

# Pirater och rättighetshavare

Av universitetslektor Kristoffer Schollin

I say to you that the VCR is to the American film producer and the American public as the Boston strangler is to the woman home alone.

– Jack Valenti<sup>1</sup>

*Tanken med denna artikel är att om möjligt gjuta olja på vågorna i en stormande debatt som pågår angående användares olovliga fildelning på nätet och kring den nya teknikens olika sidor. Några alexanderhugg från lagstiftaren för att lösa upp denna knut synes knappast möjliga givet upphovsrättens utveckling inom ett internationellt system. I dåtiden såväl som nutiden gäller att rättighetshavarnas förfogande över upphovsrätten bör stå i samklang med existerande tillgänglig teknik och konsumenternas behov på så sätt att man erbjuder ett tilltalande sätt att kunna konsumera de verk som rättigheterna täcker. Relationen mellan de tre intäktbenen inom musikindustrin kommer med säkerhet att förändras, men deras totala summa behöver inte minska. Till detta kommer nya möjligheter att hantera rättigheter i förhållande till konsumenterna.*

## **Piratverksamhetens omdiskuterade effekter**

”Inser ni att vi på det här sättet ger bort våra master-band?” Detta sägs ha varit PolyGram-chefen Maurice Obersteins analys av situationen inför övergången från vinylskiva till CD. En annan skivbolagschef, A&M:s Jerry Moss, menade att om CD:n skulle leverera den typ av perfekt ljud som utlovades av teknikerna så skulle piratkopieringen göras avsevärt enklare. Det var tidigt 80-tal och den digitala revolutionen stod bakom dörren.<sup>2</sup> Dessa varningsrop sågs som teknik- och framstegsfientliga då, men efter en lång skördeperiod för skivförsäljning under 90-talet, så slog profetiorna faktiskt in. Det började med kopiering i industriell skala av själva CD-skivorna men i och med att Internet vann inträde i musikkonsumenternas hem och dessa började

<sup>1</sup> Jack Valenti var ordförande i Motion Picture Association of America, och uttalade sig på ovan vis i utskottsförhör som hölls med anledning av ny lagstiftning efter att Court of Appeals hade avkunnat dom i det så kallade Sony-målet. Där hade man funnit att försäljning av videokassetbandspelare var medhjälp till upphovsrättsintrång. US Supreme Court fann 1984 att så inte var fallet. Denna inställning från rättighetshavarsidan kan verka extrem idag, men på den tiden var videokassetbandspelaren väl så skrämmande som dagens informationsteknik är för dagens rättighetshavare.

<sup>2</sup> Louis Barfe, ”Where have all the good times gone? — the rise and fall of the record industry”. Atlantic Books 2005. s. 295. Robert Sandall, ”Off the record”, Prospect Magazine issues 137, aug 2007.

dela musik med varandra över digitala nätverk så skildes slutligen verken från sin bärare och bolagens praktiska kontroll över det upphovsrättskyddade innehållet minskade i motsvarande utsträckning.

Att digitalisering och utbyggnaden av internationella kommunikationsnätverk skulle medföra att den delen av musikindustrin som sysslar med produktion och distribution av fysiska bärare skulle krympa kraftigt var ju knappast något som kan ha förvånat någon. Inte fullt lika lätt att förutse var att detta skulle följas av en ökning av intäkter från den delen som rör levande framföranden. En färsk undersökning från KTH redovisar siffror rörande den svenska marknaden under perioden 2000–2008. Intäkter från försäljning av skivor har minskat från 1 654,5 till 781,9 miljoner kronor, detta inkluderar inkomster från försäljning via digitala skivaffärer, såsom iTunes. Under samma period ökade summan för STIM:s avgifter på konserter, festivaler och andra evenemang från 42 till 90 miljoner kronor och intäkterna från de fem största live-arrangörerna i Sverige ökade från ca 440 till strax under 1 000 miljoner kronor. Avgifter från radio- och TV, samt den så kallade kassettagiften har även de ökat kraftigt under samma period. Sammantaget så är intäkterna inom svensk musikindustri som helhet i stort sett oförändrade men med en påtaglig förändring i förhållandet mellan dess tre ben; skivförsäljning, liveförsäljning och avgifter.<sup>3</sup> En undersökning av den brittiska marknaden gjord av Time Labs visar på motsvarande förhållandeförändringar under perioden 2004–2008.<sup>4</sup>

### **Piraternas bukt är ett torg**

Rättegången mot Pirate Bay är över och domen har som väntat överklagats. Vi som tycker att målet är ytterst viktigt väntar spända på att hovrätten skall sätta datum för förhandling.

Jag är inte den första att nämna det, men rättegången har på ett tydligt och ibland smärtsamt sätt illustrerat kollisionen mellan två världar. Kalla dem kartan och verkligheten, eller dogmen och praktiken. I det konkreta fallet handlar det naturligtvis om två uppsättningar normer som kolliderar, där den ena är grundad i text och tradition, den andra i ett teknodeterministiskt tankesätt.

Beteckningen rättegången mot Pirate Bay leder tanken bort ifrån vad åtalet formellt handlar om, nämligen att fyra personer med olika kopplingar till Pirate Bay skulle ha varit medhjälpiga till åtminstone någon av de trettiofem huvudgärningar som återfinns i stämningssökan. Var och en av huvudgärningarna har form av att "Använda-

<sup>3</sup> Daniel Johansson, Markus Larsson, "The Swedish Music Industry in Graphs — Economic Development Report 2000–2008". Tillgänglig 171209 via [www.trendmaze.com/media](http://www.trendmaze.com/media). Även om siffrorna i sig inte verkar ifrågasättas så får man vara ytterligt försiktig när man drar slutsatser angående vinnare och förlorare utifrån dessa, något som författarna vinnlagt sig om både i rapporten och i den efterföljande debatten.

<sup>4</sup> Time Labs Report "Do music artists fare better in a world with illegal filesharing?". Tillgänglig 171209 via [labs.timesonline.co.uk/blog/11/12/do-music-artist-do-better-in-a-world-with-illegal-file-sharing](http://labs.timesonline.co.uk/blog/11/12/do-music-artist-do-better-in-a-world-with-illegal-file-sharing).

re X, med till exempel nickname KingKong, har gjort ett verk tillgängligt för andra användare på Internet”. Detta är huvudgärningen, men åtalet handlar endast om medhjälp — användarna åtalas ej. Dessa användare har mötts med hjälp av så kallade torrent-filer, vilka de laddar upp eller ner på Pirate Bay. Internet-sajten fyller på detta sätt funktionen av ett öppet torg där användarna kan mötas och utväxla kontaktuppgifter med varandra. När väl kontakten är etablerad så kan delning av filer mellan användarna ske via deras Internetuppkopplingar.<sup>5</sup>

Främjandet av huvudgärningen från de fyra anklagades sida skall alltså ha bestått i själva administrationen av den mötesplats som Pirate Bay utgör samt det beteende de i övrigt uppvisat. Om detta är tillräckligt för att anses som medhjälp till huvudgärningarna i åtalet är vad hovrätten slutligen har att ta ställning till.

Formellt är alltså åtalet utformat så att det är de handlingar och åtgärder som var och en av de åtalade har vidtagit som skall bedömas. Frågan som skall besvaras är om de åtalade — Neij, Swartholm Warg, Sunde Kolmisoppi och Lundström — med råd eller dåd främjat KingKongs och andras upphovsrättsintrång.<sup>6</sup> Det handlar alltså inte primärt om att bedöma vare sig sajten Pirate Bay eller tekniken som ligger bakom det hela. Det är inte en rättegång mot Pirate Bay som teknisk företeelse, mot användarna, eller mot den kultur och politik som den gett namn åt. Ändå har lejonparten av tiden i rättegången ägnats åt att teckna de konsekvenser som användarnas beteende har inneburit för marknaden och den polemik mot upphovsrätten och rättighetshavare som skall ha förekommit. På sätt och vis är detta både anmärkningsvärt och talande för de speciella problem som föreligger med att passa in vad de åtalade egentligen gjort på ett straffstadgande.

Det upphovsrättsliga intrånget begås alltså av de användare som gör konstnärliga verk tillgängliga utan lov. Detta sker när användaren som har verket i sin helhet eller i alla fall delvis på sin hårddisk startar en bittorrent-klient och låter andra användare ladda ner från honom eller henne. Att detta har skett är oomtvistat. Med detta borde upphovsrätten ha spelat ut sin roll i frågan och man kunde ha fokuserat på den intressanta frågan om hur man skall tolka medverkan i detta

<sup>5</sup> Vid den tidsperiod som är aktuell i åtalet så stod Pirate Bay bakom driften av inte bara ett öppet register där användarna kunde utväxla länkar, utan även bakom driften av en så kallad ”tracker”, en funktion med vilken användare med sådana länkar kunde finna varandra. Trackern är en av de funktionerna som varit svårast att förklara, men kan i allt väsentligt liknas vid en anslagstavla där användarna anslår att man är online och har en aktiverad länk. Pirate Bay driver dock ingen Tracker längre då den inte anses relevant i och med den senare tekniska utvecklingen som gör det möjligt för användarna att hitta varandra oavsett denna. The Pirate Bay Blog, “Worlds most resilient tracking” (*sic*), Tillgänglig 2009-12-17 via [thepiratebay.org/blog/175](http://thepiratebay.org/blog/175).

<sup>6</sup> BrB 23:4. Angående de straffrättsliga svårigheterna med medhjälpsbegreppet för mellanhänder i en digital miljö och om att använda analogier i argumentationen kring detta, se kommande artikel av Kristoffer Schollin i *Swedish Studies of European Law* — Volume 3, Hart Publishing.

fall. Men så blev det inte, inte minst för att skadeståndsfrågan inte avskildes från skuldfrågan, vilket skulle ha förenklat analysen avsevärt. Det är annars vanligt att man avskiljer den civilrättsliga frågan om skadestånd från den straffrättsliga frågan om skuld när den senare är komplicerad. Målsägandena motsatte sig försvarets yrkande i denna fråga.

Också insynen i och rapporteringen kring rättegången i sig har påverkats av nya tekniska möjligheter. Live-sändningen via Sveriges Radios hemsida gjorde att tusentals kommentarer, översättningar och analyser skedde på Internet samtidigt som rättegången pågick. Mitt under mitt eget pågående vittnesmål var det någon som via Twitter hade skrivit "Schollin is getting too upset. Calm down, man!" Och det var helt rätt. Jag hade, utan att tänka på det, förlorat lugnet under det långa vittnesförhöret. Kommentarer och analyser som strax florerade på nätet var inte bara på Svenska utan även på Engelska, Spanska och Kantonesiska. Du sköna nya värld!

### **Rättighetshavarnas tveeggade svärd**

Upphovsrätten är alltså det regelverk som ger skapare och producenter ensamrätt att bestämma över ett litterärt eller konstnärligt verks användande. Typiska verk som omfattas är litteratur, bildkonst, arkitektur, musik, men även programkod och tv-inspelningar. Rätten att bestämma över sådant som kopiering, försäljning, sändning och andra former av allmänt tillgängliggörande kan i sig säljas vidare, och överförs ofta automatiskt via kontrakt till en arbetsgivare eller ett studiobolag. Undantag från denna ensamrätt finns förstås, exempelvis kopiering för privat bruk, i biblioteksverksamhet och för satir. Och naturligtvis varar inte upphovsrätten i all evighet. När tillräckligt lång tid har gått faller den bort och verken blir fria att utnyttjas av alla och envar.<sup>7</sup> Därav alla dessa Disney-filmer som baserar sig på grekiska sagor, eller RnB-låtar med Mozart-slingor i refrängen.

Upphovsrätten anses till sin ekonomiska del vara till för att gynna skapande och investeringar. Tilldelandet av ensamrätter anses nämligen uppmuntra själva skapande- och investeringslusten. Samma grundläggande logik gäller för övrigt för alla andra immateriella rättigheter. Grunden för rättigheterna är att de uppmuntrar till ytterligare skapande och investeringar. Det är ett synsätt som faller tillbaka på idéer om ekonomisk effektivitet och förmåga att kanalisera ekonomiska resurser till skapande och innovation. I det EG-direktiv som låg till grund för den senaste uppdateringen av samtliga Europeiska upphovsrättslagar heter det att "such rights are crucial to intellectual creation. Their protection helps to ensure the maintenance and deve-

<sup>7</sup> 70 år från upphovsmannens död när det gäller upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Det skydd som ges till skivproducenter gäller 50 år från inspelningen.

lopment of creativity in the interests of authors, performers, producers, consumers, culture, industry and the public at large.”<sup>8</sup>

Ekonomisk analys som grundbult för upphovsrätten är förstås ett tveeggat svärd. Å ena sidan så erbjuder den en heltäckande och brett accepterad grund som ger ett starkt berättigande. Å andra sidan så får man finna sig i att ekonomisk analys kan användas för att uttrycka kritik mot upphovsrättens utformning, speciellt när marknader och kommunikationsteknik förändras. Ekonomiska teoretiker har alltså påpekat att bilden ovan är falsk, samt att den riskerar att skapa en illusion av att upphovsrättens utformning styrs av en rationell, nyttomaximerande organisation med allas goda för ögonen. Tyvärr är det inte så väl ställt, utan upphovsrätten är ett resultat av en politisk dans mellan nationella handelsintressen och privata intressen, med en avsevärd institutionell tröghet inblandad. Utöver detta har vi den teknologiska utvecklingen som orsakar piruetter eller snedsteg hos de olika parterna genom återkommande svårförutsägbara taktändringar. Tryckpressen, speldosan, kameran, radion, vinylpressen, televisionen, videon, diskoteken, digitaliseringen och Internet är bara några av de relevanta teknologiska förändringar som parterna har fått möta. (Många av de förändringar som gjordes i svensk upphovsrätt 2005 hade sin upprinnelse i en G7-konferens 1995, 10 år tidigare, då fonogrammakarnas oro inför den digitala infrastrukturens framväxt uttrycktes.) Paul David, professor i ekonomisk historia, har uttryckt det hela på följande sätt:

”What one is faced with [...] is a mixture of the intended and unintended consequences of an undirected historical process on which the varied interests of many parties, acting at different points (some widely separated in time and space), have left an enduring mark. So, it would be really quite remarkable if the evolution of legal institutions concerning patents, copyrights, and trade secrets had somehow resulted in a set of instruments optimally designed to serve either public policy purposes or the private economic interests of individuals and firms seeking such protections.”<sup>9</sup>

### **Antingen med oss eller emot oss!**

Men att bilden av upphovsrätten som ett verktyg för att skapa dessa optimala förutsättningar är falsk är kanske i sig inget problem. Det verkligt bekymmersamma är att den hindrar att vi ser den praktiska utveckling som faktiskt föreligger och att varje kritik av upphovsrätten därmed blir oerhört kontroversiell — hur nyanserad och konstruktiv den än må vara. Vi tvingas in i en situation där ”du antingen är med oss eller emot oss!” Någon mellanposition går inte an. Debatten om

<sup>8</sup> Direktiv 2001/29, ingresspunkt (9). Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

<sup>9</sup> Paul A. David, ”Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History”. Från Wallerstein et al. (red.), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, National Academic Press, Washington 1993. s. 21.

fildelning har också blivit extremt polariserad, där den ena sidan skälls för att vara organiserade inbrottsligor och den andra sidan för teknofobiska betonghäckar.

Det talas förstås om att upphovsrätten bör reformeras, att dess utformning borde ändras för att stå mer i takt med tiden. Begreppet "copyright rollback" används för diskutera möjligheten att skala bort en del rättigheter som inte längre är anpassande till hur samhället ser ut, och istället tillföra nya intellektuella rättigheter vars skyddsomfång och tidsramar är mer anpassade till marknad och teknik. Detta må låta tilltalande, men frågan är om det inte implicerar en överskattning av rationaliteten i systemet. Det frammanar återigen bilden av en genomtänkt, nyttomaximerande, övergripande vilja och medvetenhet som vakar över strukturen. I praktiken är det knappast politiskt genomförbart att skala ner rättigheter när dessa utvecklas på en internationell arena, där varje medlemsland har sina egna nationella intresseorganisationer att ta hänsyn till. Det troliga är mot den bakgrunden att upphovsrättens omfång kommer att vidgas och dess livstid att förlängas.<sup>10</sup> Det finns en form av institutionell tröghet och en oförmåga till förnyelse i takt med teknikutvecklingen. Redan 1994 konstaterade Stig Strömholm att:

"Riktigare än att frammana den från kulturell och rättspolitisk synpunkt nedslående bilden av ett rättsområde på glid från ideella höjder till materialistiska sumpmarker är nog emellertid att ifrågasätta om inte det betänkliga med utvecklingen framför allt ligger i att rättsordningarna, särskilt det internationella rättssystem som uppstår och skapar de stora konventionerna, helt enkelt har 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 förvanskar den."<sup>11</sup>

### **Hur skall freden uppnås?**

Om nu upphovsrätten i sig svårligen kan reformeras, så får vi söka framtidens lagliga nyttjande i upphovsrättsinnehavarnas vilja. Bara för att man har en upphovsrätt innebär inte detta att man har råd att utnyttja den på vilket sätt som helst. Vad man kan hoppas är att framtidens lösningar kommer att komma till stånd när rättighetshavarna möter konsumenternas behov i den verklighet som faktiskt föreligger.

<sup>10</sup> Symptomatiskt är att regeringspartiet Moderaterna i en färsk artikel på Dagens Nyheters debattsida 2009-12-17 skriver att upphovsrätt inte är äganderätt och att Moderaterna ska arbeta för en mer dynamisk upphovsrätt. Vid en närmare granskning visar sig förslagen dock inte avse någon egentlig förändring av upphovsrätten utan endast olika administrativa förfaranden för rättighetshavare att frivilligt kunna avsäga sig sin rätt i varierande utsträckning. Folkpartiet antog på landsmötet en månad tidigare en motion där man skulle utarbeta sitt ställningstagande till upphovsrätten med utgångspunkt i en positiv syn på Internets möjligheter till informationsspridning. Viljan torde dock vara större än möjligheterna, även för de folkvalda.

<sup>11</sup> Stig Strömholm, "Ideologi och praktik — till de upphovsrättsliga avtalens utveckling". Festskrift till Anders Agell, Iustus 1994. s. 631.

Det kommer att växa fram nya plattformar och licensstrukturer, och det kommer med all säkerhet att röra sig om privata, till en början begränsade, initiativ. Ibland nämns visserligen ett möjligt alexanderhugg som skulle göra all fildelning laglig genom att man helt enkelt tog ut en avgift i de sektorer som tjänar mest på förekomsten av kultur och nöje i digital form: bredband, hemmabioteknik och portabla mediaspelare. En sådan avgift skulle, som en producent på Göteborg Filmfestival uttryckte det, ”ta betalt där det faktiskt konsumeras”. Ett sådant system benämns schablonmässigt ”bredbandsskatt” och skulle administreras av någon organisation som är bra på att ta fram statistik över konsumtionen samt att sköta betalningsströmmar, exempelvis STIM som själva bjöd in till diskussion:

”Vi vill sätta oss ner med internetoperatörerna och diskutera hur vi gemensamt kan göra det möjligt för dem att erbjuda sina kunder att via sin internetavgift betala för den musik som strömmar genom nätoperatörernas nätverk — och därmed också bli lagliga musiksurfare. I typfallet innebär det att en vanlig internetanvändares månadsavgift höjs med ett belopp som står i proportion till det samlade nyttjandet av musik på nätet.”<sup>12</sup>

Det får väl erkännas att en sådan drastisk lösning verkar politiskt orealistisk i dagens klimat, inte minst på grund av de handelspolitiska konsekvenser som ett sådant införande skulle kunna medföra om det befinns utgöra ett brott mot Sveriges åtagande enligt TRIPS-avtalet.<sup>13</sup>

Mer realistisk är i stället den lösning som Spotify står för: en musiklyssningstjänst som erbjuder den typ av snabbhet, sökbarhet och användarinblandning som har gjort fildelningen populär. Ovanpå detta håller man sig med en flexibel betalningsmodell som gör tjänsten anpassad till många olika målgrupper med olika ekonomiska förutsättningar. Att vissa bredbandsleverantörer bakat in tjänsten som en del i deras bredbandserbudande gör det hela än mer spännande. Allt som allt: en laglig all-you-can-eat modell som står mycket mer i samklang med den tekniska utvecklingen inom digital distribution. Tyvärr har man inte lyckats med att få med alla rättighetshavarna på tåget och tjänsten ådrog sig en viss goodwill-förlust efter att användarna plötsligt vaknat upp med frågetecken istället för musik i sina spellistor. Användarna uttrycker också viss skepsis mot att vara beroende av en fungerande Internetuppkoppling för sin tillgång till sitt musikbibliotek, men detta kan på goda grunder antas vara en invändning i avtagan-

<sup>12</sup> STIM, ”Så kan nedladdning bli laglig”. Debattartikel i Göteborgsposten 2009-12-02.

<sup>13</sup> Det finns förvisso begränsade initiativ på den europeiska arenan som pekar i denna riktning. Ett exempel är den polska filmlagen som innebär en avgift på 1,5 procent av intäkter för alla bolag och digitala plattformar som distribuerar film. Avgiften används av polska filminstitutet för att stödja polsk filmproduktion. Detta är förvisso långt ifrån den typen av heltäckande avgift som skisseras ovan, men jämfört med det svenska filmavtalet som baserar sig på frivillighet och där beräkningen utgår från biografbiljetter så är det polska systemet en rörelse i den riktningen.

de.<sup>14</sup> Oavsett om Spotify blir den framgång man hoppas på<sup>15</sup> så pekar initiativet ut en framkomlig väg för andra framtida plattformar och licensmodeller. Rättighetshavarnas anslutning till tjänsten är förvissa formellt frivillig, men mot bakgrund av tillståndet i det tekniska landskapet så får denna frivillighet ändå anses ha en viss begränsning i praktiken. Den olagliga fildelningen fungerar inte endast som inspirationskälla för utformningen av dessa nya tjänster, utan inverkar även i viss grad i förhandlingar med rättighetshavare. En annan framtida möjlighet skulle kunna vara att sätta upp ett system för avtalslicens för tjänster av Spotifys typ, helst i samband med att företrädarorganisationer för rättighetshavare samordnar sig på den europeiska arenan.

Situationen inom filmsektorn får anses vara fördröjd jämfört med musikindustrin. DVD-utgåvor säljer fortfarande mycket bra. Men man får anta att en liknande utveckling väntar även här. En motsvarande tjänst till Spotify är för tillfället Vodddler, som erbjuder filmer efter en abonnemangsmodell. Tjänsten är för närvarande inne i en testperiod och har ett tämligen begränsat utbud. Det verkar sannolikt att precis som dess motsvarighet inom musikbranschen kommer dess eventuella framgång att bero på hur villiga rättighetshavarna är att förse tjänsten med en bred katalog.

Någon gång i framtiden, när marknaden och tekniken har saktat ner kring ett antal fungerande modeller avseende nöje och kulturupplevelser, kommer tiden kanske att vara mogen för att reformera upphovsrätten i enlighet med de bruk som etablerats. Lagstiftning följer vanligtvis marknadsbruk, om än med god fördröjning.

<sup>14</sup> Nära sex av tio användare uppgav detta som en nackdel i STIMs undersökning av förutsättningar för nya musiktjänster på Internet. STIM, "Pirater, fildelare och Musikanvändare — en undersökning om förutsättningarna för nya musiktjänster på Internet". Tillgänglig 2009-12-14 via [www.stim.se](http://www.stim.se). Tjänsten inkluderar nu möjligheten att lyssna på ett begränsat antal spår även då användaren är fränkopplad.

<sup>15</sup> Den nystartade tjänsten gick med 31,8 miljoner kronor i förlust enligt Svenska Dagbladets rapportering angående årsredovisningen 2008. "Röda siffror i Spotifys årsredovisning". Svenska Dagbladet 2009-08-18.