

Creative Commons – en introduktion

14

TVISTER:

Det går inte att gömma sig bakom brittiska lagar.

14

PREMIÄR I PMÖD:

En dom som gällde det mesta.

20

EU-VARUMÄRKET:

Globos ringsignal är inget varumärke.

34

NORGE:

Vigeland till EFTA-domstolen.

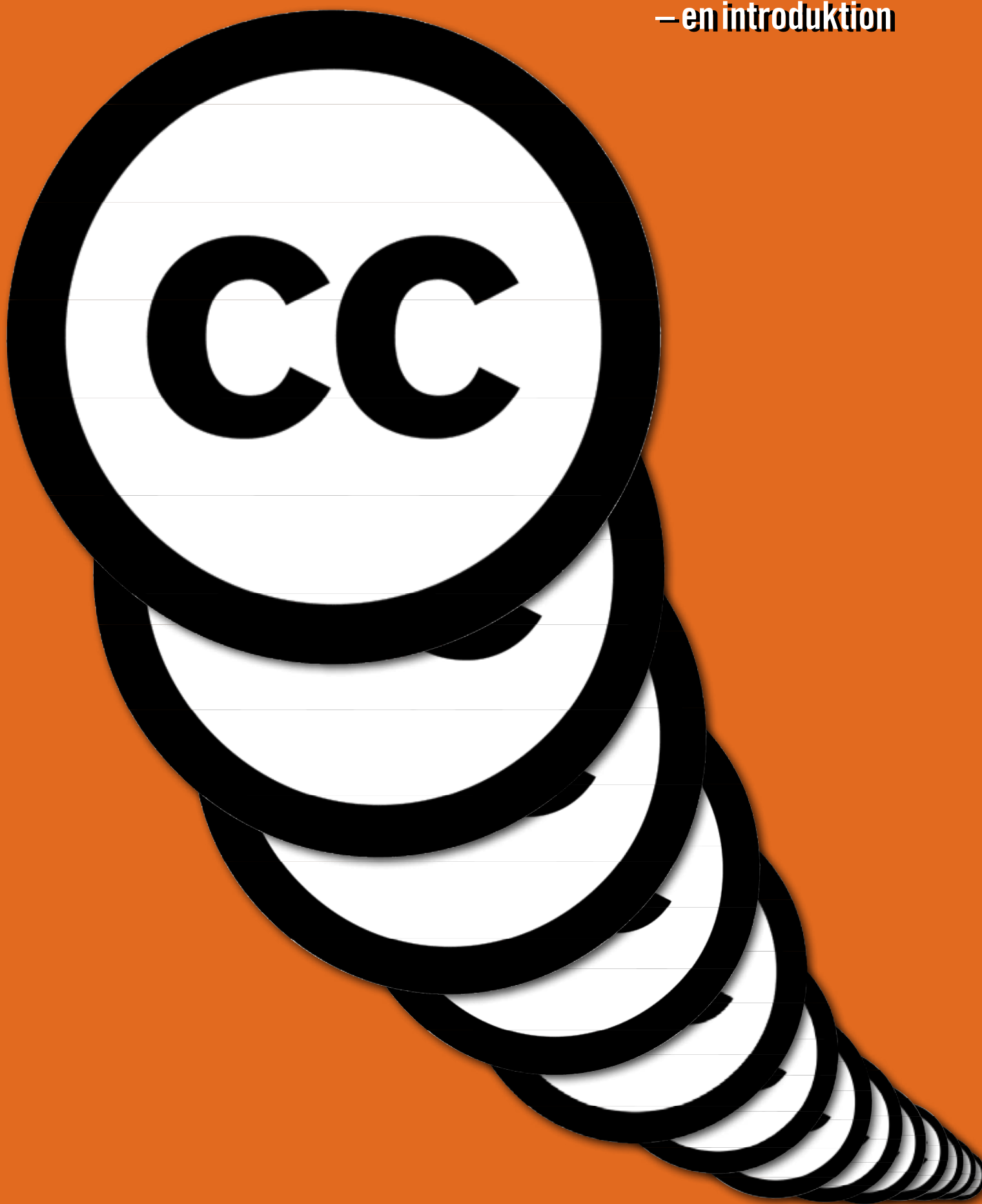
46

SISTA ORDET:

Satisfaction värd ett par tusen?

Creative Commons

– en introduktion



Licenssystemet Creative Commons lämnar ingen oberörd. Licenserna används internationellt och har adapterats till lokala förhållanden i över 50 jurisdiktioner. I artikeln klargörs hur Creative Commons fungerar, med fokus på centrala villkor, möjligheter och risker.

Av Tobias Kempas

Immaterialrätten är, som bekant, uppbyggd på en serie av lagar om ensamrätt. Grundtanken är att den som skapar något nytt måste få särskilda rättigheter och möjligheter att använda sitt verk, sin uppfinning m.m., under en viss tid. Det brukar sägas att skyddet mot obehöriga efterbildningar ger incitament till nya skapande insatser och till offentliggörande av nya verk och tekniker m.m. Sätillvida kan immaterialrätten också sägas vara en förutsättning för kontinuerlig utveckling och förbättring av samhället i stort.

Somliga hävdar, att detta är en förenklad och delvis förskönad bild av immaterialrättens inverkan på skapande och samhällsutveckling. Ensamrätten kan även anses skapa risker för monopolistiskt ägande, d.v.s. uppfattas som ett hinder mot spridning och användning av kreativa prestationer. Genom att minska restriktionerna för användning av immateriella resurser, t.ex. upphovsrättsligt skyddade prestationer (datorprogram, texter, bilder och filmer m.m.), utökas kretsen av personer som kan vidareutveckla innehållet och härigenom bidra till ökad kvalitet, kunskapsspridning och samhällsnytta.

Å ena sidan kan det alltså påstås att "there is no such thing as a free lunch" (samhället ger rättighetshavaren ett privilegium i utbyte mot hans/hennes kreativa arbete). Å andra sidan kan det lika gärna hävdas att "the best things in life are free" (en persons kreativa arbete bör inte begränsas av en annan persons ensamrätt). De som förespråkar "öppet" innehåll och "öppna" licenser ansluter sig ofta till den senare ståndpunkten.

Vad som är "öppet" kan givetvis diskuteras. Vanligen åsyftas upphovsrättsligt skyddat material, inte sällan digitaliserat, som tillhandahålls kostnadsfritt och som kan användas och bearbetas av vem som helst, med ett minimalt mått av restriktioner. För att åstadkomma detta krävs ett licenssystem, som förklarar för rättighetshavaren att, på förhand, lämna sitt generella tillstånd till att andra utnyttjar hans eller hennes verk (eller annat objekt som skyddas av sk närstående rättigheter, t ex sådana fotografiska bilder som inte är verk). Den klart dominerande standarden på området är Creative Commons-systemet.

Creative Commons är en ideell organisation, som grundades 2001 av en grupp amerikanska jurister. Initiativet tillskrivs professor **Lawrence Lessig**, vid Harvard Law School. Idag har Creative Commons över 100 filialer i olika länder, inklusive Sverige. Namnet Creative Commons används ofta som beteckning både på organisationen och på det licenssystem som organisationen har utvecklat.

Den tilltagande användningen av Creative Commons ger anledning att säga något om hur licenssystemet fungerar. Öppet innehåll innebär, i normalfallet, att innehållet kan användas kostnadsfritt. Det innebär dock inte att användningen är oreglerad eller fri från restriktioner. Detta gäller i hög grad även Creative Commons. I det följande hoppas jag kunna belysa några av de centrala villkor som gäller enligt Creative Commons-systemet.

I RÄTTIGHETSHAVARNAS SYFTEN

Möjligheten att använda immaterialrättsligt skyddade objekt, utan att behöva förhandla med eller betala ersättning till rättighetshavarna, är förstas lockande för både företag och privatpersoner. Däremot kan rättighetshavarnas syften vara svårare att förstå. *Varför skulle någon vilja "ge bort" sina immateriella rättigheter, utan något krav på ersättning?*

Vid närmare betraktande kan ett antal skäl identifieras. Det första är helt altruistiskt. Spridning av kreativa prestationer, kunskap osv kan anses vara något gott i sig. Sådana tankar finner vi bl a i universitetsvärlden. Här är det ofta naturligt – och ett självändamål – att publicera nya rön, upptäckter och insatser. Möjligheten att bolagisera och tjäna pengar på verksamheten får då, enkelt uttryckt, stå tillbaka till förmån för de akademiska traditionerna och den allmänna upplysningen.

Ett närliggande incitament är möjligheten till marknadsföring. Innehåll, som får användas och spridas fritt, kan ofta kommuniceras till fler personer. Marknaden kan göras uppmärksam på rättighetshavarens existens, förmåga och utbud genom att användarna använder och själva delar med sig av det fria innehållet. Individer kan använda öppna licenser för att vinna personliga fördelar, såsom publicitet, personlig bekräftelse och

anseende m m. Näringsidkare kan skapa intresse för sina produkter och tjänster, t ex genom att dela med sig av begränsade delar av innehållet, i förhoppning att öka efterfrågan på fullständiga (ej öppna) produkter. Öppet innehåll kan också användas för att skapa nya användargrupper, som i bästa fall kommer att köpa nytt och liknande (ej öppet) innehåll. Vidare kan öppet innehåll kombineras med tilläggsprodukter eller tilläggstjänster, som inte är gratis. Genom att upplåta öppna licenser kan ett bolag också få tillgång till användardata, som kan användas för statistik, vidareutveckling och ytterligare marknadsföring.

Ett tredje argument, som vanligen framhålls av rörelsen för öppen källkod, är att det man delar med sig av kommer att vidareutvecklas och därmed returneras i bättre skick. Många öppna licenser (såsom GNU GPL) bygger på grundtanken att den som bearbetar innehållet måste upplåta samma öppna licens med avseende på den vidareutvecklade produkten. Ibland kan det vara ekonomiskt rationellt, att spara utvecklingskostnader genom att låta någon annan (eller många andra) utveckla innehållet. Här kan också erinras om den sk Joy's law, som säger att "no matter who you are, most of the smartest people work for someone else".¹ Det är i praktiken omöjligt att samla all kunskap och kreativitet i en och samma organisation. Ytterst är det användarna – och inte bolaget – som vet vad användarna vill ha och hur bolagets produkter och verk m m kan förbättras. Öppet innehåll kan underlätta för bolaget att exploatera utomstående individers kunskaper och färdigheter.²

Tidvis kan det också hända, att ett bolag inte ser någon praktisk eller ekonomisk möjlighet att upprätthålla och försvara sina immateriella rättigheter. Det kan också vara svårt att hålla informationen hemlig, t ex om det finns fler bolag som har tillgång till liknande resurser. I sådana situationer kan det övervägas att helt enkelt göra innehållet tillgängligt för alla, inte bara i marknadsföringssyfte, utan också för att försvåra för konkurrenterna att skydda (t ex patentera) innehållet (eller liknande innehåll) eller helt enkelt bara för att det känns bra att dela sitt kreativa

arbete med andra.

Sammanfattningsvis kan det finnas ett antal skäl, såväl ideologiska som ekonomiska, för en rättighetshavare att dela med sig av sina kreativa prestationer, utan att kräva någon direkt kompensation för det öppna innehållet som sådant. Troligen är det också därför användningen av Creative Commons-licenserna ökar exponentiellt. Trenden vittnar om att modellen uppfattas som fördelaktig av en rad olika aktörer, som inte vill begränsas av licensavgifter eller onödigt betygande restriktioner.

2 HUR FUNGERAR CC -LICENSERNA?

2.1 Vilken version gäller?

Den första Creative Commons-licensen lanserades 2002. Därefter har flera nya versioner producerats. Den senaste versionen, som betecknas 4.0, introducerades 2013.

De avtalslutande parterna bör uppmärksamma (och spara information om) vilken version som reglerar det individuella avtalet. Att nya licensversioner tillkommer innebär inte, att innehållet i redan ingångna avtal förändras. Versionerna skiljer sig åt beträffande bl a regleringen av ideella rättigheter, skyldigheten att uppge innehållets skapare och andra bidragsgivare, skyldigheten att uppge innehållets titel, kravet att lämna uppgift om förekommande bearbetningar och rätten att kringgå tekniska skyddsåtgärder.

I det följande utgår jag från innehållet i den senaste versionen, 4.0. Förekommande citat avser den svenska översättningen, som tillhandahålls av Creative Commons Sverige.

2.2 Fokus på upphovsrätt

Creative Commons-licenserna kan tillämpas på "konstnärliga eller litterära verk, databas, eller annat material". Licensrättigheterna är begränsade till "all Upphovsrätt eller Närstående rättigheter". Dessa villkor, jämte avtalens innehåll och konstruktion i övrigt, utvisar att licenserna reglerar endast upphovsrättsliga prestationer och rättigheter. Begränsningen till upphovsrättsliga objekt framhålls också på organisationen Creative Commons egen webbplats, <https://creativecommons.org>.

Avtalen kan tillämpas på nästan alla slags upphovsrättsliga alster (bilder, textmaterial, webbsidor, filmklipp och musikstycken m m). Creative Commons bör dock inte användas i fråga om datorprogram, vilket beror bl a på att avtalen saknar adekvata bestämmelser om hantering av källkod. Licenserna bör inte heller användas med avseende på objekt som skyddas även av annan immaterialrättslig lagstiftning, i vart fall inte utan att samtidigt (parallellt) reglera de ytterligare särskilda aspekter som då

aktualiseras. Exempelvis är det olämpligt att använda en Creative Commons-licens för upplåtelse av rätt till brukskonst, som samtidigt skyddas av mönsterrätt (dvs som design). De förfoganden som regleras av Creative Commons-licenserna återspeglar inte de ensamrättigheter en mönsterrättshavare förfogar över. Dessutom gäller licenserna under den upphovsrättsliga skyddstiden, som vanligen är betydligt längre än den mönsterrättsliga skyddstiden. Samtidigt existerande upphovsrättigheter och mönsterrättigheter kan också skilja sig åt beträffande det territoriella skyddsområdet. Dyliga skillnader finns mellan upphovsrätten och de övriga immaterialrättsliga skyddssystemen. Samtliga Creative Commons-licenser anger dessutom att patent- och varumärkesrättigheter inte omfattas.

För att undvika oklarheter tillämpas licenserna inte på förfoganden som, även utan avtal, är tillättna enligt gällande rätt (t ex framställning av tillfälliga exemplar i olika servrar, privatkopiering, citat, spridning av exemplar för vilka rättigheterna har konsumerats m m). Annorlunda uttryckt möjliggör licenserna för rättighetshavaren att reglera villkoren för upphovsrättsliga förfoganden (exemplarframställning och allmänt tillgängliggörande) som, i avsaknad av avtal, hade inneburit ett intrång i upphovsrätten. I konsekvens härmed ska licenserna inte heller tillämpas på prestationer som överhuvudtaget inte skyddas av upphovsrätt eller närstående rättigheter (t ex om det upphovsrättsliga originalitetskravet inte är uppfyllt). Således kan även den effekten uppstå, att licenser med avseende på ett specifikt innehåll kan göras gällande i vissa länder men inte i andra, beroende på de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna i varje enskilt land.

2.3 Medieformer och format

Creative Commons-licenserna är, i praktiken, främst ägnade att främja vidareutnyttjande av innehåll som har publicerats på internet. Formellt är avtalen emellertid tillämpliga på användning av skyddat innehåll "i alla nu kända och kommande medieformer och format", inklusive användning av verk i analogt format. Eventuella tekniska anpassningar, som behövs för att kunna använda innehållet i/genom en annan teknik än den ursprungliga, strider inte ens mot licensvarianterna CC BY-ND och CC BY-NC-ND (som i övrigt förbjuder allmänt tillgängliggörande av bearbetade versioner, se vidare avsnitt 2.5 nedan).

Det skulle kunna hävdas, att hänvisningen till alla "kommande" medieformer och format är alltför diffus för att kunna upprätthållas i alla situationer, eftersom framtida

(ej existerande) tekniker och nyttjandesätt alltid är svåra att förutse och överblicka vid avtalets ingående. Enligt den upphovsrättsliga s k specifikationsprincipen ska oklara rättsupplåtelser tolkas restriktivt eller direkt inskränkande, till rättighetshavarens förmån. Hur långt nyttjanderätten sträcker sig får ytterst avgöras av domstol, i ljuset av faktorer såsom verkets art, graden av ideellrättslig prägel, avtalets syfte och praktiska funktion, rättighetshavarens position vid avtalets ingående och parternas agerande under och efter avtalslutet.³

2.4 Avtalslut och avtalstid

En Creative Commons-licens möjliggör för rättighetshavaren, att ingå avtal med ett stort antal okända rättighetshavare. Varje enskilt avtal sluts genom att användaren utnyttjar (någon av) de licensierade rättigheterna enligt avtalet, dvs genom att förfoga över innehållet på ett sätt som omfattas av den valda licensen och som annars hade varit förbjudet. Som exempel kan nämnas situationen, att ett bolag laddar ner ett fotografi, som en rättighetshavare tillgängliggör via www.flickr.com och även tillåter att någon annan använder enligt en vald Creative Commons-licens. Nedladdningen innebär exemplarframställning. Framställningen sker inte för privat bruk. Det finns inte heller något tillämplig regel som inskränker upphovsrätten. Ett sådant förfogande kräver alltså att bolaget tar licensrättigheterna i anspråk, vilket innebär att avtalet ingås.

Avtalet gäller "under skyddstiden för den Upphovsrätt och/eller de Närstående rättigheter som licensieras". Creative Commons-licenserna kan, enligt sin ordalydelse, inte sägas upp. Om rättighetshavaren avbryter sitt allmänna tillgängliggörande av innehållet, innebär den åtgärden inte något upphörande av individuella avtal som redan har träffats. Här kan återigen anmärkas, att regleringen skulle kunna uppfattas som alltför långtgående eller onödigt omfattande, i vissa situationer. Som exempel kan nämnas situationen att en licenstagare, som inte har använt ett licensierat verk under lång tid, önskar återuppta användningen av verket med stöd av den tidigare erhållna licensen. Den användningsplikt, som en licenstagare ofta anses ha (även om skyldigheten inte uttrycks i avtalet), skulle under dyliga förhållanden eventuellt kunna anföras som skäl att tillerkänna upphovsmannen en uppsägningsrätt, möjligen även med stöd av 36 § AvtL.⁴ Utrymmet för jämkning eller



ogiltigförklaring bör dock vara begränsat, bl a eftersom (a) villkoren inte kan dikteras av användaren, (b) Creative Commons-licensiering förutsätter ett aktivt handlande från rättighetshavaren och (c) rättighetshavaren enkelt kan informera sig om villkorens innebörd på förhand (vissa ytterligare frågor angående giltighet och jämkning behandlas i avsnitten 3.3–3.4 nedan).

Om användaren bryter mot licensavtalet upphör rättigheterna automatiskt att gälla.⁵ Ett sådant villkor skulle sannolikt inte accepteras av en licenstagare vid en individuell förhandling. Sanktionen kan i praktiken liknas vid hävning, som vanligen aktualiseras endast om avtalsbrottet är väsentligt. Creative Commons-licensiering är dock speciell bl a såtillvida, att avtalet i övrigt kännetecknas av mycket långtgående eftergifter från rättighetshavarens sida. Således framstår villkoret knappast som oskäligt mot användaren. Dessutom gäller, enligt samtliga Creative Commons-licenser, att licensrättigheterna automatiskt restitueras (återställs/återinförs) från den dag avtalsbrottet upphör, förutsatt att rättelsen sker inom 30 dagar från den dag användaren varseblev avtalsbrottet.

2.5 Licenstyper

En rättighetshavare, som önskar upplåta rätt åt andra att använda ett verk, kan i dagsläget välja huvudsakligen mellan sex olika Creative Commons-licenser. Härutöver kan den s k CC0-licensen väljas, i syfte att placera verket i det som amerikanerna betecknar "public domain". Denna särskilda licenstyp kommenteras inte närmare nedan, bl a eftersom de flesta länder i Europa inte tillämpar någon rättslig motsvarighet till "public domain". I Sverige (och andra europeiska länder) har upphovsmannen ingen möjlighet att helt avstå från sina ideella rättigheter, dvs rätten att anges som upphovsman till verket (patentetsrätten) och rätten till respekt för verket (respekträtten). Vad upphovsmannen kan efterge, härvidlag, avgörs vid en skälighetsbedömning i varje enskilt fall. Den situation som i Sverige närmast motsvarar "public domain" är att skyddstiden har utlöppt och, således, att någon upphovsrätt formellt inte längre existerar. Av bl a den anledningen bör en användare inte helt förlita sig på CC0-licensen såvitt gäller användning i Sverige (eller i andra länder där samma eller liknande regler gäller).

Vid valet av licenstyp måste rättighetshavaren ta ställning till några centrala frågor. Om rättighetshavaren vill förhindra användaren att förfoga över (t ex distribuera) översättningar, bearbetningar och liknande andrahandsverk (i avtalen betecknade "Bearbetningar") ska han välja en av de två licenser

som innehåller villkoret ND (No Derivatives). Licensmodulen ND förhindrar bl a att en licensierad bild beskärs av användaren.

Om Bearbetningar tvärtom tillåts, måste rättighetshavaren överväga om användaren ska vara skyldig att dela med sig av (upplåta motsvarande öppna licenser för) sina eventuella Bearbetningar. En sådan skyldighet kräver att licenstillägget SA (Share Alike) väljs. Möjligheten att avstå från SA är en betydelsefull avvikelse från den ursprungliga idéläran, att öppet innehåll ska förbli öppet, även i bearbetad form. Såvitt gäller Bearbetningar bör också noteras att licensmodulen SA i praktiken medför en viss begränsning av möjligheten att använda verket kommersiellt, även om tillägget NC inte gäller (angående NC, se vidare nedan). Licensmodulen SA innebär ju bl a att användaren, enligt vad som nyss har sagts, inte kan ta betalt för sin obligatoriska upplåtelse av licensrättigheter till Bearbetningarna.

Villkoret NC (Non Commercial) kan väljas för att förhindra kommersiell användning av verket. I den senaste versionen av villkoren (4.0) begränsas användningen till förfogande "som inte primärt är avsett för eller har som mål en kommersiell fördel eller ekonomisk kompensation". Exakt hur denna definition ska tolkas är en öppen fråga. Organisationen Creative Commons understryker själv, att det är fråga om kommersiell (och därmed otillåten) användning om t ex ett företag använder

NÅGRA AV CREATIVE COMMONS LOGOTYPER



CC logo circle



CC full logo



Full Science Commons logo



Share music badge



Some rights reserved button.

SOME RIGHTS RESERVED



Sampling plus logo

en bild eller en text på företagets webbplats eller om en bild trycks i en bok, oavsett om användaren faktiskt betingar sig ersättning för verket. Creative Commons påtalar också att opinionsbildande dagstidningar, inklusive gratistidningar, samt vissa utbildningsinrättningar agerar i kommersiellt syfte och därför inte kan använda innehåll som har försetts med villkoret NC.⁶

Hur svensk domstol skulle resonera är inte helt klart, bl a eftersom avtalstolkningen primärt ska utgå från parternas (och inte Creative Commons) avsikter och eftersom den citerade definitionen av NC (se ovan) inte har någon exakt motsvarighet i svensk rätt.⁷ Viss ledning torde kunna hämtas från marknadsrättens lokution "avsättningsfrämjande syfte", dock med reservation för att Creative Commons tycks mena att även rent opinionsbildande kommunikation kan omfattas av förbudet (om avsändarens verksamhet rent allmänt syftar till att generera intäkter). Det står också relativt klart att licensmodulen NC tillåter mer än vad som ryms inom det upphovsrättsliga begreppet "privat bruk" (12 § URL). Bedömningen kompliceras till viss del av det grundläggande villkoret, att avtalet tillämpas endast på förfoganden som annars är förbjudna enligt gällande rätt (se avsnitt 2.2 ovan). Exempelvis tycks Creative Commons uppfattning, att journalistisk verksamhet är kommersiell (och därmed förbjuden enligt licensmodulen NC), inte förhindra skälig och begränsad användning i Sverige av verk⁸ för journalistiska ändamål enligt 22 § URL (citat) eller 25 § URL (nyhetsrapportering av dagshändelser). Motsvarande kan sägas om framställning av exemplar för undervisningsändamål (se 14 och 18 §§ URL). Sammanfattningsvis är det svårt att bedöma exakt hur licensmodulen NC ska uppfattas, åtminstone enligt svensk rätt. En användare, som är näringsidkare, bör under alla omständigheter undvika dessa villkor.

Licensmodulen BY, som är obligatorisk, betecknar användarens skyldighet att lämna viss information, inklusive uppgift om rättighetshavaren, när användaren själv gör innehållet tillgängligt för allmänheten. Attributionskravet kan principiellt liknas vid den upphovsrättsliga sk paternitetsrätten, dvs upphovsmannens rätt att bli angiven som sådan när verket reproduceras eller tillgängliggörs (3 § URL). Villkoren diskuteras närmare i avsnitt 2.6 nedan.

Rättighetshavaren kan välja mellan och kombinera de fyra grundläggande modulerna (BY, ND, NC och SA) på olika sätt. Detta ger en möjlighet att välja mellan totalt sex olika licensavtalstyper:

1. CC BY
2. CC BY-ND

3. CC BY-ND-NC
4. CC BY-NC
5. CC BY-NC-SA
6. CC BY-SA

Från ett användarperspektiv är licensvarianten CC BY mest förmånlig. Frånvaron av licensmodulerna ND, NC och SA ger stora möjligheter till kommersiell användning (reproduktion, distribution m m) och olika former av bearbetningar, till vilka licensstagan kan förbehålla sig ensamrätt. Licensen, som är kostnadsfri, är avsedd att gälla i hela världen och är inte avgränsad till användning i något specifikt forum eller format. En viktig begränsning är dock, att användaren inte får utnyttja sin egen ensamrätt att förfoga över bearbetningar m m i syfte att hindra någon annan från att använda det ursprungligen licensierade verket. Användaren får alltså inte tillämpa egna villkor och/eller tekniska åtgärder som inskränker tredje mans möjlighet att använda det innehåll som licensieras enligt Creative Commons-avtalet. Vidare är det viktigt att observera attributionskravet.

2.6 Närmare om kravet på attribution m m (BY)

Samtliga Creative Commons-licenser kräver att användaren uppger viss information, när användaren gör innehållet tillgängligt för allmänheten. Det är alltid obligatoriskt (a) att ange att innehållet har ändrats av användaren (endast i förekommande fall), (b) att bevara uppgifter om tidigare ändringar (endast i förekommande fall) och (c) att ange att innehållet licensieras enligt aktuell Creative Commons-licens, tillsammans med fullständig information om licensavtalets innehåll, vilket kan ske genom återgivning av avtalstexten eller genom referens till avtalet i form av en URI eller hyperlänk.

Vanligen har licensgivaren själv angivit viss ytterligare information. Följande uppgifter ska, om de har lämnats av licensgivaren tillsammans med innehållet, behållas av användaren när denne själv gör innehållet allmänt tillgängligt:

- 1 Identifiering av skaparen/skaparna av innehållet och, eventuellt, andra som ska erkännas. Om pseudonym har använts ska den behållas.
- 2 Ett meddelande om upphovsrätt. Om rättighetshavaren t ex har uppgivit "© Brand Eye AB" måste den märkningen alltså behållas.
- 3 Ett meddelande som hänvisar till aktuell Creative Commons-licens.
- 4 En URI eller hyperlänk till innehållet, i den mån detta är rimligt genomförbart. Vid de flesta förfoganden är detta krav enkelt uppfyllt. Vid analog användning kan URI eller URL anges i tryckt text (givetvis förutsatt att innehållet har publicerats på internet).
- 5 Ett meddelande som hänvisar till friskrivning

från garantier. Notera att detta krav, liksom de övriga kraven (punkterna 1-4 ovan), inte innebär någon skyldighet för användaren att själv formulera den text som ska uppges. Användaren är endast skyldig att bevara (återupprepa) den information som licensgivaren i förekommande fall själv har presenterat tillsammans med innehållet.

Härutöver anses det vara god sed att uppgive innehållets titel, om sådan finns. Ibland förekommer också, att användaren länkar till rättighetshavarens användarprofil, t ex på Flickr.

Samtliga ovannämnda uppgifter, inklusive de som alltid är obligatoriska, kan enligt Creative Commons-licenserna presenteras "på varje rimligt sätt med tanke på det medium, sätt och sammanhang" i vilket användaren gör innehållet allmänt tillgängligt. Licenserna förklarar också, att det kan vara tillräckligt att tillhandahålla en URI eller hyperlänk till en resurs som innehåller den information som krävs.

Vidare föreskrivs att användaren, om licensgivaren begär detta och det är rimligt genomförbart, måste avlägsna angiven information enligt punkterna 1-5 ovan. Även information enligt punkten 3 ovan omfattas av denna skyldighet, vilket framstår som motsägelsefullt, eftersom villkoren samtidigt anger att uppgift om aktuell Creative Commons-licens, jämte full information om licensvillkoren, *alltid* måste presenteras när innehållet tillgängliggörs (se första stycket ovan, vid (c)). Att licensgivaren kan förbehålla sig anonymitet, genom att begära borttagning av information enligt punkt 1 ovan, är enklare att förstå. Rätten att kräva anonymitet stämmer väl överens med upphovsmannens motsvarande möjlighet enligt svensk upphovsrätt⁹ och strider inte mot paternitetsrätten (jfr avsnitt 2.5 ovan).

Exakt hur informationskraven ska uppfyllas i varje enskilt fall går inte att säga, bl a eftersom villkoren ger utrymme åt användaren att uppfylla kraven "på varje rimligt sätt". Hårtill kommer att det finns flera äldre versioner av Creative Commons-licenserna (se avsnitt 2.1 ovan). De olika versionerna skiljer sig åt bl a beträffande informationskraven. Således är det viktigt att användaren noggrant uppmärksammar vilka krav som gäller i det enskilda fallet. Här bör försiktighetsprincipen vara en gyllene regel. I tveksamma fall är det säkrast att ange mer information, snarare än att sträva efter minimalism.

Följande (fiktiva) exempel - DEN GLADA KATTEN - illustrerar hur kraven kan uppfyllas:



Den Glada Katten <http://www.flickr.com/photos/svensson/123456789>
 © Tomcat Svensson, <http://www.flickr.com/photos/svensson>
 (Licensed under CC BY 4.0 <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.en>)

I detta exempel anges alltså:

- Verkets titel (Den Glada Katten)
- Hyperlänk till verket (<http://www.flickr.com/photos/svensson>)
- Uppgift om skaparen/licensgivaren (Tomcat Svensson)
- Meddelande om upphovsrätt (© Tomcat Svensson),
- Hyperlänk till skaparens profil på Flickr (<http://www.flickr.com/photos/svensson>)
- Upplysning om att verket är licensierat under CC BY 4.0 (License CC BY 4.0)
- Hyperlänk till avtalad version av CC BY (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.en>)

Vid förfoganden på internet är det inte nödvändigt att skriva ut hela hypertextlänken. Det räcker att infoga hypertextlänk(ar), på adekvat plats(er). Exemplet ovan har valts för att illustrera, att informationskraven kan uppfyllas även i analog media (t ex tryckta skrifter). En kortare version, som kan användas på webben, skulle alltså kunna lyda som följer:

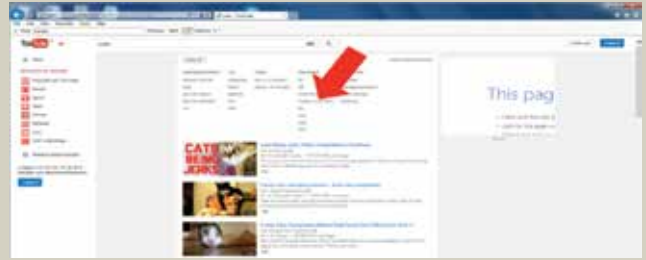
Den Glada Katten, © Tomcat Svensson, licensed under CC BY 4.0.

I detta exempel är det möjligt att klicka på verkets titel, för att besöka den plats där verket ursprungligen har publicerats av licensgivaren. Länken vid licensgivarens namn leder till hans profil på Flickr. Länken vid uppgiften om aktuell Creative Commons-licens leder till de fullständiga licensvillkoren.

2.7 Att hitta licensierat innehåll

En rad välkända lagringstjänster, sökmotorer och portaler använder funktioner, som underlättar för rättighetshavare och användare att ingå Creative Commons-licensavtal. Många av dessa mellanhander, såsom YouTube, Flickr, och Google, tillhandahåller också filterfunktioner, som underlättar för besökarna att identifiera licensierat innehåll. Vidare erbjuder organisationen Creative Commons en egen sökfunktion, som kan användas för att lokalisera licensierat innehåll (se <http://search.creativecommons.org>).

Det sagda kan illustreras genom att använda YouTube som exempel.



Skärmbilden ovan visar resultatet efter en sökning på ordet "cats". I anslutning till träfflistan återfinns en klickbar rullista, kallad "Filter", som markeras av den röda pilen.

Om användaren klickar på "Filter" framträder en undermeny, som innehåller flera val. Ett av dessa val är "Creative Commons". Detta framgår av följande skärmbild.



Om användaren klickar på "Creative Commons" framträder en ny och "filtrerad" resultatlista. Den listan innehåller endast filmklipp som licensieras enligt en Creative Commons-licens. Om användaren väljer (klickar på) ett av dessa filmklipp, är det möjligt att ta del av ytterligare information om den aktuella Creative Commons-licensen. Den informationen, framträder om användaren klickar på knappen "Visa Mer". Pilen i skärmbilden nedan indikerar var uppgiften är placerad.



Här framgår att rättigheter till det valda klippet upplåts enligt CC BY. Den licenstypen är, för närvarande, den enda Creative Commons-licens som kan väljas vid användning av tjänsterna på YouTube. Om användaren klickar på den markerade textraden framträder ytterligare information om licensen.

Andra tjänster och mötesplatser, såsom Flickr och SoundCloud, ger licensgivarna (och därmed även användarna) möjlighet att välja mellan olika Creative Commons-licenser. Förloppet är dock principiellt detsamma som i exemplet ovan. Rättighetshavarna kan, i samband med uppladdning av innehåll, välja att upplåta licensrättigheter. Användarna kan söka efter licensierat innehåll med hjälp av filterfunktioner.

3 ÖVRIGT ATT NOTERA

3.1 Jurisdiktion och lagval

Creative Commons-licenserna innehåller inga prorogations- eller lagvalsklausuler. Gränsöverskridande tvister, mellan rättighetshavare och användare, får därmed hanteras enligt gällande bestämmelser i internationell privat- och processrätt. Det gäller exempelvis om innehållet har använts på internet. Jurisdiktions- och lagvalsfrågorna kan, i sådana situationer, vara särskilt svåra att hantera i fråga om påstått upphovsrättsintrång.

Låt oss anta att rättighetshavaren och användaren har sina respektive hemvister i två olika EU-medlemsländer. Användaren har först laddat ner och sedan själv publicerat rättighetshavarens innehåll på internet, under antagande att förfogandet är tillåtet enligt en Creative Commons-licens. Rättighetshavaren anser emellertid att användaren har brutit mot licensvillkoren och, följaktligen, att rättigheterna har upphört att gälla (jfr avsnitt 2.4, sista stycket, ovan). Rättighetshavaren väcker därför talan mot användaren. I denna situation vilar intrångstalan på utomobligatorisk grund. Användaren, som således är svarande, invänder att licensen fortfarande gäller. Svaromålet grundas alltså på avtal. Därmed uppstår frågan, vilka jurisdiktions- och lagvalsregler som ska ges företräde. Mycket förenklat kan sägas att rättighetshavaren, i detta exempel, har goda möjligheter att få intrångstalan prövad i sitt hemvistland, enligt hemvistlandets lag. Om rättighetshavaren yrkar ersättning för skador som har uppstått även i andra länder och/eller förbud mot fortsatt användning även i andra länder, är det dock säkrast för rättighetshavaren att väcka talan i svarandens hemvistland.¹⁰

I övrigt finns här inte utrymme att diskutera hur dylika konflikter ska hanteras. Aktörer som regelbundet använder Creative Commons-licenser för upplåtelse eller användning av skyddat innehåll bör dock ägna dessa frågor erforderlig uppmärksamhet.¹¹

3.2 Licensernas huvudsakliga omfattning

Ovan har betonats att Creative Commons-licenserna avser upplåtelse av upphovsrätt och närstående rättigheter, med vissa undantag (se avsnitt 2.2). Licenserna som sådana medför ingen rätt att använda någon annans varumärke, firma, mönster, annan immaterialrätt eller någon annans namn eller bild i reklam. Innehållet får inte heller användas på ett sätt som står i strid med marknadsföringslagen. Ytterligare lagar och regler, såsom personuppgiftslagen, kan aktualiseras från fall till fall. Detta kan visserligen låta självklart, men kan vara nog så svårt att kontrol-

lera för många företag och organisationer.

Således är det generellt en god idé, att låta anställd jurist eller advokat förhandsgranska all önskad användning av licensierat innehåll. En sådan rutin kan också säkerställa, att användningen är förenlig med licensvillkoren. Här är det förstås viktigt att uppmärksamma vilken licenstyp som gäller (se avsnitt 2.5). Exempelvis ger licenstypen CC BY-NC inte alls samma förfoganderätt som licenstypen CC BY. Vidare bör noteras, att Creative Commons-licenserna inte reglerar den upphovsrättsliga sk respekträtten, alltså de regler som förbjuder (a) kränkande ändringar av verket och (b) allmänt tillgängliggörande av verket i kränkande form eller sammanhang. Dessa rättigheter är inte harmoniserade inom EU och kan således uppfattas och tillämpas på olika sätt i olika länder.

3.3 Licensernas existens och giltighet

Det är välkänt, att internet i hög utsträckning används för olovlig uppladdning av upphovsrättsligt skyddat innehåll. Olovligt uppladdat material kan, som huvudregel, inte lagligen användas av någon annan än rättighetshavaren. En Creative Commons-licens skyddar inte användaren mot risken, att innehållet ursprungligen har laddats upp utan tillstånd från rättighetshavaren.¹² Det framgår ofta, men inte alltid, av sammanhanget att licensen faktiskt upplåts av någon som är behörig att förfoga över innehållet. I osäkra fall är det naturligtvis bäst att inte använda materialet. En försiktighetsåtgärd kan vara, att först ta direkt kontakt med den som uppger sig vara rättighetshavare.

Det händer också (även om det är ganska ovanligt) att rättighetshavaren påstår, att den Creative Commons-licens han har upplåtit inte gäller. Alternativt påstås att licensen inte omfattar användarens faktiska förfogande, i något avseende. Dylika frågor har endast i begränsad utsträckning prövats i domstol. De har mig veterligen aldrig prövats i Sverige. En genomgång av ett tiotal domstolsavgöranden, av vilka merparten har meddelats i USA, indikerar att en användare som följer licensvillkoren bör kunna förlita sig på att licensavtalet gäller. En rättighetshavare, som allmänt ångrar att han har upplåtit en viss licens, kan inte räkna med framgång i domstol. Argument av typen "jag förstod inte" har inte godkänts.¹³ Underlaget ger inte anledning att dra långtgående slutsatser om innehållet i svensk rätt, men det kan ändå vara intressant att notera att domstolarna generellt har utgått från att Creative Commons-licenserna gäller enligt sin ordalydelse. En bidragande orsak är sannolikt, att upplåtelse av en Creative Commons-licens förutsätter ett aktivt handlande från rättighetshavaren.

Det gäller även på internet. De flesta webbtjänster och mellanhänder m m, som ger möjlighet att upplåta Creative Commons-licenser, kräver att rättighetshavaren markerar sitt innehåll på visst sätt. Vidare är det enkelt för rättighetshavaren att översiktligt bekanta sig med licensvillkoren, t ex genom att besöka Creative Commons webbplats.

Slutligen bör noteras, att rättighetshavaren alltid kan sluta distribuera sitt verk under en Creative Commons-licens. Ett sådant återkallande innebär visserligen inte att en redan upplåten licens upphör att gälla (se avsnitt 2.4 ovan), men åtgärden kan i praktiken försvåra för användaren att visa att licens tidigare har upplåtits. När licensrättigheterna första gången tas i anspråk, dvs vid avtalslutet, gör användaren därför klokt i att dokumentera sina rättigheter. Vid förfogandet på internet kan sådan bevisning åstadkommas t ex genom en skärmbild, som visar vilken licenstyp som gäller och vid vilken tidpunkt verket laddades ner. Det finns också särskild programvara som kan användas för ändamålet, exempelvis ImageStamper.

3.4 Ansvarsbegränsningar

Samtliga Creative Commons-licenser innehåller långtgående friskrivningar, som syftar till att i möjligaste mån skydda rättighetshavaren (licensgivaren) från diverse anspråk från användaren. Villkoren ska, i möjligaste mån, tolkas som "en absolut friskrivning och avstående från allt ansvar". Således kan en användare, i normalfallet, inte göra något fel-ansvar eller annat ansvar gällande mot rättighetshavaren, t ex om innehållet skulle visa sig vara oanvändbart eller behäftat med faktafel. Ansvarsbegränsningarna omfattar, enligt ordalydelsen, även situationer då licensgivaren har varit vårdslös. Villkoren anger t.o.m. att licensgivaren inte ansvarar för rättsliga fel.¹⁴ Avtalsförfattaren har dock uppenbarligen insett, att det kan finnas situationer då villkoren inte lagligen kan göras gällande mot användaren. Således anger villkoren bl a att "[v]id tillfällen där totala friskrivningar av utfästelser eller delar av dem inte är tillåtna är det möjligt att denna friskrivning inte gäller...".

Enligt svensk rätt brukar friskrivningar inte gälla när en avtalsbrytande part har varit grovt vårdslös eller om uppsåt har förelegat. Det är också möjligt att, enligt 36 § AvtL, göra en mer nyanserad helhetsbedömning av om ansvarsbegränsningen är oskälig och, i så fall, avgöra var skälighetsnivån ligger. Den senare metoden har onekligen den fördelen, att ansvarets omfattning och innebörd kan anpassas till de individuella omständigheterna.

Således finns det, enligt svensk rätt, en

möjlighet att åsidosätta alltför långtgående avtalade ansvarsbegränsningar. Vad som är oskäligt måste dock avgöras från fall till fall. Vid bedömning av Creative Commons-licenser bör, enligt min mening, särskild betydelse tillmätas förhållandet att licensgivaren inte betingar sig någon ekonomisk ersättning för upplåtelsen. Vidare ska anmärkas att rättighetshavaren normalt inte vet vilka parter som kan komma att använda innehållet eller för vilka syften. Det borde därför vara rimligt att placera en högre grad av risk på den enskilde användaren.

Sammanfattningsvis torde användarens rätt, att rikta anspråk mot licensgivaren, oftast vara mycket begränsad. Om licensgivaren är näringsidkare kan användaren möjligen ha högre befogade förväntningar, särskilt beträffande licensgivarens rätt att upplåta licensen, vilket i undantagsfall skulle kunna vara en grund för jämkning av villkoren rörande rättsligt fel. Det bör dock inte komma ifråga att, i strid med villkorens lydelse och syfte, generellt utsträcka licensgivarens ansvar så att det omfattar immaterialrättsligt fel.¹⁵

Licensernas friskrivningsvillkor indikerar att Creative Commons bör användas främst för mindre upplåtelse. Om avtalet har stor kommersiell betydelse för endera parten och/eller om innehållet kan antas represen-

tera stora ekonomiska värden, bör parterna (och särskilt användaren) överväga att förhandla ett individuellt avtal, som innehåller en situationsanpassad och mer förutsebar reglering av ansvaret.

4 Avslutande kommentarer

Det finns olika uppfattningar om öppet innehåll och öppna licenser. En uppenbar utmaning är att licensavtalen måste tolkas och tillämpas enligt nationell rätt, trots att de ofta bär spår av hänsyn till amerikansk rätt. Samtidigt är det ett faktum, att öppna lösningar idag används i mycket hög utsträckning. Användningen av Creative Commons ökar exponentiellt. Det är fullt tänkbart att en modern sedvänja sui generis kommer att utvecklas på upphovsrättsområdet. Det kan också noteras att Creative Commons har givit upphov till förhållandevis få domstolsvister, trots att licenserna har använts på marknaden i snart 15 år. Detta skulle kunna indikera, att rättighetshavare och användare i stort är överens om hur licenserna ska uppfattas och tillämpas. Risken för tvister ökar dock i takt med användningen. För eller senare kommer vi att få ett eller flera svenska domstolsavgöranden att förhålla oss till. Jag ser med stort intresse fram emot den fortsatta utvecklingen.



Advokat Tobias Kempas, verksam i Advokatfirman Vinge, är specialiserad på immaterialrätt och marknadsföringsrätt. Han arbetar med kommersiella avtal, tvister och rådgivning, bl a inom områdena upphovsrätt, känneteckensrätt, designrätt och illojal konkurrens. Tobias har tidigare arbetat som bolagsjurist i Telenor Sverige, med fokus på utveckling, kommersialisering och försvar av immateriella tillgångar samt reklamrelaterade förhandlingar och tvister. Han är aktiv i flera immaterialrättsliga organisationer och anlitas regelbundet som föreläsare, bl a beträffande upphovsrättsliga frågor.

FOTNOTER

- 1) Uttrycket tillskrivs den amerikanske programmeraren Bill Joy, som är en av grundarna av Sun Microsystems.
- 2) Som exempel kan nämnas att elbilstillverkaren Tesla Motors har valt att upplåta öppna licenser beträffande en stor del av sin patenterade teknik (inklusive mjukvara), i förhoppning att teknikutvecklingen ska accelerera.
- 3) Jfr NJA 2010 s. 559 p. 9 i domskälen. Se även Svea hovrätts avgörande den 17 juni 2016 i mål T 9046-15, i vilket hovrätten påpekade att on-demand-nyttjanden via internet inte kunde förutses när ett visst avtal ingicks 1981. Hovrätten bedömde därför att avtalet från 1981 inte medgav sådana förfoganden. Hovrätten konstaterade dock också att rättighetshavaren, genom både passivitet och konkludent handlande, sedermera hade accepterat de aktuella förfogandena. Således förelåg inget intrång.
- 4) Jfr SOU 2010:24 s. 106-117 och särskilt det av utredaren (Jan Rosén) kommenterade avgörandet från Hovrätten över Skåne och Blekinge, den 3 april 2008, i mål nr T 1512-07 (Joureläkarboken).
- 5) Villkorens ordalydelse antyder, att avtalet i sin helhet inte upphör i en sådan situation.
- 6) Se P. Kimpel, Fri kunskap tack vare Creative Commons licenser, konsekvenser, risker och bieffekter av licensmodulen "icke kommersiell användning – NC", Wikimedia Deutschland, iRights.info och Creative Commons Germany, tillgänglig via https://se.wikimedia.org/wiki/Fil:Fri_kunskap_tack_vare_Creative_Commons_licenser.pdf, senast besökt den 9 juni 2016.
- 7) Vägledande rättspraxis saknas. Se dock den skiljaktiga meningen i Svea hovrätts avgörande den 25 februari 2016 i mål T 6337-14, enligt vilken publiceringen av ett fotografi på en privat blogg, som drevs i ideellt syfte och inte heller var annonsfinansierad, inte ansågs vara kommersiell och därmed var förenlig med licensmodulen NC. Detta synsätt överensstämmer med Kimpel i a.a.
- 8) Det brukar anses att konstverk i praktiken inte kan bli föremål för citat. Notera också att citaträtten enligt 22 § URL inte gäller fotografiska bilder som inte är verk, inklusive sådana fotografiska bilder som har upptagits på

film (se 49 a § URL).

9) Se SOU 1956:25 s. 118.

10) Om domstolens behörighet grundas på att utomobligatorisk skada kan uppkomma i domstolslandet (eftersom innehållet har varit tekniskt åtkomligt därifrån), får domstolen pröva endast den skada som har vållats i domstolslandet. Se EU-domstolens avgöranden den 3 oktober 2013 i mål C 170/12 (Pinckney) och den 3 april 2014 i mål C 387/12 (Hi Hotel). Om behörigheten grundas på att licensavtalets uppfyllelseort omfattas av domkretsen, är det inte helt klart vilka intrång (skador) som kan prövas. Om talan väcks i det land, där svaranden har sitt hemvist eller säte, kan samtliga skador prövas.

11) Se bl a J. Fawcett & P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford University Press 2011 s. 820 ff. Se även *Principles on conflict of Laws in Intellectual Property*, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), 2011.

12) Se vidare avsnitt 3.4 angående ansvarsbegränsningar.

13) I avgörandet *Dragulis v. Kappa Map Group* (No. 14-1043 (ABJ) (D.D.C. Aug. 18, 2015)) uttalade den amerikanska domstolen bl a att kâranden (rättighetshavaren) "repeatedly voices consternation in his pleadings about defendant's distribution of the publication that displayed his work on its cover for profit, but of the many licenses available to choose from, plaintiff selected the one that specifically authorized commercial use".

14) I den svenska versionen anges bl a att licensgivaren inte lämnar några garantier avseende "titel" eller frånvaro av fel. Ordet "titel" är en mindre lyckad översättning av det engelska begreppet "title", som används i uttrycket "warranties of title". Av den engelska versionen av villkoren framgår, således, att licensgivaren friskriver sig från ansvar bl a för det fall (a) han saknar rätt att upplåta licensen och/eller (b) innehållet belastas av rättigheter tillhörande tredje man.

15) Med immaterialrättsligt fel avses att användaren, genom avtalsenlig användning av innehållet, gör eller påstås göra intrång i tredje parts immaterialrätt. Även ett felaktigt påstående om intrång kan föranleda kostnader för användaren.