

Marianne M. Rødvei Aagaard

Digitalisering av undervisningsmaterial och lärarens upphovsrätt¹

1 Inledning

Kontrasten mellan den tid då lärarens anteckningar försvann genom att sudda tavlan och dagens mångfald i tekniska och pedagogiska verktyg för att skapa undervisningsmaterial är betydande. Utvecklingen har givetvis pågått länge, men under senare år har särskilt tillgången på digitala verktyg gjort att tröskeln för att skapa material som medger en längre tids bevarande blivit låg. Digitaliseringen inom högskolesektorn innebär inte bara att undervisningsmaterial skapas i nya former och på nya sätt, utan också att det skapas i former som tillåter återanvändning och spridning på andra sätt än vad vi tidigare har varit vana vid.² De tekniska och pedagogiska frågor som uppkommer i detta sammanhang är givetvis många, men utvecklingen av olika former av digitalt undervisningsmaterial har

¹ Inspiration till ämnet kom under en högskolepedagogisk kurs om digitala kompetenser i undervisningen vid Stockholms universitet hösten 2020, där variationen i uppfattningar om hur lärarens upphovsrätt och lärosätenas förfoganderätt förhåller sig till varandra visade sig vara mycket stor, både bland deltagare och kursansvariga. Stort tack till docent Christina Wainikka och doktorand Annika Blekemo för värdefulla inspel till ett tidigare utkast av texten, och till forskningsamanuens jur.stud. Ludvig Irveldand för hjälp med korrektur m.m.

² Digitaliserad undervisning är dock inget egentligt nytt, utan sättet att formulera sig har använts länge. Se t.ex. Magnusson Sjöberg, En rättslig ram för e-lärande – integritetsskydd m.m., Liber Amicorum festskrift till Jan Rosén, s. 525 ff. på s. 530 ff. som ger en rad exempel på hur den teknologiska utvecklingen 2016 hade påverkat vår verksamhet, och Morten Rosenmeier, Ophavsretten til undervisningsmateriale. Nogle danske erfaringer, Liber Amicorum festskrift till Jan Rosén s. 695 ff. [Rosenmeier (2016)]. Se också Wolk, Arbetstagares immaterialrätter: rätten till datorprogram, design och uppfinningar m.m. i anställningsförhållanden, 2 uppl., 2008 [Wolk (2008)] s. 212 f. och s. 224 f.

också lett till att frågan om lärarens (skaparens) upphovsrätt aktualiserats på nytt. Att upphovsrätten till det material som skapas å ena sidan tillfaller individen, och att en arbetsgivare å andra sidan gärna anser sig berättigad att förfoga över de verk som skapas inom ramen för en anställning eller ett uppdragsförhållande, är två motstående utgångspunkter som står i ett tydligt spänningsförhållande till varandra.³ Konflikten har dock hittills bara i begränsad utsträckning ställts på sin spets när det gäller förfoganderätten till undervisningsmaterial skapat av universitetslärare.⁴

Ämnet blir särskilt aktuellt i fall där undervisningsmaterial skapas eller framförs i former som tillåter exemplarframställning och återanvändning utan ändringar eller större insatser från vare sig den skapande läraren eller andra. Återanvändning skulle, om den kunde göras oberoende av lärarens samtycke och utan kompensation till läraren,⁵ potentiellt kunna leda till stora besparingar i institutionens ofta hårt pressade ekonomi. Den lärare som har skapat materialet kan emellertid tänkas ha flera invändningar mot ett sådant förfarande. Exempel på invändningar kan vara att tidsåtgången för att skapa och framföra verket varit väsentligt högre än den timavräkning som den egna användningen hittills gett,⁶ att läraren själv anser att ändringar eller kompletterande insatser vid sidan av verket be-

³ Om upphovspersonen är anställd eller en uppdragstagare som utför undervisning på beställning kan tänkas få viss betydelse för frågan om lärosätets förfoganderätt till materialet. Framställningen tar sin utgångspunkt i att analysera den anställda lärarens upphovsrätt, men får till största delen anses ha bäring också för den externa inhyrda föreläsaren, jfr särskilt avsnitt 3.

⁴ Se Wolk (2008) s. 220 f. om vilka högskoleanställda som kan stå i en upphovsrättslig särställning. Se också Wolk, Lärarundantaget i omvandling, NIR 2003 s. 415–426. Eftersom innehållet i artikeln i all huvudsak får anses konsumeras av andra upplagan av hennes avhandling, hänvisas i det följande uteslutande till Wolk (2008).

⁵ Det sätt som en lärare typiskt sett skulle kompenseras vore genom att den fick tillgodoräkna sig undervisningstimmar för användningen, jfr närmare nedan i avsnitt 3.2.3.

⁶ Invändningen är inte egentligen av upphovsrättslig karaktär, men upphovsrätten kan ändå tänkas komma läraren till undsättning vid en sådan invändning. Det kan vara stor variation mellan olika sorters förinspelat material gällande format, innehåll, tidsåtgång för att skapa eller justera för återanvändning etc. Två exempel på var sin sida av en lång skala kan nämnas. Att klicka på "record" innan en muntlig föreläsning över t.ex. Zoom påbörjas och sedan återanvända inspelningen tar inte mycket mer tid än den tid som gick åt för att hålla föreläsningen. Att strukturera om en föreläsning i kortare delar för att anpassa innehållet till ett nytt medium och lägga tid på inspelning, omtag, redigering och design för att det inspelade materialet ska bli användarvänligt och tåla uppspelning flera gånger, kan däremot ta flera veckor i effektiv arbetstid, givetvis beroende på program, förkunskaper, ämne etc.

hövs för att kvaliteten ska vara tillräckligt hög för att han eller hon ska vilja vidkänna sig det, eller av mer principiell karaktär: Det är jag som har skapat verket, och då är det jag som bestämmer över dess användning!

Digitaliseringen och den teknologiska utvecklingen öppnar för att frågor som tidigare kanske inte var tillräckligt betydelsefulla för att vare sig lärare eller lärosäten på allvar skulle orka bråka om vad som egentligen gällde, plötsligt kan bli av betydelse för båda. Ett exempel kan ges med utgångspunkt i den traditionella föreläsningen. Framförs föreläsningen muntligt med alla åhörare på plats i en sal, ställs den potentiella upphovsrättsliga konflikten mellan lärare och lärosäte sällan på sin spets. Eftersom verket framförs muntligt låter det sig inte lätt återanvändas som sådant vid ett senare tillfälle. Snarare skulle återanvändning då först kräva exemplarframställning i ett format som i sig kräver viss insats, och som läraren kan motsätta sig av andra skäl.⁷ Har läraren däremot själv spelat in föreläsningen med ljud och bild, blir frågeställningen om arbetsgivarens återanvändning och förhållandet till upphovspersonens ensamrätt plötsligt mer praktisk.⁸ Även frågor om upphovspersonens ideella skydd enligt 1 kap. 3 § upphovsrättslagen kan i dessa fall tänkas uppkomma, men dessa ska inte behandlas närmare här.⁹

⁷ Att spela in och återanvända en muntlig föreläsning (med ljud och/eller bild) utgör en exemplarframställning som kräver samtycke, jfr Kielland (2018) s. 52. Inspelning och efterföljande spridning utan samtycke skulle förutom att utgöra ett intrång i upphovspersonens ekonomiska ensamrätt också potentiellt kunna anses som ett intrång i lärarens ideella skydd enligt 1 kap. 3 § upphovsrättslagen, jfr SOU 1956:25 s. 185 om att det även skulle kunna vara problematiskt om en student kunde överlåta egna nedteckningar från en föreläsning till försäljning. Sandgren, *Rätten till undervisningen och forskningen*, XXVI SULF:s Skriftserie, 2003 [Sandgren (2003)] s. 25–26 utgår ifrån att studenterna fritt kan spela in föreläsningar, men endast använda inspelningarna för enskilt bruk. Se närmare Wolk, *Inspelning av föreläsningar – några upphovsrättsliga reflektioner*, i SvJT 2009 s. 717 ff. [Wolk (2009)] om andra upphovsrättsliga frågor som kan uppkomma i samband med inspelning av föreläsningar och om exemplarframställning för privat bruk i 2 kap. 12 § upphovsrättslagen. Som Rosenmeier (2016) s. 707 framhåller torde emellertid inspelning förutsätta samtycke på grund av regleringen till skydd för föreläsarens personuppgifter, vilket innebär att läraren både gentemot studenter och arbetsgivare kan förhindra inspelning mot sin vilja.

⁸ När läraren föreläser eller på annat sätt framför sitt verk, anses han eller hon som en utövande konstnär enligt 5 kap. 45 § upphovsrättslagen och får därmed också för framförandet en exklusiv rätt att spela in, framställa exemplar och tillgängliggöra framförandet eller en upptagning av det för offentligheten.

⁹ Exempelvis kan ny praxis ha kommit till och lagar ändrats efter att inspelningen gjordes, vilket innebär att föreläsningen inte längre är uppdaterad. En återanvändning kan då

I frågan om lärosätenas möjlighet att återanvända material skapat av sina anställda lärare finns tydliga kopplingar mellan arbetsrätten och upphovsrätten.¹⁰ Under 2020 kunde man i olika diskussionsforum för universitetslärare följa engagerade och ibland upprörda diskussioner om tidsåtgång för att skapa förinspelat och annat digitalt tillgängligt material, och hur saker skulle bli *post covid*. Skulle läraren bli överspelad, därför att det då skulle finnas så mycket bra och anpassat digitalt material som lärosätena skulle kunna återanvända utan lärarens samtycke, och utan att ge läraren timmar för det? Skulle läraren få timmar för den tid som skulle komma att behövas för att skapa sådant material, eller bli hänvisad till vanliga nycklar för beräkning av undervisningstid? Hur skulle man förhålla sig till beräkning av undervisningstid om läraren senare valde att återanvända förinspelat material? Frågorna var många, och väsentligt fler än de som nämnts här.

Situationen som uppkom under 2020 innebar också att lärosätenas riktlinjer för hantering av immateriella tillgångar skapade av dess anställda uppmärksammades.¹¹ Att ha riktlinjer som förtydligar vad som upphovsrättsligt gäller mellan lärosätena som arbetsgivare och lärarna som anställda är givetvis inte i sig dåligt om riktlinjerna är i enlighet med den rättsliga regleringen. Inte sällan är intrycket efter att ha läst

bli kränkande för upphovspersonen, särskilt om inspelningsdatum inte framgår eller har redigerats bort för att underlätta för återanvändningen.

¹⁰ Se närmare nedan i avsnitt 3.2 om anställningsförhållandets särprägel m.m.

¹¹ Se riktlinjer för Stockholms universitet beslutade 2013 <https://www.su.se/medarbetare/organisation-styrning/styrdokument-regelboken/kommunikation-och-samverkan/riktlinjer-avseende-r%C3%A4tten-till-undervisningsmaterial-1.121205>, Örebro universitets riktlinjer beslutade 2013 <https://www.oru.se/globalassets/inforum-sv/centrala-dokument/styrdokument/personal/anstallning/nyttjanderatten-till-undervisningsmaterial-riktlinjer.pdf>, Karlstads universitets riktlinjer beslutade 2017 http://intra.kau.se/dokument/upload/C10B942807b1d25F87rY81BFC7EA/C2017_233policy_nyttiggorande.pdf, Uppsala universitets Riktlinjer avseende intellektuella tillgångar skapade vid Uppsala universitet beslutade 2014, under revision våren 2021, finns inte att tillgå via webben utan inloggning, Lunds universitets riktlinjer beslutade 2017 <https://www.medarbetarwebben.lu.se/sites/medarbetarwebben.lu.se/files/allmanna-rad-om-lunds-universitets-nyttjanderatt-till-upphovsrattsligt-skyddat-material.pdf>, riktlinjer Linköpings universitet beslutade 2018 <https://styrdokument.liu.se/Regelsamling/VisaBeslut/876979>, riktlinjer Göteborgs universitet beslutade 2020 (https://pil.gu.se/digitalAssets/1776/1776270_gu-2020-1226-policy-for-universitetets-nyttjanderatt-till-upphovsrattsligt-skyddat-material.pdf), Umeå universitets riktlinjer (utan datum) <https://www.aurora.umu.se/utbilda-och-forska/stod-till-utbildning/upphovsratt-och-avtal-om-kopiering-och-delning/anvandning-av-undervisningsmaterial/>. Alla länkar besökt senast 2 augusti 2021.

dess riktlinjer att man inte avsett att uttrycka något nytt, utan endast förtydliga vad som oavsett gäller.¹² En fråga som uppkommer är emellertid om dessa riktlinjer, som i stor utsträckning anger att lärosätet har rätt att nyttja det material som skapats av dess lärare så snart som det har offentliggjorts, verkligen är förenliga med upphovsrättslagen och rättsläget i övrigt.¹³

För att kunna göra en sådan bedömning behöver man först ha en uppfattning om vad som egentligen gäller avseende lärarens upphovsrätt. I detta bidrag ska därför frågan om universitetslärarens upphovsrätt till *undervisningsmaterial* och vilken betydelse denna har för lärosätets möjlighet att använda sig av materialet i verksamheten behandlas.¹⁴

Eftersom upphovsrätt originärt endast tillkommer *fysiska* personer,¹⁵ är lärosätets eventuella rättigheter till materialet en från upphovspersonen härledd rätt.¹⁶ I framställningen bortses det därför från den (annars) tänkbara möjligheten att upphovsrätten vore gemensam för lärare och lärosäte. I avsnitt 2 nedan behandlas de rättsliga utgångspunkterna för lärarens upphovsrätt och möjliga inskränkningar i denna, medan frågan om lärosätets rätt att nyttja upphovsrättsligt skyddat material skapat av läraren behandlas i avsnitt 3.

¹² Flertalet av de i fotnot 11 nämnda riktlinjerna anger att det uteslutande handlar om universitetets tolkning av vad som oavsett gäller. Trots det finns det viss variation i innehållet mellan de olika riktlinjerna och innehållet är ofta inte helt förenligt med vad som följer av rättsläget, jfr närmare nedan.

¹³ En angränsande fråga är om arbetsgivaren, med eller utan facket medgivande, har möjlighet att utan särskild ersättning eller avtal med den enskilde göra ingrepp i lärarens upphovsrätt. Man kan notera att SACO-S i samband med att Linköpings universitet beslutade om riktlinjer har varit mycket negativa till innehållet och att riktlinjerna också MBL-förhandlats utan att man uppnått enighet. Det vore högst oväntat om facket någonsin skulle ingå kollektivavtal som innebär övergång av upphovsrätt i dessa fall. Se <https://www.saco.se/lokala-webbplatser/saco-s-vid-liu/nyheter/liu-vill-nyttja-upphovsrattsskyddat-undervisningsmaterial-en-bakgrund-och-kritik-fran-saco-s-vid-liu/> för en översikt över invändningarna facket framförde (besökt 2 augusti 2021).

¹⁴ Det avgränsas alltså mot en rad angränsande frågor, såsom t.ex. frågor om upphovsrätt vid uppdragsforskning, lärosätets användning av verk i tråd med Bonusavtalet, studenternas rätt att för enskilt bruk framställa exemplar etc.

¹⁵ SOU 1956:25 s. 83, prop. 1960:17 s. 50 f.

¹⁶ Se Karnell, Arbetstagares upphovsrätt, NIR 1969 s. 54–67 [Karnell (1969)], Godenhjelm, Arbetstagares upphovsrätt, NIR 1978 s. 321–351 [Godenhjelm (1978)] och Kielland, Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universiteter og høyskoler, 2018, [Kielland (2018)] s. 41.

2 Utgångsläge och undantag

2.1 Förutsättningar för upphovsrätt

För att upphovsrätt ska uppkomma krävs att det finns ett *verk* som har skapats av en person genom dennes *personliga insats*. Ett verk måste inte ha en bestämd form, utan kan framföras såväl muntligt som skriftligt, och framställas i analoga eller digitala format.¹⁷ Detta innebär att i princip allt material som en lärare skapar *kan* vara framställningar av verk som skyddas av upphovsrätt.¹⁸ I tillägg kan framförandet *som sådant* skyddas enligt 5 kap. 45 § upphovsrättslagen, vilket ger läraren som utövande konstnär skydd för själva framförandet.

Upphovsrättsligt skydd uppkommer endast för verk som har vad som tidigare kallats verkshöjd, vilket innebär att krav ställs på att alstret ska uppvisa viss originalitet, individualitet och självständighet.¹⁹ Idag är det, mot bakgrund av att EU-domstolen fastställt att verksbegreppet ska tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt, mer aktuellt att tala om ett originalitetskrav.²⁰ Tröskeln för upphovsrättsligt skydd är dock relativt låg.²¹ Det centrala är att verket ska vara uttryck för upphovspersonens egna, intellektuella skapande, och det finns inga krav på vare sig kvalitet eller omfång. Det ställs heller inte krav på visst mått av särprägel och verket i sig behöver inte vara igenkännbart som något skapat av just den aktuella

¹⁷ Se definitionen i 1 kap. 1 § 1 upphovsrättslagen och t.ex. Sandgren (2003) s. 20, Strömholm "Vem äger forskningen" (2002) [Strömholm (2002)] s. 41, Wolk (2009) s. 719.

¹⁸ Se närmare Wolk (2009) på s. 718 ff. om föreläsningars upphovsrättsliga skydd och historiken bakom nu gällande lagreglering. Se också SOU 2005:95 Nyttiggörande av högskoleuppfinningar s. 239.

¹⁹ Se t.ex. Sandgren (2003) s. 21, Wolk (2009) s. 720, Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 15 uppl., 2020 [Bernitz m.fl. (2020)] s. 50 ff.

²⁰ EU-domstolen har i avgörandena C-5/08 (Infopaq) och C-683/17 (Cofemel) fastställt att begreppet verk ska tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt. I denna tolkning står originalitetskravet centralt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse och att endast element som ger uttryck för upphovsmannens intellektuella skapande kan kvalificeras som verk. Om det är mest träffande att se det så att verkshöjdsbegreppet tolkats om i och med avgörandena från EU-domstolen, eller om begreppet rentav blivit obsolet och bör bytas ut med ett originalitetskrav finns det skilda uppfattningar om. Att tröskeln för upphovsrättsligt skydd följer av unionsrätten torde dock inte (längre) vara tveksamt.

²¹ Se t.ex. Sandgren (2003) s. 21, Wolk (2009) s. 720, Bernitz m.fl. (2020) s. 60.

personen. Inte heller krävs att verket har ett nyhetsvärde, utan också en föreläsning om ett uttjatat ämne kan i princip nå upp till kravet, om den skapats genom lärarens personliga intellektuella insats.²² Att andra personer, till exempel en annan lärare med motsvarande ämnesinriktning och erfarenhet, med utgångspunkt i samma material *hade kunnat* skapa ett liknande verk, är också utan betydelse. Att det vid ett sådant fall i och för sig kan bli svårt att visa att det är just den personliga insatsen, och inte andras insats, som har lett fram till slutprodukten kan dock inte uteslutas.

Att frågor om lärarens upphovsrätt till undervisningsmaterial inte så ofta aktualiseras, har nog till stor del att göra med vår självbild och vår syn på skapandet av sådant material. Att skriva en bok eller en vetenskaplig artikel uppfattar nog alla som en, åtminstone i viss mån, konstnärlig prestation som leder fram till ett verk. Att utforma en seminarieuppgift, en tentamensfråga eller en föreläsning, väcker inte nödvändigtvis sådana associationer. Vi ser gärna detta som enklare och praktiska uppgifter, som utförs nästan mekaniskt. Seminarieuppgifter och tentamensuppgifter som innehåller beskrivningar av tänkta omständigheter som leder oss till bestämda rättsliga problem förutsätter emellertid fantasi såväl som ämneskompetens och personlig insats, och en tentamenskommentar kan på liknande sätt som en vetenskaplig text kräva noggranna analyser och betydlig pedagogisk insats. Detsamma gäller muntliga föreläsningar, föreläsningsmanus och andra presentationer, oavsett om presentationsbilderna är att anse som enkelt stödmaterial för en muntlig föredragning eller närmare fulltext.²³ Rent principiellt spelar det heller ingen större roll för frågan om verkshöjd om verket ges uttryck i digital eller analog form, men man torde kunna utgå ifrån att den personliga insatsen och tidsåtgången i många fall blir än större om man lägger till den ytterligare dimensionen som det kan innebära att anpassa innehållet för digitala format, och spela in eller på annat sätt digitalisera undervisningsmaterialet.

²² Elementen i de verk som omfattas av upphovsrätten kan vara sådana att de betraktade separat inte i sig utgör en intellektuell skapelse, men genom valet, dispositionen och kombinationen av dessa element kan upphovspersonen ge uttryck för sin kreativitet på ett originellt sätt och nå ett resultat som utgör en intellektuell skapelse, jfr C-5/08 (Infopaq).

²³ När det handlar om olika format som alla rör en enda föreläsning är det närliggande att det handlar om exemplarframställning av ett och samma verk, men beroende på hur materialet är tänkt att användas av upphovspersonen kan det också handla om olika, självständiga verk. Ur upphovsrättslig synvinkel behöver emellertid ingen exakt gräns dras i detta avseende.

Mot denna bakgrund kan man relativt enkelt tänka sig att en större del av det material som universitetslärare skapar i samband med utförandet av sina undervisningsuppgifter blir skyddat av upphovsrätt, på samma sätt som lärarens läroböcker och vetenskapliga texter blir det. För det material som skapas av läraren i samband med sin undervisning är det normalt utan betydelse vilken sorts material det handlar om, förutsatt att kravet på verks-höjd uppnåtts.²⁴ Någon skiljelinje mellan föreläsningar och annat som en lärare skapat för sin personliga användning i den egna undervisningen, och vad som skapats på uppdrag från lärosätet eller till användning för flera lärare, behöver då inte dras eftersom den är utan betydelse för frågan om läraren *har upphovsrätt* till materialet. Vilket slags material det är fråga om kan emellertid tänkas ha betydelse för om lärosätet får nyttja materialet utan ett uttryckligt avtal med läraren, jfr närmare nedan i avsnitt 3.

2.2 Upphovsrätten som ensamrätt

Upphovsrätten består av en ekonomisk och en ideell del, och tillkommer enligt 1 § upphovsrättslagen den som har *skapat* ett verk, och rättigheterna är till sin karaktär *ensamrättigheter*.²⁵ Med detta menas att den som genom sin egen personliga skapande insats exempelvis har författat en text eller planerat, skapat och framfört en föreläsning *ensam* har rätt att nyttja verket på det sätt som omfattas av rättigheten.²⁶ Det som avses med skapande är den faktiska insatsen som leder fram till att *verket* blir till.

Den ekonomiska ensamrätten, eller förfoganderätten om man så vill, innebär att upphovspersonen bland annat har uteslutande rätt att framställa exemplar av verket, jfr 1 kap. 2 § upphovsrättslagen.²⁷ Att upphovsrätten tillkommer upphovspersonen ensam innebär att han eller hon bland annat kan begränsa andras möjligheter att använda, mångfaldig-

²⁴ Undantaget i 1 kap. 9 § upphovsrättslagen att upphovsrätt inte uppkommer vid upprättande av vissa handlingar hos myndighet träffar normalt inte den sorts material som skapas av enskilda lärare. Materialet kan dock tänkas utgöra allmän handling, vilket leder till att det utan hinder av upphovsrätten kan lämnas ut med stöd av 2 kap. tryckfrihetsförordningen, jfr 2 kap. 26 b § upphovsrättslagen.

²⁵ Se Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen, JUNO version 4A 2018 [Olsson & Rosén (2018)] avsnittet om Upphovsrätten och de närstående rättigheterna, Bernitz m.fl. (2020) s. 69 ff.

²⁶ Se Olsson & Rosén (2018) avsnittet om Upphovsrätten och de närstående rättigheterna.

²⁷ Regleringen är harmoniserat inom EU genom direktiv 2001/29/EG (Infosoc).

göra och sprida materialet. Skyddsomfånget beror emellertid på graden av originalitet. Verk som bara når upp till den nedre tröskeln för verksbegreppet skyddas bara mot rena efterbildningar, medan upphovsrättsintrång kan ske även genom alster som uppvisar skillnader mot originalverket om detta utvisar högre grad av originalitet.²⁸

Upphovspersonen kan givetvis samtycka till att andra ska få använda dennes verk, och med de begränsningar som följer av det ideella skyddet i 1 kap. 3 § upphovsrättslagen kan upphovsrätten också överlåtas.²⁹ Det finns också vissa undantag i 2 kap. upphovsrättslagen som på olika sätt innebär inskränkningar i upphovspersonens ekonomiska ensamrätt. Dessa regler löser emellertid bara i mycket begränsad utsträckning de upphovsrättsliga frågor som kan uppkomma i relationen mellan läraren som arbetstagare och lärosätet som arbetsgivare gällande rätten att nyttja upphovsrättskyddat undervisningsmaterial.³⁰

Dessa upphovsrättsliga utgångspunkter gäller generellt, och det spelar i detta sammanhang ingen principiell roll om upphovspersonen har skapat verket inom ramen för en lärartjänst eller i annat sammanhang.³¹

2.3 Möjliga inskränkningar i lärarens ekonomiska ensamrätt till följd av anställningsförhållandet: Tumregel och lärarundantag

Fastän läraren har upphovsrätt till sina verk, kan vissa inskränkningar i den ekonomiska ensamrätten tänkas föreligga som innebär att lärosätet kan nyttja materialet i sin verksamhet. Det kan för sammanhangets skull

²⁸ Se Sandgren (2003) s. 22.

²⁹ Se 3 kap. 27 § och de i 3 kap. 28 § aktuella begränsningarna i förvärvarens rätt att förfoga över förvärvat upphovsrätt.

³⁰ Citaträtten och möjligheten enligt 3 kap. 42 c § upphovsrättslagen att enligt kopieringsavtal framställa exemplar av delar av publicerade texter till bruk i undervisningen, t.ex. i materialsamlingar, är givetvis av stor betydelse för verksamheten, men upphovspersonen kan enligt 3 kap. 42 c § andra stycket meddela förbud mot exemplarframställningen. Se närmare om avtalslicenser inom upphovsrätten Lund, Den nordiske planten avtalelisens. Forgreninger eller avleggere ..., Liber Amicorum festskrift till Jan Rosén s. 505 ff. Rätten att använda texter i enlighet med avtalslicensen på området är också oberoende av om materialet skapats och publicerats av en av lärosätets egna lärare, eller någon helt utomstående. En mycket praktiskt viktig begränsning i en annan, men för universitetsläraren angränsande, fråga av upphovspersonens ensamrätt finns i 2 kap. 12 § upphovsrättslagen om exemplarframställning till privat bruk.

³¹ Se t.ex. Karnell (1969) på s. 54.

vara lämpligt att redan här introducera två okodifierade regler som tenderar att dyka upp i nära anslutning till frågeställningen, nämligen *tumregeln och lärarundantaget*.

Inom en del av patenträtten, nämligen den del som gäller rätten till arbetstagares uppfinningar, har det länge funnits ett lagstadgat *lärarundantag* som anses gälla även upphovsrättsliga frågor.³² Det patenträttsliga lärarundantaget innebär att lärare vid universitet, högskolor eller andra inrättningar som tillhör undervisningsväsendet *inte* ska anses såsom arbetstagare enligt lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar.³³ Detta betyder att de i nämnda lag uppställda *inskränkningarna* av den annars gällande utgångspunkten att arbetstagare – som andra uppfinnare

³² Se 1 § lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar (LAU) och t.ex. SOU 2020:59 Innovation som drivkraft – från forskning till nytta s. 67. Att det finns även ett upphovsrättsligt lärarundantag tycks de flesta vara överens om, och nästan oavsett vilket håll man ser åt hittar man påståenden om att ett sådant finns sedan länge. Se t.ex. SOU 2010:24 Avtalad upphovsrätt s. 164. I SOU 2020:59 s. 67 anges att avgränsningen som följer av LAU endast finns i teorin, men att lärarundantaget i praktiken används ”som en sammanfattande benämning på de högskoleanställda lärarnas rätt till resultat de i vid mening är upphovsmän till i sin anställning.” I Lund, Immaterialretten og forskningen ved universiteter og høyskoler i NIR 2000 s. 618–629 [Lund (2000)] framhålls på s. 621 att det är allmänt accepterat att den okodifierade regeln om övergång av upphovsrätt till följd av ett anställningsförhållande inte gäller universitetslärares forskning och heller inte deras undervisningsmaterial, dock utan hänvisning till några bestämda källor. Schaumburg-Müller, Videnskabeligt personales ophavsretlige stilling, NIR 1986 s. 282–291 [Schaumburg-Müller (1986)] på s. 286 lade också uttryckligen till grund att det vid tidpunkten följde av fast dansk teori och praxis att anställningsförhållanden som sådant inte innebar någon övergång av upphovsrätt från universitetslärare till lärosätena. Se också Strömholm (2002) s. 41 som anger att ingen övergång av upphovsrätt sker gällande lärarens forskningsinsatser. Se också Kielland (2018) s. 49. Att hitta auktoritativa rättskällor som stödjer existensen av ett upphovsrättsligt lärarundantag är emellertid mycket svårt.

³³ Det patenträttsliga lärarundantaget torde vara en av de regler som ägnats mest uppmärksamhet i offentliga utredningar de senaste 30 åren, dock utan att nödvändigtvis ha lett till lagstiftning. Se t.ex. SOU 1944:27, Rätten till vissa uppfinningar m.m, SOU 1977:63, Fortsatt högskoleutbildning, SOU 1980:42, Arbetstagares uppfinningar, SOU 1996:29, Forskning och pengar, SOU 1996:70 (NYFOR), Samverkan mellan högskolan och näringslivet, prop. 1996/97:5, Forskning och samhälle, prop. 1998/99:94, Vissa forskningsfrågor, SOU 1998:128, Forskningspolitik, prop. 2000/01:3, Forskning och förnyelse, VP2003:1, Vinnforsk, prop. 2004/05:80, Forskning för ett bättre liv, SOU 2005:95 Nyttiggörande av högskoleuppfinningar och SOU 2020:59 Innovation som drivkraft – från forskning till nytta. I flera av dessa, som i SOU 2010:24 Avtalad upphovsrätt, finns också spridda kommentarer om ett upphovsrättsligt lärarundantag.

– har rätt till sina uppfinningar, inte gäller för denna yrkesgrupp. För lärare gäller alltså principen att uppfinnaren har rätt till sina uppfinningar *oinskränkt*.³⁴

Något motsvarande undantag finns inte i upphovsrättslagen, men motsvarande regel har alltså på sedvanerättslig grund ansetts föreligga också inom upphovsrätten, om än med oklara konturer och osäker räckvidd.³⁵ Mot bakgrund av den patenträttsliga regeln antyder termen *lärarundantag* att läraren till följd av undantaget får en mer oinskränkt rättighet än den som annars hade förelegat.³⁶ Förhållandet mellan upphovsrättslagen och ett eventuellt lärarundantag är emellertid inte helt okomplicerat, och det är inte uppenbart att rättsläget är helt jämförbart med vad som gäller avseende arbetstagares uppfinningar.³⁷ Upphovsrätten uppkommer trots allt enligt gällande rätt per automatik, och tillfaller den som *skapat* verket. Detta i kombination med att det *inte finns* motsvarande lagstadgade allmänna inskränkningar av upphovsrätten som de som gäller för arbetstagares uppfinningar,³⁸ gör att det kan ifrågasättas om det alls finns något behov av ett lärarundantag inom upphovsrätten och vad ett sådant i så fall innebär.

Frågan om ett upphovsrättsligt lärarundantag hänger emellertid nära samman med den andra okodifierade regeln, nämligen den så kallade

³⁴ Se om lärarundantaget främst ur patenträttslig, men även upphovsrättslig, synvinkel, Wolk (2008) s. 205 ff. De hänsyn som det patenträttsliga lärarundantaget bygger på gör sig, som Sandgren (2003) s. 38 framhåller, än starkare gällande när tematiken i stället är lärarens upphovsrätt.

³⁵ Se Wolk (2008) s. 210 f., Sandgren (2003) s. 38 ff. och Strömholm (2002) s. 41. I Finland infördes emellertid 1991 ett lärarundantag kopplat till bestämmelsen om övergång av upphovsrätt till datorprogram skapade i tjänsten, jfr 3 kap. § 40 b 2 st. finska upphovsrättslagen. Se närmare Bruun, Upphovsrätt i anställning – nuläge och utvecklingstendenser, Vennebog till Mogens Koktvedgaard, red. Marianne Levin, (1993) s. 152–167 [Bruun (1993)] på s. 154.

³⁶ Som påpekats i SOU 2005:95 torde det emellertid inte få någon större betydelse för lärarens rättigheter om det patenträttsliga lärarundantaget skulle tas bort. Se särskilt resonemanget på s. 175 med vidare hänvisningar till SOU 1996: 70 (NYFOR) där motsvarande slutsatser framgår.

³⁷ En poäng som gjordes också av Schaumburg-Müller (1986) s. 283.

³⁸ I 3 kap. 40 a § upphovsrättslagen finns dock ett specifikt motsvarande undantag, som uttryckligen anger att "[u]pphovsrätten till ett datorprogram, som skapas av en arbetstagare som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren, övergår till arbetsgivaren, såvida inte något annat har avtalats." Bestämmelsens räckvidd och tillämpning på högskolelärare har dock diskuterats. Se Bruun (1993) s. 158 ff. för en översikt och vidare hänvisningar.

tumregeln.³⁹ Tumregeln innebär att en arbetsgivare på närmare angivet sätt, och då *uteslutande till följd av anställningsavtalet*, äger rätt att nyttja och vid behov ändra och anpassa upphovsrättsskyddat material som har skapats av en anställd.⁴⁰ Också den upphovsrättsliga tumregelns konturer är otydliga, och regelns räckvidd är inte i alla delar lätt att avgöra. Detta har ett naturligt samband med att regelns tillämpning skiljer sig åt både mellan olika branscher och mellan olika personalkategorier inom samma bransch, men även på samma arbetsplats. Arbetsgivarens nyttjande kan nämligen med stöd i denna regel ske i *den mån som det behövs* för att anställningsavtalet ska fylla sitt syfte och som led i arbetsgivarens vanliga verksamhet vid tidpunkten för verkets tillkomst.⁴¹ Detta innebär att det måste bedömas konkret för olika anställningsförhållanden huruvida någon övergång alls sker, och i så fall i vilken omfattning.⁴²

Ett lärarundantag inom upphovsrätten skulle mot denna bakgrund kunna tänkas utgöra ett undantag från tumregeln som en okodifierad

³⁹ Tumregeln som regel formulerades så långt jag kan se först av Karnell, och beskrivs i Karnell, *Läromedelsrätt*, 1972 [Karnell (1972)] s. 35. I domen AD 2002 nr 87 har Arbetsdomstolen formulerat regeln så att "[e]n arbetsgivare får inom sitt verksamhetsområde och för sin normala verksamhet utnyttja sådana verk som tillkommer som ett resultat av tjänsteåligganden gentemot arbetsgivaren. Arbetsgivarens rätt avser utnyttjanden för de ändamål som kan förutses när verket tillkommer."

⁴⁰ Se SOU 2010:24 *Avtalad upphovsrätt* s. 144 ff. för en genomgång av doktrin och praxis på området. Se också i Kielland (2018) s. 45 ff. med vidare hänvisningar till ytterligare nordiska källor. Som tumregeln formulerats i doktrinen, innebär den inte endast en rätt att nyttja upphovsrättsskyddat material i verksamheten, utan även att göra ändringar i materialet utan uphovspersonens samtycke. Sådana ändringar måste emellertid ligga inom ramen för 1 kap. 3 § upphovsrättslagen. Se Wolk, *Anställdas immaterialrätter – divergenta förhållanden*, *Ny Juridik* 4:04 s. 17 ff. på s. 20.

⁴¹ I allmänna framställningar om arbetstagares upphovsrätt finns olika uppfattningar om hur långtgående arbetsgivarens rätt att nyttja de upphovsrättsskyddade verken skapade av en anställd är. De två huvudsakliga alternativen är om (i) bedömningen ska vara differentierad och utgå från omständigheterna i det enskilda fallet utifrån vad som behövs, eller att (ii) arbetsgivaren ska anses få rätt till allt som skapas inom ramen av tjänsten. Som redan Godenhjelm (1978) s. 331 summerar, vill emellertid arbetsgivaren oavsett få en nyttjanderätt till verket "i den omfattning som följer av syftet med anställningsavtalet". Se Svensäter, *Anställning och upphovsrätt*, 1991 [Svensäter (1991)] s. 332–350 för en närmare beskrivning av olika författares ståndpunkt i frågan.

⁴² Motsvarande bedömning av tumregelns räckvidd måste göras om det istället handlar om en uppdragstagare som skapar verk på beställning. Se Wolk, *Hyrda arbetstagares upphovsrätt*, *NIR* 2001 s. 210–217 [Wolk (2001)] på s. 216, Calissendorff, *Rätten till ett beställt verk*, *Ny Juridik* 2:98 s. 89 ff. och Bengtsson, *Rätten till beställt verk i ljuset av nya domstolsavgöranden*, *Ny Juridik* 4:05 s. 31 ff.

lära om rätt att nyttja upphovsrättsskyddat material i anställningsförhållanden.⁴³ Ett *absolut* lärarundantag skulle då ha som effekt att *ingen* övergång av upphovsrätt till material som har skapats av en lärare sker till följd av anställningsförhållandet, och att någon konkret bedömning av vad som med stöd i tumregeln eventuellt hade gått över till arbetsgivaren blir onödig. Stöd för ett så absolut lärarundantag är emellertid svårt att finna. I realiteten framstår snarare regelns räckvidd som otydlig och beroende på vilken sorts material det handlar om.⁴⁴

Frågan om lärosätets rätt att nyttja det av läraren skapade, upphovsrättsskyddade, materialet, är – oavsett hur förhållandet mellan tumregeln och lärarundantaget ska hanteras – en fråga om upplåtelse eller överlåtelse av upphovsrätt som innebär en viss inskränkning av upphovspersonens ekonomiska ensamrätt. Frågan om lärosätets nyttjanderätt är däremot *inte* av betydelse för om läraren över huvud taget har upphovsrättsligt skydd för sina verk eller för lärarens möjlighet att själv offentliggöra eller framställa exemplar i andra sammanhang.⁴⁵

⁴³ Wolk tycks 2011 vara av den uppfattningen att det krävs uttryckligt tillstånd från läraren om ett lärosäte över huvud taget ska kunna nyttja lärarens utbildningsmaterial och som stöd för detta anføres uteslutande lärarundantaget. Se Wolk, Universitetslärarens upphovsrätt, XXXVIII SULF:s Skriftserie 2011 [Wolk (2011)] s. 17. Wolks rapport är emellertid mycket kortfattad och varken källor eller bakomliggande resonemang redovisas. Eftersom synpunkterna som framgår i rapporten också i någon mån avviker från vad som följer av hennes avhandling, Wolk (2008) s. 205 ff., är det svårt att tillmäta rapporten något värde som rättskälla.

⁴⁴ Se Sandgren (2003) s. 39 f. och Strömholm (2002) s. 41. Även Wolk (2008) s. 211 framhåller att det kan vara svårt att ange exakt var gränserna för sedvanan går eftersom olika policy och avtal finns vid olika högskolor. Motsvarande synpunkt framgår i arbetsrättslig doktrin, t.ex. Källström & Malmberg, Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten, 4 uppl., 2016 [Källström & Malmberg (2016)] s. 240 f.

⁴⁵ Det kan givetvis tänkas föreligga arbetsrättsliga begränsningar för hur läraren kan agera och utnyttja sitt material, t.ex. i konkurrerande eller förtroendeskadande verksamhet eller liknande, men det är alltså begränsningar som inte har med den upphovsrättsliga frågeställningen att göra. Se lite närmare om gränsytan mellan upphovsrätt och arbetsrätt i detta sammanhang i Wolk, Hyrda arbetstagares upphovsrätt, NIR 2001 s. 210–217 på s. 212.

3 Övergång av upphovsrätt i universitetslärarens anställningsförhållande

3.1 (Underförstått) avtal eller tumregel?

Lärosätets eventuella rätt att nyttja det undervisningsmaterial som skapats av dess lärare är som visat ovan en från upphovspersonen härledd rättighet. Den principiella utgångspunkten är därmed att lärosätets nyttjande behöver någon form av rättsligt stöd. Om tumregeln ger sådant stöd i dessa fall, eller om avtal med läraren behövs, kan emellertid framstå som osäkert.⁴⁶

Om tumregeln är en sedvanerättslig regel som gäller som dispositiv bakgrundsrätt i fall då inget annat avtalats mellan parterna, eller om tumregeln snarare ger uttryck för en *tolkningsprincip* om vad som i sådana fall kan presumeras följa av ett underförstått avtal mellan parterna, är inte i alla delar tydligt.⁴⁷ Tumregeln kan nog historiskt sett anses härledd ur just sedvänja eller branschpraxis som grundar sig i synpunkter om underförstådda samtycken i de anställningsförhållanden då sådan rättighetsövergång behövs för förverkligandet av anställningsförhållandets syfte, men hur den ska förstås i dag är inte i alla delar tydligt. Ett avtal kan också vara skriftligt eller muntligt, uttryckligt eller underförstått, och det är särskilt i anknytning till de underförstådda avtalen som kopplingen till tumregeln framträder tydligast, och där gränsen mellan tumregeln och ett underförstått avtal blir som mest svårdragen.⁴⁸

I de flesta fall kan man nog utgå ifrån att det föreligger ett stillatigande samtycke från upphovspersonen, så att arbetsgivaren faktiskt har det samtycke som behövs för sitt nyttjande av det upphovsrättsskyddade materialet,⁴⁹ åtminstone så länge som den anställde inte motsätter sig

⁴⁶ Se Karnell (1972) s. 36 som framhåller att det bör träffas skriftliga avtal i det enskilda fall eftersom "[d]et är alltför osäkert, för alla parter, att förlita sig på de allmänna regler som eljest gäller."

⁴⁷ I SOU 2010:24 s. 163 tycks den slutsats som dras mot bakgrund av uttalanden i doktrinen vara att det handlar om en presumtion om övergång då konkreta hållpunkter saknas, vilket får förstås som att regeln utgör sedvanerätt som i någon mening behöver avtalas bort.

⁴⁸ Se t.ex. Schaumburg-Müller (1986) s. 285 och Kielland (2018) s. 41.

⁴⁹ Huvudregeln avtalsrättsligt är trots allt att det inte gäller formkrav, och att en viljeförklaring kan vara uttrycklig eller underförstådd, eller rentav härledas ur ett konkludent handlande eller en underlåtenhet att handla (passivitet). Se t.ex. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 14 uppl. [Adlercreutz (2016)] s. 60. Allmänna avtalsrättsliga principer gäller också på

den från arbetsgivaren önskade användningen, fastän han eller hon vet om det aktuella bruket.⁵⁰ I normalfallet kommer mycket av det material som läraren skapar till användning på en kurs att hamna i denna kategori, där ett samtycke kan anses ha getts och där läraren inte heller har något intresse av att begränsa lärosätets användning. Om arbetsgivarens nyttjanderätt bygger på ett underförstått samtycke från arbetstagaren, innebär det visserligen att svåra tolkningsfrågor om samtyckets räckvidd kan uppkomma,⁵¹ men också att läraren vid skapande av nya sorters material, eller då arbetsgivaren vill nyttja ett material på ett nytt sätt, *kan* motsätta sig arbetsgivarens önskade användning.⁵² I normalfallet kan man dock inte förvänta sig att läraren ska agera helt som en vilken som helst annan mer fristående avtalspart. Att i en löpande anställning protestera mot arbetsgivarens användning av det material läraren skapat, skulle lätt kunna tänkas ge negativa arbetsrättsliga effekter i form av lönepåverkan och påstådda samarbetsproblem. I kombination med att arbetstagaren står under arbetsledning och är skyldig att följa arbetsgivarens order även under tvist, innebär de arbetsrättsliga särdragen att man nog får vara försiktig med att tolka in för mycket i en eventuell passivitet, åtminstone så länge som anställningen består.

det upphovsrättsliga området, om än i kombination med specifikationsprincipen som innebär att ”rättighetshavaren inte antas ha upplåtit en mera omfattande rätt än vad som klart framgår”, jfr Bernitz m.fl. (2020) s. 384 f. Se också Rt. 2001 s. 872 och Kielland (2018) s. 42.

⁵⁰ Att upphovspersonen vet om hur materialet används, eller åtminstone bör ha sådan kunskap, är en förutsättning för att dennes underlåtenhet att agera (passivitet) ska kunna anses som uttryck för en vilja och således utgöra en grund för bindning. Se närmare Vea Lund, *Passivitet*, 2017, s. 189 ff. om löftegivarens kunskap som allmän förutsättning för bundenhet genom passivitet.

Se också Adlercreutz (2016) s. 117 ff.

⁵¹ Att tolka underförstådda viljeförklaringar i en kontext då praktiken vid olika lärosäten, och även inom den enskilda institutionen, kan variera och sällan kommer tydligt till uttryck, och där olika personer kan ha mycket olika uppfattningar kring vad som gäller, torde helt enkelt vara relativt omöjligt. Otydlighet eller oklarhet kommer emellertid i dessa typfall, mot bakgrund av specifikationsprincipen, lösas till förmån för upphovspersonen. Vid oklarhet ska överlåtelsen tolkas restriktivt. Se t.ex. Godenhielm (1978) s. 323, Bernitz m.fl. (2020) s. 385 och Kielland (2018) s. 42.

⁵² Riktlinjer uppställda av arbetsgivaren har i sammanhanget ingen självständig eller principiell rättslig betydelse för frågan om övergång av upphovsrätt i anställningsförhållandet. Utgångspunkten är helt enkelt att arbetsgivaren inte genom att uppställa riktlinjer kan ingripa i den anställdes civilrättsliga positioner som annars förutsätter avtal eller annan rättsgrund.

Som *sedvanerättslig* regel skulle tumregeln kunna innebära att vissa upphovsrättsliga rättigheter övergår från universitetsläraren till lärosätet helt *oberoende* av den anställdes vilja i det enskilda fallet, om inte annat avtalats konkret. Det är därför inte nödvändigtvis betydelselöst om det handlar om tolkning av ett underförstått avtal eller en sedvanerättslig regel, förutsatt att övergång av upphovsrätt *överhuvudtaget* kan tänkas ske med stöd av tumregeln i den aktuella situationen. När det gäller rätten till undervisningsmaterial som har skapats av lärare på högskola och universitet är emellertid den enligt min uppfattning mer angelägna frågan huruvida tillämpning av tumregeln *överhuvudtaget* ska leda till övergång av upphovsrätt till lärosätena som arbetsgivare.

Det kan inte uteslutas att lärosätena framöver börjar reglera upphovsrättsliga frågor i sina anställningsavtal. Avtalsfrihet råder, åtminstone avseende förfoganderätten, och huvudregeln enligt 3 kap. 27 § upphovsrättslagen är att upphovspersonen kan överlåta de ekonomiska rättigheterna som följer av upphovsrätten.⁵³ Det torde emellertid kunna ifrågasättas hur reell avtalsfriheten är om arbetsgivaren uppställer som villkor för en nyanställning att övergång av upphovsrätt till verk skapat av läraren ska ske. Det är stor konkurrens om tjänster och de flesta nydisputerade skulle sannolikt acceptera nästan vilka villkor som helst för möjligheten att meritiera sig, eller även få en fast tjänst. Denna sorts avtalsvillkor skulle också principiellt vara svåra att få ihop med 2 kap. 16 § RF och regleringen av den akademiska friheten, jfr 1 kap. 6 § 2 st. 3 högskolelagen.⁵⁴ Om överlåtelsen går utöver vad som egentligen behövs och vad som har stöd i rättskällorna, och vad som accepterats av facket, torde jämkning med stöd av 36 § avtalslagen ligga nära till hands.

⁵³ I sådana fall måste man dock skilja mellan nyanställda och de sedan tidigare anställda, jfr också Wolk (2008) s. 213. Det skulle utgöra en markant ändring av villkoren för anställningsavtalet att införa överlåtelse av upphovsrätten som ett krav i den enskildes redan existerande arbetskontrakt. En sådan ändring faller utanför arbetsgivarprerogativens domän, och är därmed inte något som kan genomföras av arbetsgivaren utan arbetstagarens samtycke, jfr Glavå & Hansson, Arbetsrätt, 3 uppl., 2016 [Glavå & Hansson (2016)] s. 573 f. om § 32-befogenheterna och dess begränsningar.

⁵⁴ Bestämmelsen i högskolelagen anger att forskningsresultat får publiceras fritt, vilket rimligen måste betyda att författaren, alltså forskaren, äger att välja hur och när publicering ska ske utan inblandning från andra. Detsamma följer av upphovsrätten, enligt vilken författaren har en oinskränkt rätt till sina verk innan de har offentliggjorts. Se Wolk (2009) s. 723.

3.2 Anställningsförhållandets särprägel och kopplingen till arbetsrätten

3.2.1 Inledning

I grunden bygger tumregeln på en bedömning av vilken övergång av upphovsrätt från den anställda till arbetsgivaren som är *rimlig och nödvändig* för att verksamheten ska kunna fungera på det vis som förutsattes vid anställningsavtalets ingående, med andra ord en bedömning av vad som krävs för att anställningsförhållandets syfte ska uppnås.⁵⁵ Regeln hänger nära samman med att den som anställts för att skapa upphovsrättsligt skyddade verk genom den månatliga löneutbetalningen får betalt för att arbetsgivaren ska kunna nyttja materialet som förutsatt.⁵⁶ Mot denna bakgrund behöver emellertid något ytterligare sägas om vad som är särpräglat med universitetslärarens anställning.⁵⁷

Inom högskolesektorn kan en tumregel tänkas vara av mycket stor praktisk betydelse, eftersom det är sällsynt att lärare och lärosäte genom uttryckliga avtal reglerar frågor om rätten till användning av upphovsrättskyddat material skapat inom ramen för vanliga anställningar som lärare.⁵⁸ Samtidigt är det inte så att existensen av en tumregel på området skulle leda till att lärosätet får nyttjanderätt till *allt* upphovsrättskyddat material skapat av en lärare, utan endast till vad som är nödvändigt för lärosätets verksamhet och relevant för anställningsavtalets syfte. Som anges i SOU 2010:24 s. 164 har anställningsförhållanden inom forsk-

⁵⁵ Se Karnell (1972) s. 34 och Godenhielm (1978) s. 329. Övergång av upphovsrätt i anställningsförhållanden följer alltså inte den annars gällande huvudregeln att äganderätten till det som produceras i en verksamhet av dess anställda tillfaller arbetsgivaren. Se närmare Wolk (2008) s. 20 ff.

⁵⁶ Se Karnell (1972) s. 33–34 om att en grundläggande förutsättning för att frågan om upphovsrättens övergång ska uppkomma är att verket framställts som ett tjänsteälggande eller på grund av ett särskilt åtagande gentemot arbetsgivaren. Se också Godenhielm (1978) s. 329.

⁵⁷ Se Karnell (1972) s. 36–37 om tumregelns (begränsade) utbyte för arbetsgivare på universitets- och högskoleutbildningens område, åtminstone när det gäller forskning och läromedel. Se också Wolk (2008) kap. VII om särskilda förhållanden vid universitet och högskola.

⁵⁸ Det vanliga torde i stället vara att läraren skapar och utvecklar det material som behövs för att en kurs ska fungera utan att nödvändigtvis tänka på de upphovsrättsliga frågeställningar som kan aktualiseras. Hållningen är gärna att undervisningsmaterialet skapas ”för kursen” och är avsett att återanvändas, om än under vissa, gärna underförstådda, förutsättningar, som kan variera mellan olika lärare.

nings- och utbildningsområdena normalt *inte* ansetts motivera något rättsförvärv för arbetsgivaren gällande vetenskaplig produktion eller läroböcker.⁵⁹ Det är främst undervisningsmaterial och annat material som behövs för genomförandet av lärosätets faktiska verksamhet som potentiellt kan tänkas omfattas av en upphovsrättslig tumregel.

Inom anställningsförhållanden där den anställdes jobb främst är att skapa upphovsrättsskyddat material för användning i arbetsgivarens verksamhet vore det egendomligt om den anställd inte också var inställd på att låta arbetsgivaren nyttja det aktuella materialet på det sätt som tjänsten förutsätter. Att motsätta sig sådan användning skulle möjligen kunna genomdrivas rent upphovsrättsligt, men hade samtidigt inneburit en allvarlig brist i den anställdes skyldighet att fullgöra sina förpliktelser enligt anställningsavtalet, vilket man får förmoda att den anställd inte anser sig betjänt med.⁶⁰ Det är i denna sorts typfall som tumregeln har ansetts få störst betydelse och där kollektivavtal gärna omfattar frågor om upphovsrättens övergång. Typiskt sett uppkommer tvistefrågor i dessa fall först då arbetsgivaren använt materialet på *annat* sätt än som ursprungligen förutsattes.⁶¹

En sådan tydlig spänning mellan de upphovsrättsliga och arbetsrättsliga utgångspunkterna kommer emellertid inte gärna uppstå för den klassiska universitetsläraren.⁶² Lärarens tjänst innefattar nämligen en rad olika uppgifter, där de som utgör den största delen av arbetstiden inte alls *behöver* innefatta ett skapande av upphovsrättsskyddat material,⁶³ och där andra uppgifter leder till skapande av upphovsrättsligt skyddat material som lärosätena vare sig behöver, eller kommer få, rätt att nyttja med stöd av tumregeln.⁶⁴ Den enskilde läraren, åtminstone på större utbildningar, skapar exempelvis normalt sett inget eget material inför sin seminarie-

⁵⁹ Ett eventuellt upphovsrättsligt lärarundantag får också främst anses gälla just denna sorts material, jfr Strömholm (2002) s. 80.

⁶⁰ Se Glavå & Hansson (2016) s. 505 och Källström & Malmberg (2016) s. 217.

⁶¹ Se t.ex. NJA 1999 s. 390, NJA 2004 s. 363, RH 2009:7, AD 2002 nr 87, U 1978.901 H.

⁶² Se Kielland (2018) s. 50.

⁶³ Av 3 kap. 1 § högskolelagen följer ingen skyldighet för läraren att skapa sådant material alls, men många kommer av pedagogiska skäl att göra det i samband med fullgörelsen av delar av sin undervisningsskyldighet fastän det inte kan krävas av arbetsgivaren, jfr närmare nedan under 3.2.2. Se också Wolk (2008) s. 212 f.

⁶⁴ Det tydligaste exemplet i denna kategori torde vara den anställdes vetenskapliga produktion, men också läromedel faller tydligt utanför lärosätets nyttjanderätt.

undervisning, utan undervisar snarare år efter år med utgångspunkt i befintliga uppgifter, och samhällsuppdraget fullgörs genom att forskarens vetenskapliga alster och eventuella läroböcker och forskning publiceras och på så sätt blir tillgängliga för omvärlden.⁶⁵

Vad som gäller när läraren trots allt har skapat upphovsrättsskyddat undervisningsmaterial är givetvis av stort intresse, och ska behandlad närmare nedan, men det kan ändå vara bra att ha med sig att sådant skapande inte nödvändigtvis tar i anspråk någon större del av lärarens arbetstid. Det *behöver* alltså inte uppkomma någon konflikt mellan den arbetsrättsliga och den upphovsrättsliga regleringen gällande universitetslärarens verk, och om konflikten ens uppstår kan den mycket väl gälla material skapat på en helt begränsad del av lärarens totala arbetstid. Detta leder till att vi, som jag ser det, redan till en början är i ytterkanten av tumregelns tillämpningsområde.

3.2.2 Akademisk frihet och arbetsgivarens (mycket begränsade) rätt att leda och fördela arbetet

Eftersom tumregeln i grunden bygger på kopplingen mellan anställningsförhållandet och den anställdes skapande som ett led i fullgörandet av sin arbetsskyldighet,⁶⁶ är det av betydelse att se närmare på lärarens eventuella skyldighet att skapa undervisningsmaterial. Rollen som universitetslärare är trots allt inte i alla delar lätt att jämföra med jobb där arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet också gäller *hur* olika uppgifter ska utföras. I någon mån kunde det som ofta sammanförs under beteckningen akademisk frihet sägas stå i viss motsättning till arbetsledningsrätten. Även denna motsättning är av betydelse för frågan om övergång av upphovsrätt från lärare till lärosäte till följd av anställningen.⁶⁷

⁶⁵ Ofta är det lärosätenas verksamhet i relation till exploatering och kommersialisering av upphovsrättsskyddat material som problematiseras, jfr t.ex. Wolk (2008) s. 206, men också återanvändning i den faktiska verksamheten är av intresse här.

⁶⁶ Arbetsdomstolen formulerade i AD 2002 nr 87 detta som ett krav om att förfoganderätten gäller nyttjande av verk som tillkommer som resultat av tjänsteåligganden gentemot arbetsgivaren. Se också Karnell (1972) s. 33, Godenhielm (1978) s. 327 ff. och Strömholm (2002) s. 79 f.

⁶⁷ Se Karnell (1972) s. 35 f. om att arbetsgivarens anvisningar om ett verks utformning är utan upphovsrättslig betydelse om framställningen ligger utanför den anställdes tjänsteåliggande, och att det kan bli nödvändigt att fastställa om den som givit anvisningar faktiskt varit (arbetsrättsligt) behörig att ge direktiv.

Arbetsgivarens ledningsrätt kan i typfallet med universitetsläraren sägas vara närmast obefintlig vad gäller den anställdes forskning.⁶⁸ Både vad som görs till forskningsämne, val av forskningsinriktning och genomförande,⁶⁹ samt till stor del när forskningen bedrivs, är den enskildes val.⁷⁰ Detsamma gäller vid produktion av läromedel.⁷¹ Vad gäller undervisning kan lärosätet och institutionen givetvis fastställa styrdokument, vilka i viss mån kommer att begränsa lärarens frihet. Lärosätet kan givetvis också ålägga den enskilde läraren olika undervisningsuppgifter.⁷² Någon ledningsrätt avseende innehållet eller hur läraren väljer att genomföra sin undervisning föreligger däremot inte.⁷³ Avseende administrativa frågor, såsom till exempel schemaläggning, kursansvar och resurstilldelning för olika kurser, gäller en mer normal och omfattande arbetsledningsrätt, givetvis begränsad av anställningsavtalet samt tjänstens grundprägel.⁷⁴

Lärarens förpliktelser avseende den sorts uppgifter som räknas till undervisningsdelen av tjänsten kan ses dels som en skyldighet att frambringa ett bestämt resultat (dyka upp till sin schemalagda undervisning, skapa en tentamensuppgift, kommentera ett visst antal PM, skriva en lärarhandledning till ett seminarium *et cetera*), dels som en skyldighet att göra så gott den kan i att framställa dessa resultat. Bedömningen av vad som är bra eller dåligt avseende innehållet eller sättet att utföra uppgiften, och vilken form eller utformning resultatet ska ha, görs däremot till stor del av den enskilde läraren. Rådande för lärarens arbete i detta avseende är den akademiska friheten vilken innebär att läraren som utgångspunkt själv, om än inom ramen för gällande reglering av den del av uppgifterna

⁶⁸ Så också Bruun (1993) s. 158 om kopplingen till arbetstagarens ”uppgifter” i samband med frågan om övergång av upphovsrätt till datorprogram i anställningsförhållanden.

⁶⁹ Jfr särskilt 1 kap. 6 § högskolelagen och 2 kap. 16 § RF.

⁷⁰ De flesta lärare har förtroendearbets tid vilket innebär att man utöver schemalagd undervisning och eventuell kontorstid normalt kan utföra sitt jobb när på dygnet som man helst vill, om man bara passar på att göra tillräckligt många timmar.

⁷¹ Se Kielland (2018) s. 50.

⁷² När arbetsgivaren utöver sin arbetsledningsrätt är det dock viktigt att såväl god sed i anställningsförhållanden som likabehandlingsprincip och saklighets- och opartiskhetskrav som gäller i den offentliga sektorn iakttas. Se Svensäter (1991) s. 92.

⁷³ Se Wolk (2008) s. 205 f.

⁷⁴ Se Glavå & Hansson (2016) s. 585 ff. om arbetsledningsrätten och dess begränsningar.

som utgör myndighetsutövning, kursplan eller andra formella styrdokument, har frihet att välja både hur och när uppgifterna ska genomföras.⁷⁵

Eftersom läraren som huvudregel själv väljer *hur* den vill fullgöra de uppgifter den har åtagit sig eller blivit ålagd, och därmed också vilken sorts material som eventuellt ska skapas i samband med detta, måste det också vara den enskilda lärarens sak att välja om materialet alls ska användas, och om det ska återanvändas, ändras eller helt plockas bort inför kommande kursomgångar.⁷⁶ Fastän läraren exempelvis hållit samma föreläsningar år efter år och har skapat förinspelat material för att ersätta föreläsningarna, behöver fullgörelsen av undervisningen inte alls ske genom att detta material återanvänds, utan kan likväl ske genom att läraren i stället ställer sig upp på utsatt tid och håller sin föreläsning på plats i en hörsal. Att arbetsgivaren i ett sådant fall inte med stöd i arbetsledningsrätten kan ålägga läraren att i stället använda det förinspelade materialet är uppenbart, precis som att arbetsgivaren inte kan ålägga läraren att spela in materialet från första början.⁷⁷

Något svårare kan frågan om arbetsledningsrätten, och kopplingen mellan tjänstens innehåll och skapandet av upphovsrättsskyddat material, bli när det gäller material som skapas mer eller mindre på direkt beställning från arbetsgivaren, som till exempel tentamensuppgifter eller seminarieuppgifter.⁷⁸ Det anses normalt ingå i tjänsten som lärare att man "tar sin andel" av examinationen, vilken förutsätter upprättande av tentamensuppgifter, såväl som att man tar del av utveckling och uppdatering av undervisningsmaterial. Det kan dock variera mellan olika

⁷⁵ Just den akademiska friheten har också framhållits som en central bakgrund till varför någon övergång av upphovsrätt i anställningsförhållanden inte torde vara aktuellt. Se SOU 1996:70 Samverkan mellan högskolan och näringslivet s. 92.

⁷⁶ Se Wolk (2008) s. 212 f. Förhållandet mellan arbetsgivarens arbetsledningsrätt och den anställdes lydnadspikt är emellertid komplext. Om läraren anses skyldig att följa en arbetsorder fastän den ligger utanför arbetsgivarens bestämmanderätt, skulle dock eventuella upphovsrättsligt skyddade resultat av sådant arbete tydligt hamna utanför tumregels tillämpningsområde.

⁷⁷ I de flesta fall torde dock tvisten uppkomma på en annan nivå, nämligen mellan kursföreläsare – som en slags arbetsgivarföreträdare – och enskilda lärare som kollegor, som beroende snäva budgetramar för den enskilda kursen och snåla avräkningsnycklar för återanvändning har motstående intressen, men då det ut kollegialitetssynvinkel kan vara svårare för upphovspersonen att stå emot ett önskemål om återanvändning som ur rent juridisk synvinkel inte kan tvingas genom.

⁷⁸ Se Karnell (1972) s. 36 om betydelsen av att materialet skapats efter beställning från arbetsgivaren.

lärosäten och institutioner om läraren har särskilt avsatt arbetstid ("får timmar") för sådana insatser, eller om det är något som ska rymmas inom ramen för den förberedelsetid som ges i samband med själva undervisningen eller inom den resterande del av arbetstiden som ska täcka så kallad allmän institutionstjänstgöring och att följa utvecklingen på det egna ämnesområdet. Detta leder oss till frågan huruvida lärosätet genom den lön som betalas till läraren kan anses ha betalt också för undervisningsmaterial som skapas inom ramen för lärarens tjänst.

3.2.3 Beräkning av undervisningstimmar och arbetstid

Att det finns anledning att fästa vikt vid huruvida läraren kan anses ha fått betalt för det upphovsrättsskyddade material som skapats inom ramen för lärarens anställning, hänger samman med att övergång av upphovsrätt till lärosätena i annat fall i realiteten skulle bli vederlagsfritt, något som skulle komma i konflikt med de grundläggande principerna om upphovspersonens ekonomiska ensamrätt såväl som de hänsyn som tumregeln bygger på.⁷⁹

Den arbetsrättsliga utgångspunkten är att man ska få betalt för den tid som man arbetar och att man inte utan särskild ersättning ska arbeta mer än vad som följer av anställningsavtalet.⁸⁰ Denna utgångspunkt står ofta långt från den faktiska verkligheten för universitetsläraren, dels därför att många helt frivilligt gärna lägger mer tid på att forska än vad tjänsten inrymmer, dels därför att det som främst räknas för arbetsgivaren är att man genomför sina *undervisningstimmar* – vilka beräknas enligt institutionens egna riktlinjer och oftast oberoende av faktiskt förbrukad tid.⁸¹

En undervisningstimme motsvarar normalt flera klocktimmar, och är tänkt att ge utrymme för förberedelser och andra undervisningsrelaterade uppgifter, åtminstone när det handlar om salsundervisning. Tilläggas bör att många av de uppgifter som ingår i tjänsten inte finns med i riktlinjerna för beräkning av undervisningstid, fastän det kan handla om

⁷⁹ Se förutom AD 2002 nr 87 och Karnell (1972) s. 35, t.ex. Glavå & Hansson (2016) s. 509 ff.

⁸⁰ Se Källström & Malmberg (2016) s. 204 f. Ersättningsfrågor är dock inte reglerade i lag i svensk rätt, utan följer normalt av kollektivavtal. Se Glavå & Hansson (2016) s. 602.

⁸¹ Det varierar hur stor andel av tjänsten som utgör forskning, men åtminstone vid juridiska institutioner i Sverige är det inte ovanligt att undervisningsskyldigheten utgör 70–80 % av arbetstiden och att gränsen mellan arbetstid och fritid suddas ut. Se något närmare om verk som skapats utom arbetstid Svensäter (1991) s. 389 f.

undervisningsrelaterade uppgifter. Huruvida den enskilde faktiskt behövt använda all förberedelsetid för att kunna genomföra undervisningen väl eller inte, eller behövt ännu mer, varierar från person till person. Normalt sker dock ingen redovisning av arbetstid utöver den som gottskrivs som undervisningstid, och huruvida det alls finns utrymme inom ramen för redan tilldelad undervisningstid att genomföra andra uppgifter än den aktuella undervisningen kan i normalfallet bara den anställde själv ha någon uppfattning om.

Den lärare som är ny på en kurs får till exempel räkna med att lägga mer tid på att förbereda och genomföra sin undervisning än vad som ingår i tjänsten, medan den erfarna läraren som undervisar på samma kurs i flera år kan gå ”med vinst” varje gång som kursen ges. Att man får samma antal timmar i förberedelsetid oavsett om man är oerfaren eller rutinerad, och oavsett om man genomför samma undervisning år efter år eller om man växlar mellan kurser och ständigt behöver sätta sig in i nya sådana, och kanske till och med behöver skapa nytt material, är ett system som kan leda till suboptimering.⁸² Samtidigt anser nog de flesta att verksamheten inte skulle fungera väl om man i stället beräknade arbetstid utifrån principer om faktiskt nedlagd tid för de olika uppgifterna som ska utföras. Snarare skulle ett sådant system sannolikt leda till en ledningsmardröm och närmast oöverstigliga samordningsutmaningar, och även då skulle en påtaglig risk för suboptimering föreligga.⁸³

Om läraren får undervisningstimmar för att skapa material, exempelvis seminarie- eller tentamensuppgifter, torde det emellertid ligga inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt att ålägga läraren en sådan uppgift på samma sätt som arbetsgivaren kan kräva att läraren håller en bestämd föreläsning eller genomför seminarieundervisning inom ramen för dennes undervisningsskyldighet.⁸⁴ Läraren skulle då vara skyldig att göra sitt

⁸² Det blir i hög grad upp till den enskilde att själv avgöra hur mycket tid som läggs på att utveckla och förbättra undervisningsmetoder, material och sig själv som lärare – och sådant arbete ger som huvudregel inga timmar. Den som gör minst möjligt av det som inte mäts i inrapporteringen av undervisningstimmar får mer tid till forskning och annat än den som använder ”överbliven” tid från förberedelserna eller mer för att utveckla och förbättra undervisningsmaterial.

⁸³ Eftersom något yttre incitament till effektivisering av arbetet då skulle saknas, vore risken att onödigt mycket tid läggs på att genomföra arbetsuppgifterna eftersom detta skulle leda till att den totala arbetsbördan reduceras.

⁸⁴ Särskild ersättning, om än i form av timmar, som uttryckligen avser framställning av ett bestämt resultat får i sammanhanget anses som en beställning, se Karnell (1972) s. 36.

bästa för att skapa ett – enligt *sin* uppfattning – så bra resultat som möjligt i ett – enligt *sin* uppfattning – lämpligt format.

Det som rent arbetsrättsligt kan krävas är emellertid att läraren gör sitt bästa för att fullgöra sina uppgifter inom de *antal timmar som ryms* i den del av tjänsten som hänför sig till undervisningsskyldigheten.⁸⁵ Det samma gäller när framställningen av material sker efter en särskild beställning. För de flesta lärare torde det dock vara uteslutet att skicka iväg en text eller hålla en föreläsning innan man är nöjd med resultatet, fastän detta kan kräva väsentligt mer tid än den som ges i avräkning. I synnerhet torde detta gälla om det rör material som lätt kan återanvändas, och som riskerar att spridas i större utsträckning än vad läraren tänkt eller kan kontrollera.⁸⁶ Här görs en av de tankar som är särpräglad för upphovsrätten och som motiverar det ideella skyddet för upphovspersonen tydlig, nämligen att den sorts verk som skyddas gärna uppfattas som något *personligt* för upphovspersonen.⁸⁷

Fastän arbetsgivaren kan ålägga läraren att på ett visst antal timmar göra sitt bästa för att skapa önskat material, kan läraren *inte* tvingas att lämna ifrån sig arbetet om denne inte blivit nöjd med resultatet efter att ha utnyttjat den tilldelade tiden.⁸⁸ På denna punkt skiljer sig salsundervisning tydligt åt från skapandet av material som kan återanvändas. Det är inte tveksamt att läraren kan åläggas genomföra viss undervisning inom den ämnesinriktning som anställningsavtalet anger, och det gäller oavsett om läraren känner sig redo för det aktuella undervisningspasset eller inte. Det kan visserligen vara krävande att behöva stå i en sal och föreläsa om förberedelsetiden inte har räckt till, men en sådan situation är relativt snabbt avklarad och något som i en mycket begränsad utsträckning följer läraren vidare på det sätt som verk framställda i skrift eller som är fångade på ljud eller film kan göra. Fastän det normalt inte framgår vem som skapat seminarie- eller tentamensuppgifter är det internt ofta

⁸⁵ Se Glavå & Hansson (2016) s. 506 om arbetstagarens allmänna arbetsrättsliga skyldigheter.

⁸⁶ Att det inte innebär åsidosättande av ens skyldigheter enligt anställningsavtalet att lägga ytterligare arbetstid på sådana uppgifter borde vara uppenbart – åtminstone inom den tidsram som står till något så nära fritt förfogande. Mer problematiskt blir det om man skulle behöva använda sin forskningstid, detta eftersom forskning också ingår i arbetsbeskrivningen för de flesta lärare.

⁸⁷ Se SOU 1956:25 s. 85.

⁸⁸ Det är trots allt upphovspersonen som avgör när ett verk ska offentliggöras, se Bernitz m.fl. (2020) s. 73 ff. jfr NJA 1985 s. 893.

känt vem som skapat vilka uppgifter. Detta innebär att läraren kan ha ett lika skyddsvärt behov av att inte tvingas offentliggöra ett sådant verk förrän han eller hon anser det redo för offentliggörande, som vid skapandet av andra verk.

Visserligen vill lärare normalt göra sitt yttersta för att skapa bra undervisningsmaterial oberoende av om timmarna som utgår täcker den krävda arbetsinsatsen eller inte. Men om beräkningsnyckeln blir alltför snål skulle det, särskilt i kombination med en utövning av arbetsledningsrätten, kunna leda till mycket dåliga resultat. Mot denna bakgrund är det inte överraskande att det gärna blir den enskilde lärarens val om den vill åta sig att skapa material som kan återanvändas, och att sådant skapande i så fall sker närmast oberoende av det antal timmar som utgår för arbetet. Den som har ett långsiktigt perspektiv vet att det extra arbete som utförs vid en tidpunkt, åtminstone till viss del betalar sig senare, till exempel genom att man över flera år har skapat material som kan justeras, omarbetas och återanvändas, och att behovet för förberedelser reduceras när man väl undervisar ett moment några gånger. Den som är villig att lägga ner extra tid då nytt undervisningsmaterial skapas skulle också kunna tänkas "få tillbaka" tiden senare genom att återanvända materialet till en lägre tidsmässig insats än timmarna som då utgår.⁸⁹

Systemet förutsätter emellertid att de anställda accepterar att risken för såväl kvalitet som tidsåtgång i någon mening ligger på den enskilde. Detta kräver en hög grad av tillit mellan arbetsgivare och arbetstagare, åtminstone om man vill främja innovation och utveckling av nytt material och nya undervisningsmoment.⁹⁰ Denna praktiska verklighet innebär också att det, både för lärare och lärosäte, kan vara oklart och nära omöjligt att identifiera om, eller när, läraren kan anses ha "tjänat in" den tid som gått åt för att skapa visst undervisningsmaterial. Ytterligare kom-

⁸⁹ Genom att besluta om egna beräkningsnycklar för återanvändningen av förinspelt material kan man ge tydliga incitament som antingen främjar eller förhindrar att en lärare lägger den tid som behövs för att skapa nytt och för ändamålet lämpligt material, eftersom denne då redan på förhand kommer att veta om man kommer, eller inte kommer, få avräkning för insatsen längre fram.

⁹⁰ Just förhållandet mellan upphovsrätten och önskemålen om innovation, ökad värdeskapning och hantering av de stora immateriella tillgångarna inom högskolesektorn har tydligt kommit till uttryck i flera av de utredningar som genomförts på området. Se t.ex. SOU 2020:59 Innovation som drivkraft – från forskning till nytta s. 67 med vidare hänvisning till SOU 1992:7 Kompetensutveckling en nationell strategi och SOU 1998:128 Samverkan mellan universitet och samhället i övrigt.

plicerad blir bedömningen allt eftersom uppdateringar krävs eller andra ändringsbehov uppkommer, vilka i sig leder till ytterligare tidsåtgång. Att identifiera om upphovsrättsskyddat material som skapats inom ramen för en universitetslärarens tjänst också rent faktiskt täckts in av den arbetstid som lönen avses utgöra betalning för, skulle alltså förutsätta konkreta, och sannolikt komplexa, bedömningar i det enskilda fallet. I sig utgör detta ett tydligt argument mot att någon förfoganderätt till undervisningsmaterial skapat inom ramen för en tjänst rent allmänt ska övergå till lärosätet med stöd av tumregeln.

3.2.4 Lärosätets behov av att kunna nyttja undervisningsmaterial skapat av dess lärare

Särskilt på större utbildningar kan det vara nödvändigt med en hel del undervisningsmaterial som ska kunna användas av olika lärare, och gärna över längre tid. När sådant material skapas är det ofta förutsatt från både lärosätets och lärarens sida att det kommer att användas på ett specifikt sätt som också innebär återanvändning, och det är inte ovanligt att upphovspersonens namn inte ens framgår när uppgifterna används.⁹¹ Det samma gäller vid tentamensuppgifter och i vissa fall även tentamenskommentarer, som på grund av deras karaktär som examinerande moment och därmed underlag för myndighetsutövning kommer att behöva hållas tillgängliga även efter att de använts.⁹² Ett av de hänsyn som tumregeln bygger på är arbetsgivarens legitima *behov* av att för sin verksamhet erhålla nyttjanderätt till det upphovsrättsskyddade material som skapats av de anställda i utbyte mot den lön som betalas.⁹³

⁹¹ Vilket ju, i någon mening, utgör ett brott med den tydliga upphovsrättsliga huvudregeln om att upphovspersonen enligt 1 kap. 3 § upphovsrättslagen ska namnges. Samtidigt kan man se det så att det i dessa fall finns en sedvänja som innebär att det är i linje med god sed att inte namnge upphovspersonen i materialet som görs tillgängligt för studenterna. De flesta lärare på utbildningar med stora studentkullar skulle nog också kunna se vissa fördelar med att inte bli identifierade.

⁹² Denna sorts material får anses utgöra allmän offentlig handling som kan begäras ut av envar, vilket dock inte ger rätt att använda materialet på ett sätt som innebär upphovsrättsintrång.

⁹³ Se något närmare Svensäter (1991) s. 362 ff. om behovskriteriet. Flera av de riktlinjer som man kan hitta exempel på hos svenska lärosäten idag förespråkar en helt onyanserad och väsentligt mer långtgående övergång av upphovsrätt än vad som torde följa av tumregeln. Tydliga riktlinjer kan visserligen medverka till att det bildas en sedvänja kring vad som gäller, vilken dels kan tänkas utgöra tolkningsunderlag och dels ge innehåll till en

Man kan tänka sig olika sätt på vilka ett nyttjande av undervisningsmaterial skulle kunna vara av betydelse för lärosätet. Den kanske mest långtgående varianten är att lärosätet vid undervisningen av nya studenter vid senare terminer rentav återanvänder material som har skapats av lärare i ett tidigare skede. Ett annat sätt att nyttiggöra sig undervisningsmaterialet handlar snarare om internt bruk för att säkerställa kontinuitet i verksamheten och underlätta för nya lärare. Till exempel kan tidigare föreläsningbilder vara av stort värde för den lärare som är ny på en kurs och som själv ska skapa nya föreläsningar eftersom bilderna ger en översikt över de ämnen och den tematik som tidigare hanterats inom ramen för den aktuella föreläsningen eller den aktuella kursen. På motsvarande sätt kan förinspelade föreläsningar, seminarieuppgifter eller annat material användas internt, utan att det innebär att materialet används igen *i undervisningen*.

Denna sorts informationsförmedling *kan* i vissa fall tänkas ske utan att det förutsätter någon exemplarframställning utöver den som redan gjorts av den ursprunglige läraren i samband med uppladdning på lärosätets lärplattform vid en tidigare kursomgång, dock förutsätter det ofta att en digital kopia skapas vid nedladdning och eventuell vidarebefordran till aktuell personal. Gemensamt är att det handlar om användning för enskilt bruk, om än inom ramen för verksamheten. Upphovsrättsligt gäller emellertid som huvudregel samma utgångspunkt för exemplarframställning så länge användningen sker som del av en professionell verksamhet och inte för privat bruk.⁹⁴ Huruvida det handlar om rent intern användning eller dessutom användning i undervisningen kan dock ha betydelse när man ska avgöra frågan om övergång av nyttjanderätt med stöd av tumregeln. Fortsatt intern användning torde nämligen vara väsentligt mer vanligt förekommande, och för upphovspersonen mindre kränkande, än återanvändning i undervisningssituationer.

I normalfallet, åtminstone så länge som upphovspersonen är fortsatt anställd vid lärosätet, torde det vara sällsynt förekommande att läraren skulle vilja förhindra att material som denne har skapat används som

eventuell tumregel på området. Det är emellertid inte nog att riktlinjerna finns och står där utan att ifrågasättas, utan man måste i så fall också visa att de rent faktiskt efterlevs över tid. Än så länge är det litet som tyder på att så är fallet för de riktlinjer som gäller vid svenska lärosäten idag.

⁹⁴ Se närmare Olsson & Rosén (2018) avsnittet om 2 kap. 12 § första stycket upphovsrättslagen om ändringarna i bestämmelsen till följd av införlivandet av Infosocdirektivet (2001/29/EG) och kopplingen till reglerna om avtalslicenser.

inspiration för kollegor eller till annat internt bruk. Gäller det enklare föreläsningbilder, seminarie- eller tentamensuppgifter som redan "förbrukats" bör samma sak gälla även efter att läraren har avslutat sin anställning, och för seminarie- och tentamensuppgifter sannolikt oberoende av om materialet används vidare i verksamheten riktad till studenterna eller endast internt.

I dessa fall kan man tänka sig att lärosätet i viss mån äger rätten att nyttja materialet eftersom det lämnats över till lärosätet under förutsättning att det används på ett bestämt sätt, åtminstone om läraren har fått timmar för skapandet. För insatser som ersätts utifrån fasta tariffer för beräkning av undervisningstid, kan det presumeras att lärosätet erhåller viss nyttjanderätt till materialet som skapats, som i vissa fall också innefattar återanvändning i undervisningssituationen. Om man vill kalla detta för en följd av en tumregel på området, eller som uttryck för ett underförstått avtal, blir främst en semantisk fråga eftersom avtalet i ett sådant fall – i brist på konkreta hållpunkter om annat – får anses innebära ett i tid obegränsat samtycke till nyttjande på det sätt som var vanligt i verksamheten vid avtalstidpunkten.⁹⁵

Detta kan dock sägas utgöra en utgångspunkt endast om det handlar om en mer konkret *beställning* från arbetsgivarens sida vilken *ryms* inom arbetsledningsrätten,⁹⁶ vilket alltså förutsätter att lärarens insats åtminstone rimligen *ryms* inom dennes arbetstid. Om situationen präglas av att läraren felaktigt uppfattat sig vara förpliktad att skapa material utan att det gottskrivs som undervisningstid, är risken att läraren implicit åläggs att jobba mer än vad som krävs enligt arbetsskyldigheten utan ersättning för det. I dessa fall skulle en övergång av upphovsrätt till följd av anställningsförhållandet inte heller kunna motiveras med de hänsyn som utgör skäl för tumregeln.

Också om det gäller mer avancerade undervisningsupplägg som skapats på lärarens eget initiativ, eller om det rör material avsett för den aktuella lärarens eget bruk, är det nog ofta naturligt att tänka sig att läraren har ett intresse av att begränsa lärosätets användning av materialet. Exempel i sammanhanget är digitala spel och liknande uppgifter eller förinspelat material där lärarens egen röst och eventuellt bild finns med. Detsamma gäller föreläsningar och stöddokument, oavsett format och

⁹⁵ Se liknande Karnell (1972) s. 36 om förhållandet mellan tumregeln och beställningsfallen.

⁹⁶ Se Karnell (1972) s. 35–36.

framförande, som oftast också utgör verk som är avsett för just den egna personliga användningen. I dessa fall får utgångspunkten anses vara att den upphovsrätt som eventuellt övergår till arbetsgivaren som *mest* kan omfatta rätt att nyttja materialet internt i den mån det behövs för att säkerställa verksamhetens kontinuitet och tjäna som inspiration för övriga anställda. Någon mer omfattande nyttjanderätt, till exempel för fortsatt användning i undervisningen, ryms som jag ser det inte av någon tumregel på området utan skulle kräva att det finns konkreta hållpunkter för att en sådan övergång varit förutsatt mellan de båda parterna.⁹⁷

Gränsfall kan tänkas finnas, till exempel om läraren erhållit viss tilldelning av timmar för att skapa visst material som också förutsätter en insats vilken kräver arbete utöver den tilldelningen eller vad ordinarie arbetstid omfattar, men det leder oss i så fall över till bedömningar om underförstådda avtal i det enskilda fallet och inte övergång av upphovsrätt på grund av anställningsförhållandet som sådant. På samma sätt som när en tentamensuppgift skapas och används i utbyte mot att läraren erhåller ett på förhand fastställt antal timmar, torde det emellertid ligga nära till hands att tolka situationen så att samtycke till lärosätets nyttjande getts när läraren har åtagit sig och också fullgjort åtagandet. Annorlunda vore det om arbetet genomförts på eget initiativ, där lärosätets eventuella bidrag varit externa medel som använts exempelvis för att täcka lärarens kostnader för att köpa in nödvändig utrustning.

3.2.5 Sammanfattning

Det kan i *mycket begränsad* omfattning uppställas en presumtion för att lärosätet ska erhålla någon nyttjanderätt till det undervisningsmaterial läraren skapat inom ramen för sin tjänst. Kombinationen av akademisk frihet och valfrihet avseende hur den enskilde läraren vill utforma det undervisningsmaterial han eller hon skapar, såväl som individuella skillnader i tidsåtgång och det system för beräkning av arbetstid som är vanligt i branschen, gör att omständigheterna som i andra fall kan motivera övergång av upphovsrätt till följd av anställningsförhållandet, inte gör sig gällande.

I vissa konkreta fall kan man dock identifiera att förutsättningarna för skapandet över lag sannolikt varit sådana att lärosätet kan erhålla rätt

⁹⁷ Se också Karnell (1972) s. 38 situation d om att läraren kan motsätta sig återanvändning av material tillkommit för bruk i egen undervisning.

att nyttja materialet även framgent, trots att läraren inte själv samtycker. Dels kan detta anses gälla *internt* bruk av material som tidigare använts i undervisningssituationen, dels återanvändning av material som läraren erhållit undervisningstimmar för att skapa efter konkret förfrågan. Sistnämnda typ av material kan då också, i den utsträckning som det vid tidpunkten för skapandet varit synbart för läraren att återanvändning var normalt i verksamheten, återanvändas i undervisningen även fortsättningsvis.⁹⁸

3.3 Ett upphovsrättsligt lärarundantag för universitetsläraren?

Mot bakgrund av den räckvidd som en tumregel på området enligt min uppfattning kan anses ha framstår behovet av ett upphovsrättsligt lärarundantag som tämligen begränsat. Den övergång av upphovsrätt som förefaller kunna ske med stöd av en tumregel på området motsvarar i grova drag också de begränsningar som sannolikt oavsett måste uppställas i ett upphovsrättsligt lärarundantag.⁹⁹ En tvärsäker och absolut syn om att varje övergång av upphovsrätt till lärosätena kräver samtycke,¹⁰⁰ kan jag inte se stöd för varken i rättskällorna eller de intressen som förtjänar att beaktas.

Att man inte undviker behovet av att göra en konkret bedömning av huruvida någon upphovsrätt gått över till följd av universitetslärarens anställningsförhållande genom att åberopa lärarundantaget, innebär att det i rättsteknisk mening spelar mindre roll under vilken rubrik man gör bedömningen. Emellertid framstår det för mig som rent strukturellt lämpligt att först göra bedömningen av om någon upphovsrätt alls kan övergå till lärosätet till följd av anställningsförhållandet, för att därefter bedöma huruvida det kan göras undantag från detta med stöd i lärarundantaget. Mot bakgrund av framställningen ovan, skulle en sådan prövningsordning leda till ett begränsat behov av lärarundantaget, eftersom det sannolikt inte skulle ge universitetsläraren något utökat skydd än vad som redan

⁹⁸ De flesta riktlinjerna som beslutats vid olika svenska lärosäten skiljer inte på olika sorters användning och ger därför uttryck för en tumregel med väsentligt större räckvidd än det finns fog för.

⁹⁹ Sandgren (2003) s. 39–40.

¹⁰⁰ En så absolut syn framgår främst av Wolk (2011) i hennes rapport för SULF.

följer av tumregeln. Åtminstone gäller det såsom rättsläget och universitetslärarens arbetssituation ser ut *idag*.

Arbetsgivaren kan givetvis, genom att strukturera om sin verksamhet över tid, tänkas påverka verksamhetens karaktär på så sätt att också tumregelns räckvidd kommer att förändras till nackdel för lärarens ensamrätt till sina verk.¹⁰¹ För denna tänkbara framtida förändring skulle det dock, som jag ser det, krävas mycket drastiska ändringar av verksamheten för att någon egentligt utökad möjlighet till övergång av upphovsrätt genom universitetslärarens anställning. Sannolikt skulle kombinationen av begränsningar i rätten att instruera läraren i utövandet av arbetet, tillsammans med sättet att beräkna arbetstid, också innebära att en ändring i hur man genom verksamheten vill nyttiggöra sig sina anställdas verk inte nödvändigtvis i sig skulle leda till ett väsentligt förändrat resultat vid tillämpning av tumregeln.

Skulle lärarens arbetssituation ändras på så sätt att de arbetsrättsliga argumenten mot övergång av upphovsrätt till följd av anställningsförhållandet bleknar, skulle man dock kunna tänka sig att tumregeln kan ge stöd för en ökad övergång av upphovsrätt. Det kan därför inte uteslutas att ett upphovsrättsligt lärarundantag skulle kunna få självständig betydelse. Samtidigt skulle det fortfarande, om nu inte verksamheten fullkomligt ändrar karaktär och betydande lagändringar genomförs, handla om en möjligt utvidgad rätt att nyttja just *undervisningsmaterial*, men inte forskning eller andra publikationer.¹⁰²

Att det oavsett finns ett upphovsrättsligt lärarundantag som – oberoende av tumregelns räckvidd – innebär att någon övergång av upphovsrätt från läraren till lärosätet inte sker för forskning eller andra publikationer, torde dock vara uppenbart i dagsläget. Fastän det saknas auktoritativa rättskällor som lärarundantagets existens eller omfattning kan härledas ur, har undantaget hanterats som en säker sedvanerättslig regel i

¹⁰¹ Se Rosenmeier (2016) s. 701.

¹⁰² Interna riktlinjer kan såklart framöver tänkas spela roll som del i en framväxande sedvanja med betydelse för den sorts material som ligger inom ramen för vad som potentiellt kan omfattas av den sedvanerättsliga tumregeln. För material som oavsett hamnar utanför en tumregel, som till exempel forskning och andra publikationer, dyker emellertid relationen till 2 kap. 16 § RF och 1 kap. 6 § 2 st. 3 högskolelagen upp, vilka torde innebära ett behov av stöd i lag eller enskilt avtal om upphovsrätt till vetenskapliga texter eller läromedel skulle övergå till arbetsgivaren. Se närmare Olsson & Rosén (2018) avsnittet om Upphovsrättssystemets kulturella och ekonomiska roll m.m. om regleringen i 2 kap. 16 § RF.

ett stort antal utredningar och i doktrinen under mycket lång tid. Framställningarna innehåller visserligen var för sig i begränsad utsträckning någon djupare analys av undantagets innehåll eller räckvidd och flera av dem upprepar bara påståenden som hämtats från andra ställen, vilket tydligt begränsar deras vikt som självständiga rättskällor. Trots den kritik som kan riktas mot det rättskällestöd som (inte) anförts till stöd för ett upphovsrättsligt lärarundantag, framstår det ändå inte som tveksamt att det existerar ett sådant undantag på sedvanerättslig grund när det gäller forskning och läromedelsproduktion. När det gäller annat material som skapas av läraren inom ramen för hans eller hennes tjänst, förefaller det däremot för mig som tydligt att frågan om övergång av upphovsrätt till följd av tumregeln och ett eventuellt lärarundantag är två sidor av samma mynt, som torde leda till samma resultat.