktioner.

Bestämmelsen i 3 § 2 st. URL anger:

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.

Med undantag för skyddet mot kränkande ändringar av exemplar kan det alltså konstateras, att även respekträtten aktualiseras först när verket görs tillgängligt för allmänheten.

De citerade reglerna i 3 § URL har samma lydelse som vid lagens tillkomst. De har utformats i relativt nära överensstämmelse med artikel 6*bis* BK, som föreskriver bl.a. följande:

Oberoende av sina ekonomiska rättigheter och även efter överlåtelse av dessa behåller upphovsmannen rätten att anges som upphovsman till verket samt rätten att motsätta sig varje förvanskning, stympning eller annan ändring i verket eller varje annat förfarande med avseende på detta, som är till men för hans ära eller anseende.

En omedelbar iakttagelse, såvitt gäller den nu aktuella frågan, är att artikel 6*bis* BK inte har utformats i syfte att återspegla eller inordnas under de ekonomiska rättigheterna. Av ordalydelsen framgår tvärtom att de ideella rättigheterna är åtskilda från upphovsmannens ekonomiska rättigheter, vilket också framhölls vid artikelns införande i BK 1928.²³ Ståndpunkten, att de ideella rättigheterna är av annat och mer personligt slag än de ekonomiska rättigheterna, har sitt främsta ursprung i fransk rättsuppfattning och har med tiden successivt vunnit hävd i ytterligare europeiska länder, inklusive Sverige. Sätillvida kan de ideella rättigheterna betecknas som ett ”personlighetsskydd” inom upphovsrätten.²⁴ Det nära sambandet mellan upphovsrättens ideella del och personlighetsskyddet har också kommit till uttryck i flera

²³ Se Axhamn, Respekträttsligt skydd för upphovsmannens anseende och egenart. Några reflektioner med anledning av NJA 2008 s. 309 (Reklamavbrott), NIR 2008:5 s. 465, med vidare hänvisningar.

²⁴ Se Strömholm, Inledning till personlighetsskyddet inom immaterialrätten, NIR 1969:3 s. 207–232.

domstolsavgöranden, av vilka bl.a. NJA 2012 s. 483 förtjänar att nämnas.²⁵

Mot denna bakgrund kan det te sig något egendomligt, att lagstiftaren tycks ha eftersträvat lagteknisk konformitet mellan 2 § och 3 § URL. Upphovsmannens utövande av de citerade ideella rättigheterna enligt 3 § URL (se ovan) tycks förutsätta, att någon samtidigt utövar förfoganderätten att göra verket tillgängligt för allmänheten enligt 2 § URL. Att 3 § URL ska läsas på det sättet påpekas också av Olsson, som framhåller bl.a. att upphovsmannens namn ska anges ”när någon av de ekonomiska rättigheterna tas i anspråk” och att (delar av) respekträtten kan kränkas i samband med allmänt tillgängliggörande av verket på något av de sätt som följer av 2 § 3 st. URL.²⁶

En bidragande orsak till denna ordning kan möjligen vara Auktorrättskommitténs uppfattning, att ”indelningen i förfoganderätt och ideell rätt icke är klart åtskiljande” och att såväl 2 § som 3 § URL tillvaratar hänsyn till både ekonomiska och ideella intressen. I 1956 års betänkande angavs bl.a. exemplet, att en författare vägrar att ge ut en ny upplaga av ett litterärt verk då han anser att verket är dåligt. I det fallet utövas förfoganderätten enligt 2 § URL för att tillvarata ett ideellt intresse, närmast att skydda upphovsmannens anseende. Vidare påpekades att ett skydd mot att verket förekommer i kränkande sammanhang kan ha en avhållande effekt på utgivningen, varigenom det ekonomiska förfogandet kan påverkas.²⁷ Senare har också noterats, att det ideella skyddet har ett ekonomiskt värde eftersom det förhindrar

²⁵ HD har angivit, att ”[e]rsättning för ideell skada syftar bl.a. till att skydda konstnärer och framställare mot kränkningar av deras anseende och är därmed av ett slag som liknar [...] ersättning för kränkning av personlighetsskyddet” (NJA 2012 s. 483, punkt 29 i domskälen).

²⁶ Olsson (2009), Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, Norstedts Gula Bibliotek, 3 uppl. s. 80 och 82. Se även Levin (2011), Lärobok i immaterialrätt, Norstedts Juridik, 10 uppl. s. 160, vari anges att den ideella rätten som regel följer den ekonomiska rätten. Uttrycket ”som regel” bör ta sikte på förhållandet, att skyddet mot kränkande ändringar av verk gäller även om verket inte görs tillgängligt för allmänheten.

²⁷ SOU 1956:25 s. 86.

hänsynslöst utnyttjande av upphovsmannens verk.²⁸ Svårigheten att särskilja de intressen som är av uteslutande ideell natur kan eventuellt förklara att ett ekonomiskt förfogande, dvs. allmänt tillgängliggörande enligt 2 § URL, har uppställts som en förutsättning för utövande av vissa ideella rättigheter enligt 3 § URL.

En annan, mer uppenbar, förklaring kan vara, att det vid URL:s tillkomst knappast var möjligt att förutse de slags tillgängliggöranden som numera är tekniskt möjliga att åstadkomma via internet. Det nu aktuella problemet hade ännu inte uppkommit när lagen skapades. Att förutspå infosoc-direktivets tillkomst och EU-domstolens tolkning av begreppet ”överföring till allmänheten” var naturligtvis helt omöjligt. Återgivning av verk genom länkning, dvs. ett tillgängliggörande (a) som inte är privat, (b) som kan underlätta för många människor att ta del av verket och (c) som kan ha ett uppenbart ekonomiskt syfte, men (d) som likväl inte betraktas som allmänt tillgängliggörande, fanns säkert inte i Auktorrättskommitténs föreställningsvärld 1956 och inte heller när lagen trädde i kraft 1961. I betänkandet uttalas tvärtom att de åtgärder, vari ett förfogande över verket kan bestå, ytterst alltid åsyftar att ”andra än upphovsmannen skall få ta del av verket, uppfatta det med sina sinnen”.²⁹ Uttrycket ”göra verket tillgängligt för allmänheten” valdes inte i syfte att undanta vissa tekniska återgivningar från ensamrättens principiella tillämpningsområde. Begreppet valdes främst för att undanta tillgängliggöranden inom privatlivet från förfoganderätten enligt 2 § URL. Att samma begrepp används i 3 § URL synes bero på Auktorrättskommitténs avsikt att införa ett ”stadgande med generell räckvidd, vilket kan åberopas mot envar som utnyttjar verket”. Betänkandet indikerar att 3 § URL avser att täcka ”samtliga” fall då upphovsmannens ideella intressen kan riskeras, bl.a. då verket ”återges” i ett för verket främmande sammanhang.³⁰

²⁸ Se t.ex. avgörandet NJA 1996 s. 354 (Stadens löjtnant), i vilket HD betonar att paternitetsrätten har inte bara ett ideellt innehåll, utan även ofta kan ha ekonomisk betydelse, eftersom angivandet av upphovsmannens namn spelar en stor roll för hans renommé. Ett liknande påpekande görs i det finska avgörandet HD 2005:92, i vilket HD påpekar att iakttagande av paternitetsrätten kan skydda upphovsmannen mot ekonomiska förluster. Se även Aspholm, Ekonomiska effektivitetssynpunkter på Bernkonventionens artikel 6b, NIR 1998:3 s. 363–370.

²⁹ SOU 1956:25 s. 92.

³⁰ A.a., s. 121 f.

I ljuset av lagstiftarens nyss nämnda ambitioner skulle en subjektiv teleologisk tolkning, av åtgärden ”allmänt tillgängliggörande” enligt 3 § URL, eventuellt kunna tillåta att uttrycket ges en mer omfattande innebörd än det motsvarande begreppet i 2 § URL. Här kan också framhållas dels att artikel 6*bis* BK (se ovan) talar om ”varje” förfarande som är till men för upphovsmannens ära eller anseende, dels att medlemsstaterna i WIPO har förbundet sig att följa bl.a. artikel 6*bis* BK.³¹ Denna bakgrund ger visst stöd åt tesen, att uttrycket ”tillgängliggörande för allmänheten” i 3 § URL kan inrymma en del förfoganden som, till följd av EU-domstolens avgöranden i Svensson och BestWater, numera faller klart utanför det likalydande begreppet i 2 § URL.

Flera invändningar kan dock framföras mot en sådan tolkning av 3 § URL. Till att börja med finns det viktiga rättssäkerhetsaspekter att beakta. En systematisk tolkning, som prioriterar förutsebarhet och tydlighet, ger vid handen att tillgängliggörande för allmänheten enligt 3 § URL bör inrymma samma slags åtgärder som det motsvarande begreppet i 2 § URL. Att 3 § URL ska läsas på det sättet påpekas som sagt också i doktrinen.³² Att samma begrepp betyder samma sak, oavsett var i URL begreppet används, är väl också den mest naturliga utgångspunkten.

Om begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” i 3 § URL skulle inrymma fler åtgärder än motsvarande uttryck i 2 § URL, skulle dessutom vissa s.k. närstående rättigheter påverkas. Här märks främst de utövande konstnärernas rättigheter enligt 45 § URL och fotografernas rättigheter enligt 49 a § URL. Rätten att göra framföranden (och upptagningar av framföranden) tillgängliga för allmänheten enligt 45 § URL har samma innehåll och omfång som 2 § URL, vilket framgår direkt av lagtexten. Detsamma gäller rätten att göra fotografiska bilder tillgängliga för allmänheten enligt 49 a § URL. Om länkning till ett skyddat objekt inte är ett allmänt tillgängliggörande enligt 2 § URL, kan åtgärden inte heller vara ett allmänt tillgängliggörande enligt

³¹ Se artikel 1 i WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT), som slöts 1996.

³² Se not 26 ovan.

45 § URL eller 49 a § URL.³³ Vidare gäller att de ideella rättigheterna enligt 3 § URL ska tillämpas på både framföranden enligt 45 § URL och fotografiska bilder enligt 49 a § URL. Om begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” i 3 § URL skulle omfatta vissa länkingsåtgärder, som inte faller inom ensamrätten enligt 2 § URL, skulle motsvarande diskrepans alltså gälla mellan 3 § URL och 45 § URL respektive 49 a § URL. En sådan genomgripande inkonsekvens är knappast önskvärd.

Härtill noteras att det inte finns något svenskt motivuttalande som antyder, att gränsen för vad som är ”tillgängliggörande för allmänheten” ska dras på olika sätt, beroende på i vilket lagrum uttrycket används. Auktoritetskommitténs föresats, att införa ett omfattande och teknikneutralt begrepp i URL, tyder snarare på motsatsen. Frågan har inte behandlats i efterföljande förarbeten. Mot denna bakgrund bör man sannolikt inte fästa alltför stor vikt vid lagstiftarens intentioner. Hänsyn bör snarare tas till lagens systematik och till vilka effekter de olika tolkningsalternativen kan få.

Vidare är det knappast önskvärdt att en länkingsåtgärd, som inte är otillåten enligt 2 § URL, ska kunna angripas med stöd av 3 § URL i primärt syfte att ekonomiskt kompensera upphovsmannen för länkingsåtgärden som sådan. Visserligen brukar ersättningen ofta bli lägre vid intrång i den ideella rätten, jämfört med de belopp som

³³ Mot denna slutsats kan möjligen invändas, att *fotografernas* närstående rättigheter inte har harmoniserats inom EU och, således, att svensk domstol självständigt kan fastställa de ekonomiska rättigheternas omfång enligt 49 a § URL. Det skulle också kunna invändas att harmoniseringen av de *utövande konstnärernas* rättigheter enligt artikel 3.2 i infocodirektivet endast är partiell och, således, att ”tillgängliggörande för allmänheten” enligt 45 § URL skulle kunna ges en mer vidsträckt innebörd än vad som följer av den direktivkonforma tolkningen av 2 § URL (jfr EU-domstolens avgörande den 26 mars 2015 i mål C-279/13, C More). En sådan rättstillämpning skulle dock kräva att både 45 § och 49 a § URL tillämpades i strid med lagens bokstav. Båda bestämmelserna hänvisar ju uttryckligen till 2 § URL. Vidare skulle den egendomliga effekten uppstå, att de närstående rättigheterna skulle ges ett mer omfattande skydd än de egentliga upphovsrätterna enligt 2 § URL. Generellt har det varit lagstiftarens mening, att de olika grupperna på det upphovsrättsliga området så långt som möjligt ska behandlas lika (se prop. 1994/95:58 s. 34 och prop. 2004/05:110 s. 264 och 268). En återgivning som inte utgör allmänt tillgängliggörande enligt 2 § URL kan därför rimligen inte heller anses utgöra allmänt tillgängliggörande enligt 45 § eller 49 a § URL.

utdöms vid intrång i den ekonomiska rätten, men 3 § URL skulle likafullt kunna tjäna som påtryckningsmedel mot den som vill utnyttja (eller har utnyttjat) ett verk genom länkning, inte minst i ljuset av risken att behöva betala motpartens rättegångskostnader. Risken att 3 § URL alltmera åberopas för att principiellt begränsa möjligheten till länkning, i strid med EU-domstolens intentioner, skulle kunna minskas om begreppet ”tillgängliggörande för allmänheten” ges ett och samma innehåll i 2 § respektive 3 § URL.

Det kan tilläggas att en länkingsåtgärd som är tillåten enligt URL likafullt kan vara förbjuden enligt andra rättsregler. Det gäller inte minst sådan länkning som görs i kommersiellt syfte. Om integrering av ett verk på en främmande webbplats t.ex. skulle medföra risk för kommersiell förväxling, snyltning och/eller misskreditering, dvs. att länkaren utnyttjar verket (a) såsom att det förefaller vara länkarens eget, (b) så att användningen ger intryck av ett kommersiellt samband mellan länkaren och rättighetshavaren, (c) så att användningen drar otillbörlig kommersiell fördel av verkets renommé och/eller (d) på ett sätt som är nedsättande för rättighetshavaren, ligger det nära till hands att stävja utnyttjandet med tillämpning av marknadsrättsliga bestämmelser.³⁴ Om verket skyddas av varumärkes- och/eller mönsterrättsliga bestämmelser kan det också bli aktuellt att tillämpa sådana regler på utnyttjandet. Förhållandet att 3 § URL inte kan åberopas när användningen av verket inte omfattas av förfoganderättigheterna enligt 2 § URL betyder alltså inte att rättighetshavaren saknar medel att försvara sig mot illojal konkurrens.

5. Sammanfattande kommentar

Vid en samlad bedömning finns det flera goda skäl att ge åtgärden ”tillgängliggörande för allmänheten” enligt 3 § URL samma innebörd och omfattning som det motsvarande begreppet i 2 § URL. Om 3 § URL tvärtom skulle tolkas så, att bestämmelsen inrymmer vissa tillgängliggöranden som inte omfattas av 2 § URL, skulle detta medföra en rad betydande nackdelar. Som exempel kan nämnas försämrad rättslig förutsebarhet, bristande lagteknisk systematik, sannolik påverkan på den inre marknadens funktion och förhöjd risk

³⁴ Jfr MD 2006:13.

att de ideella rättigheterna enligt 3 § URL alltmer skulle användas för att principiellt begränsa möjligheten till länkning på internet.

Den föredragna ordningen är inte optimal. Ståndpunkten, att de flesta rättigheter enligt 3 § URL förutsätter samtidigt utövande av en eller flera rättigheter enligt 2 § URL, innebär en tydlig begränsning av upphovsmannens möjlighet att försvara sina ideella intressen mot olika länkingsåtgärder. Ett sådant rättsläge kan också anses stå i strid med Sveriges åtaganden enligt artikel 6*bis* BK. Vidare är det naturligtvis olyckligt att en återgivning, som skulle kunna angripas med stöd av 3 § URL om förfogandet sker i en analog miljö, inte kan beivras när motsvarande åtgärd vidtas genom länkning till verket.

I valet mellan två ofullkomliga lösningar är jag, av de skäl som har angivits ovan, lika fullt benägen att prioritera det samband som hittills har antagits i doktrinen, nämligen att paternitets- och respekträtten följer de ekonomiska rättigheterna.³⁵

Den flytande gränsen mellan upphovsmannens ekonomiska och ideella intressen, tillsammans med det nyligen förstärkta incitamentet att åberopa nationella regler om ideell rätt för att åstadkomma ekonomiska resultat, talar starkt för att de ideella rättigheterna borde harmoniseras inom EU. Därmed skulle EU-domstolen också få mandat att precisera huruvida och under vilka förutsättningar rättigheternas utövande i den digitala miljön förutsätter samtidigt utövande av de ekonomiska rättigheterna. Under antagande att sådan harmonisering kommer att dröja har den svenske lagstiftaren anledning att klargöra (och möjligen även revidera) förutsättningarna för utövande av de ideella rättigheterna enligt 3 § URL. I brist på sådan vägledning får frågan överlämnas till rättstillämpningen, vilket kommer att ställa höga krav på domstolens förmåga att göra en rimlig avvägning mellan de motstående intressen som är aktuella.

³⁵ Se not 26 ovan.