

Upphovsrätten kränker äganderätten

| av Nicklas Lundblad

Genom att upphovsrätten fått en så exceptionellt stark ställning inskränks rätten att förfoga över det vi äger. Men också yttrandefriheten och informationsfriheten skadas.

UPPHOVSRÄTTEN ÄR, ur liberalt perspektiv, en ganska horribel rättskonstruktion. En lagstiftning som används för att fångsla programmerare, hindra forskare från att publicera och för att kränka medborgarnas personliga integritet. Hur liberal är den? Konstigt nog har upphovsrätten ändå tagits i försvar av liberala debattörer, som menar att vi måste älska upphovsrätten om vi älskar att äga. Men även det individuella ägandet försvagas av en allt starkare upphovsrätt.

Motiven bakom den del av immaterialrätten som kallas ekonomisk upphovsrätt (hädanefter kallad bara upphovsrätt, för enkelhetens skull) är till stor del baserade på djupgående misstro inför marknads innovationsmekanismer. Det följer närmast självklart av att åtminstone delar av upphovsrätten motiveras med att den uppmuntrar konstnärer och uppfinnare att skapa. Argumentet tycks lyda: "Om inte konstnärer fick ett monopol på sitt verk under en viss tid så skulle de lägga ner verksamheten." Det är givetvis inte sant. Förmodligen är inte ens följande mer allmänna version sann: "Om konstnärer inte fick någon ersättning för sina verk så skulle de sluta skapa." Somliga konstnärer arbetar nog utan en tanke på ersättning.

Vi kan dock acceptera den senare formuleringen av upphovsrättens berättigande. Konstnärer och uppfinnare bör ersättas på något sätt för det arbete som de lägger ned, det är åtminstone en fullt rimlig hypotes. Följer då att konstnären måste få ett statligt instiftat monopol på sitt verk? Knappast. Det som borde följa är att konstnären bör se till att få betalt innan han eller hon lämnar ifrån sig verket. Och det kan lösas med vanliga civilrättsliga kontrakt. Det statligt välsignade monolet måste alltså basera sig på något antagande som gör att den civilrättsliga lösningen väljs bort – och det är förhållandevis tydligt vilket detta antagande är.

Staten litar inte på att marknads innovationsmekanismer verkligen förser samhället med ny konst, ny musik, ny litteratur och nya tekniska uppfinningar. I ljuset av detta är det uppenbart att upphovsrätten grundar sig på en misstro inför marknaden, på en misstanke om att marknaden fullständigt misslyckas när det gäller att uppmuntra skapande. Det är givetvis en möjlig åsikt. Någon kanske tror att människor inte klarar att skapa på egen hand, utan yttre incitament. Men tror en liberal verkligen det?

HOTAR YTTRANDEFRIHETEN

Upphovsrätten kommer i konflikt med flera grundläggande liberala värden. I den amerikanska liberala debatten är detta ett av de tyngsta argumenten för en balanserad syn på upphovsrätten. Författare och jurister som Julie Cohen, Lawrence Lessig, James Boyle och David Post har samtliga noterat att informations-samhällets grundläggande nollsummespel står mellan upphovsrätt, personlig integritet och informations- och yttrandefrihet. Vi kan nästan aldrig värna ett av dessa värden utan att träda de andra förnär.

Det senaste exemplet på upphovsrättens konflikt med yttrandefriheten är det märkliga och olycksbådande fallet med den ryske programmeraren Dmitrij Skljarov. Skljarov demonstrerade på en mäsas gång hur man går förbi de kopieringsskydd som finns på e-böcker, och berättade att många av dessa skydd var tämligen dåliga. Han greps snabbt av den amerikanska polisen.

I den del av den amerikanska upphovsrätten som rör det digitala samhället, Digital Millennium Copyright Act, finns det en regel som innebär att var och en som framställer eller använder medel som kringgår tekniska kopieringsskydd bryter mot lagen. Inte ens forskning kring kopieringsskydd är alltså tillåten. Skljarov är det andra fallet där denna regel tas upp på kort tid. I ett tidigare

Upphovsrätten kommer i konflikt med flera grundläggande liberala värden.

fall vågade ett antal forskare inte publicera en artikel om svagheter i den amerikanska musikindustrins digitala musikformat av rädsla för repressalier.

Den amerikanska lagen bygger på ett internationellt fördrag som håller på att införas även i EU. Fördraget är en uppdatering av den upphovsrättsliga regelmassan som syftar till att anpassa upphovsrätten till informationssamhället. Det är nu i den slutliga behandlingsfasen inom EU och innehåller samma regler om skyddet för kopieringsskydd. Framtiden kommer att bära med sig flera fall av Skljarovs typ om upphovsrätten tillåts fortsätta expandera till att omfatta allt mer långtgående rättigheter och allt fler områden.

Upphovsrätten hotar nu också den personliga integriteten. I de regler om "intrångsundersökning", en form av husrannsakan, som på senare tid införts i svensk rätt, betraktas brott mot upphovsrätten som så allvarliga att de skall kunna leda till att individens rätt till sitt eget hem kan åsidosättas. Om någon misstänker att du har kopierat musik eller videofilmer hemma kan det utgöra grund för intrång hos dig. Visserligen säger regeln att detta bara får ske om "skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse", men det är en ganska klen tröst. Det är tveksamt om avvägningen mellan vår rätt till vårt hem och upphovsrätten verkligen reflekterar den allmänna opinionens åsikter om piratkopiering.

SKAPAR MONOPOL

Att upphovsrätten leder till marknadsstörningar och monopolprissättning inses lätt av vem som helst som besöker en skivbutik. Alla skivor, oavsett hur mycket de säljer, kostar lika mycket. En skiva av Madonna, som sålt i miljoner exemplar, kostar lika mycket som en smal inspelning av Arvo Pärts Sarah Was Ninety Years. Priserna sätts enhetligt av skivbolagen, som därmed kan kontrollera prisnivåerna. De flesta skivbolag har dessutom exakt samma priser på skivor, ett fenomen som i andra branscher lett till kartellundersökningar. I USA diskuteras kartellmisstankar mot upphovsrätsindustrin, och olika former av tvångslicenser har förts fram som förslag på åtgärder som kan luckra upp industrins dominans.

Upphovsrättens utformning har dessutom bevisligen bidragit till skapandet av ett antal andra oligopolliknande industrier, som i dagarna anklagas för kartellbildning. Det gäller både datorspelsindustrin där EU-kommissionen undersökt bland annat Nintendo, och mjukvaruindustrin, där monopolanklagelserna mot Microsoft knappast kan ha undgått någon. Även musik-

industrin har anklagats för kartellbildning. Det amerikanska justitiedepartementet har också nyligen inlett en undersökning av musikindustrins on-linetjänster, som departementet anser skapar ett duopol på marknaden för on-linemusik.

Sist, men inte minst, är det uppenbart att upphovsrättens konstruktion inte är särskilt globaliseringsvänlig. Faktum är att upphovsrätten nu förts in i utvärderingen av handelspartners i de internationella handelsavtalen. Konkret kan ett lands brist på respekt för upphovsrätten alltså komma att bli grund för handelssanktioner. Kina har hotats med detta vapen, och det lär ha varit USA: s hållning när man utövade tryck på den svenska regeringen för att inskränka offentlighetsprincipen till

förmån för upphovsrätten i det uppmärksammade scientolog-fallet. (En privatperson hade lämnat in scientologernas heliga skrift till en myndighet och därmed gjort den till

allmän handling, något som kyrkan ansåg kränkte deras upphovsrätt.)

En monopolrätt snarare än en äganderätt.

URHOLKAR ÄGANDERÄTTEN

Allt detta har vi alltså accepterat på grund av att upphovsrätten har antagits vara en äganderätt. Det är förståeligt, men det är också ganska ironiskt. Äganderätten skall försvaras till varje pris, särskilt mot staten, men det är just det som upphovsrätten förhindrar.

Upphovsrätten ger ett litet antal kapitalstarka aktörer möjlighet att inskränka individens äganderätt till sina skivor, mjukvaror, böcker och annan information. Jag får inte göra vad jag vill med en skiva, och vissa av rättighetssällskapen har till och med gått så långt att de anser att det borde förbjudas att sälja vidare en skiva eller ett dataspel man köpt. "Du har inte köpt rätten att sälja, bara rätten att lyssna", lyder deras argument. Om jag inte får en full äganderätt, utan bara en till lån uttunad licens, så stärker inte det ägandets roll i samhället.

En full äganderätt kan definieras på olika sätt, men det enklaste är att använda ett rättsekonomiskt perspektiv. Den bästa formen av äganderätt är den som gör det enklast möjligt för mig att disponera det objekt som jag köpt. En sund äganderätt är förknippad med väldigt litet transaktionskostnader i nästa överlåtelseled. Men idag har min rätt att äga det jag köpt lösts upp av den koncentrerade, monopolliknande och statsanktioneerade superäganderätt som tilldelats rättighetssällskapen. Om vi är för den individuella äganderätten, så borde vi vara emot denna licensifiering av ägandet.

Upphovsrätten stärker äganderätten. Så långt har dess försvarare rätt, men de har missat att den typ av äganderätt som den stärker är en kollektivistisk, monopol-

liknande äganderätt som koncentreras till ett fåtal aktörer. En rätt som stärks till förfång för individens rätt att äga det han eller hon köper. Upphovsrätten är alltså en monopolrätt snarare än en äganderätt, och det går faktiskt att hävda att den skadar den individuella äganderätten.

Den misstro som ligger inbäddad i motiven för upphovsrätten är oberättigad. Det är givetvis svårt att bevisa, men jag tror inte att det skulle vara slut på innovationer om vi från och med den första januari 2002 tog bort upphovsrätten i Sverige. Förmodligen skulle advokater på området få något mer att göra, och bli sysselsatta med ganska omfattande kontraktuellt arbete, men det skulle inte nödvändigtvis vara dåligt. Rätten till artiklar, musik och andra verk skulle bli föremål för förhandling, istället för lagstiftning

KONTRAKT ISTÄLLET FÖR LAG

En viktig invändning mot resonemanget ovan är att det är tandlöst. Om vi tar bort upphovsrätten och samtidigt bejaktar kontraktuella lösningar tycks hela diskussionen bara vara en skenåtgärd. Vad hindrar rättighetssällskapen från att helt enkelt påfordra avtal med samma innebörd som upphovsrätten, eller med än strängare villkor?

Det korta svaret på den frågan är att inget hindrar rättighetssällskapen från att försöka tillämpa drakoniska avtalsvillkor som kanske till och med går utöver de villkor som nu tillämpas. Redan idag kompletteras upphovsrätten av enorma kontraktmassor. Det är heller inte särskilt klokt att försöka hitta en utväg som består i att förbjuda att man avtalar om orimliga skyddstider, eller licenser som är extremt långtgående. En sådan lösning skulle begränsa avtalsfriheten på ett olyckligt sätt.

Det betyder dock inte att borttagandet av upphovsrätten vore meningslöst. Rättighetssällskapen är starka och de kan säkert tvinga på sina kunder omfattande licenser, men de gör det i så fall i kraft av sin egen ställning och inte i kraft av lag. Det är en första viktig och principiell skillnad. Den andra viktiga skillnaden är att kontraktuella föreskrifter och den marknadskoncentration som rättighetssällskapen uppvisar kan angripas ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Karteller och andra marknadsstörningar kan då hanteras med konkurrenslagstiftningen, och avtalsvillkor jämkas eller monopol brytas upp. Upphovsrätten kan inte jämkas med konkurrensrättsliga medel, och den ger inget stöd för att bryta upp de stora upphovsrättsindustrierna i mindre bitar om de befins vara för dominerande.

Om vi avskaffar upphovsrätten kan vi dessutom hoppas att de som köper artiklar, skivor och annat faktiskt ställer krav på kontroll över det de köper. Vi kan – med litet marknadstro – hoppas att de stora koncentrationer av material som upphovsrätten gjort möjlig löses upp av en alltmer aggressiv marknad och tekniska

marknadskorrekationer, som det lilla och mycket omdebatterade företaget Napster. Napster erbjöd ett datorprogram som möjliggjorde för musikanvändare att byta musik sinsemellan över Internet. En hel del av de musikstycken som byttes på detta sätt var kopierade utan skivbolagens medgivande, och skivbolagen stämde och lyckades stänga Napster.

I Sverige hyllades detta av en hel del högerdebattörer, som menade att det var en seger för just äganderätten och att Napster var den värsta tänkbara form av piratkommunism som tänkas kunde. I själva verket kan man lika gärna hävda att Napster var ett första exempel på att marknaden själv med teknikens hjälp kan korrigera och angripa osunda marknadskoncentrationer och monopolprissättning. (Om Napster vore kommunism skulle låtarna ha försvunnit från den användares dator som låten laddades ned ifrån, kvalitén ha försämrats och användarna med jämna mellanrum deporterats norrut.) I den svenska debatten hyllades dessutom Napster av vänstern, vilket är väldigt märkligt, med tanke på att Napster visade att statens makt reducerats till den grad att Internetanvändarna själva kunde bestämma om de ville eller inte ville följa lagarna. Efter stängningen av Napster har inte utbytet av musik på Internet minskat, utan har istället skiftat till andra program som inte kan angripas av upphovsrättsindustrin, eftersom de saknar central ansvarspunkt.

Napster skulle kunna leva i en värld där kontraktuella villkor var den förhärskande metoden för att skydda musikkonstnärerna. Den som skulle vara ansvarig för skadan som musikartisten upplevde skulle vara den som bröt kontraktet med artisten från första början, den som kopierade ut musikstycket på nätet. Inte tredje man som Napster.

LÄSTIPS:

Barlow, John Perry "The Economy of Ideas", Wired Mars 94

Boyle, James "A Politics of Intellectual Property: Environmentalism For the Net?" draft
[<http://www.law.duke.edu/boylesite/>]

Cohen, Julie "The Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace, 28 Conn. L. Rev. 981 (1996)

Seipel, Peter Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget. I: Vitterhetsakademiens årsbok 1998
[<http://www.juridicum.su.se/iri/seip/text/upphov.htm>]

Vaver, David "Intellectual Property: the State of the Art", The Law Quarterly Review, Vol 116, October 2000

Dessutom tycks invändningen att avtalen kommer att bevara situationen i ett status quo skjuta sig själv i svansen. Om man hävdar att det inte skulle göra någon skillnad, eftersom avtalen fortfarande skulle vara så stränga, så tycks man samtidigt säga att upphovsrätten kan förkortas bort, eftersom den i alla fall inte betyder något. Då har man egentligen bara fört fram ett annat argument för upphovsrättens avskaffande.

BRA FÖR NYA ARTISTER?

En annan invändning är att upphovsrätten visserligen är dålig när det gäller etablerade aktörer och material från kända upphovsmän, men att upphovsrätten faktiskt möjliggör för nya konstnärer att etablera sig. Denna invändning skulle kunna formuleras: "Nya och smala artister har inte möjlighet att lägga kraft bakom sina kontraktuella förhandlingskrav, och skulle diskrimineras i den värld utan upphovsrätt som du skissar. Bara de stora, America Online/Time Warner, Madonna med flera, skulle kunna skydda sina intressen kraftfullt. Hela det schema som du föreslår skulle leda till en nivellering av kulturen, och utplånande av såväl konstmusik som smal litteratur"

I grunden är detta förstås bara en variant av tesen om marknadsmisslyckande som vi redan behandlat. Vad invändningen förutsätter är att marknaden kan skydda de starka, men inte de svaga – och därför behövs en upphovsrätt för åtminstone de svaga. Det är dock oklart hur upphovsrätten skulle stärka de svaga. Antag att du är en oberoende, smal artist som spelat in ett album. Hur är du hjälpt av att du har upphovsrätten till detta album? Det finns ett exempel: antag att det inte finns någon upphovsrätt och att du spridit albumet till vänner och bekanta. Antag vidare att någon tycker att det här är så bra att det spelas på en radiostation. Snart är ditt lilla smala album en succé, men ve och fasa: du har ingen upphovsrätt och har således inte fått royalty för de gånger verket spelats – du är alltså lurad! Upphovsrätten skulle här, antyder invändningen, ge en ny, smal artist en chans att bli rik som annars går artisten ur händerna.

Det intressanta i exemplet är att artisten faktiskt blir inflytelserik. Inför nästa skiva kan artisten ställa krav och begära pengar. Genombrottskivan gav inte mycket pengar, men väl en stark förhandlingsposition. En förhandlingsposition som artisten inte skulle ha haft utan den fria kopieringen och spridningen. Kom ihåg att den svaga och nya artisten knappast står särskilt stark inför förhandlingen med sitt första skivbolag heller. De villkor som dessa lurar på många nya artister är nog faktiskt värre än om artisterna först inte fått något betalt och sedan kunnat ta betalt efter popularitet. Courtney Love,

sångerska i Hole, skrev en uppmärksam debattartikel på detta tema för en tid sedan, där hon menade att skivbolagens retorik om att skydda artisten bara var en rökridå framför det egna kartell- och vinstintresset.

Det tycks alltså som om upphovsrätten – strängt efterlevd och utövad av stora, dominerande aktörer – skulle vara hotet mot smala och små artister, som inte får vare sig tillräcklig spridning eller ersättning. Det är också ett av argumenten som små skivbolagsartister anfört mot skivbolagen i Napsterfallet. Napster, menar dessa smala artister, ger dem en möjlighet att bli stora, och få en förhandlingsposition. Skivbolagen är överraskande nog inte så intresserade av detta.

En annan variant på argument om att borttagandet av upphovsrätten skulle vara skadligt är att ingen skulle ge ut en skiva av någon som var för smal. Små nischpubliker skulle alltså inte få skivor med till exempel bulgarisk körsång. Hur går det då till idag? Jo, skivbolagen tar från de rika och ger till de fattiga med en intern Robin Hood-strategi, och bestämmer sedan vilka smala artister som skall få ge ut skivor. De gör valet åt oss, således. De överpriser som tas ut för en CD tas ut för att finansiera denna

smala utgivning, menar vissa.

Som liberal kan jag tycka att jag själv skulle få fatta beslut om hur mina pengar används och inte betala smalartistskatt för varje CD som jag köper. Om jag är tillräckligt intresserad kan jag till och med skicka in litet pengar varje månad till en förening som kan trycka upp smala skivor i min smak och efter min beställning. Dagens teknik innebär ingen kostnadströskel här.

Det är långt ifrån uppenbart att en god liberal verkligen bör stå upp till upphovsrättens obetingade försvar. Ett sådant försvar måste då grundas i något annat än hänvisningen till äganderättens värde, och det måste dessutom visa hur upphovsrättens expansion kan förenas med yttrandefriheten och den personliga integriteten på ett sätt som ger en tillfredsställande balans mellan dessa värden. Till sist måste den som vill ta upphovsrätten i försvar visa varför samhället nödvändigtvis misslyckas med att uppmuntra skapande och uppfinnande om vi inte förses med upphovsrättens ok.

Lagar föds, lever och dör. Ibland har de en begränsad livstid. Kanske är tiden för upphovsrätten i dess nuvarande form ute.

Nicklas Lundblad (nicklas@acm.org) är doktorand i informatik vid Göteborgs Handelshögskola. Han ger i höst ut en bok om samhälle, anonymitet och informationsteknik på Timbro förlag.