

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 5 mars 2010

Mål nr

T 3440-08

KLAGANDE

JR

Ombud: ST

MOTPART

P-AU

Ombud: Advokat DT och jur.kand. CT

SAKEN

Upphovsrättsintrång

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Svea hovrätts dom 2008-07-01 i mål FT 685-08

DOMSLUT

Med ändring av hovrättens dom i huvudsaken förpliktar Högsta domstolen P-AU att till JR utge 1 800 kr.

Med ändring av hovrättens dom även såvitt avser rättegångskostnader förordnar Högsta domstolen att vardera parten ska svara för sina rättegångskostnader vid tingsrätten och i hovrätten.

Vardera parten ska svara för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

JR har yrkat att P-AU ska till honom betala 4 762 kr 50 öre för otillåten exemplarframställning och olovligt tillgängliggörande i enlighet med 54 § första stycket lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk och 4 000 kr i enlighet med 54 § andra stycket samma lag. JR har också yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten.

P-AU har bestritt ändring.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen.

DOMSKÄL

Omständigheterna i målet m.m.

1. På företaget Q-houses i Sverige AB:s uppdrag producerade JR en webbplats med bl.a. fotografier som han själv hade tagit. När Q-houses senare uppdrog åt P-AU, med firma Kabelkultur, att producera en ny webbplats kom denna att innehålla bl.a. två av fotografierna, som då var beskurna. Fotografierna har även under knappt ett år funnits på Kabelkulturs webbplats.
2. I målet är utrett att P-AU, i syfte att på Kabelkulturs webbplats visa prov på utförda uppdrag och med stöd av ett samtycke i det uppdragsavtal som träffats mellan P-AU och Q-houses, framställde en s.k. skärmdump (en digital bild framställd i datorn som visar det som presenteras på bildskärmen i ett visst ögonblick) avseende en del av Q-houses andra webbplats med de aktuella fotografierna. P-AU infogade denna på Kabelkulturs webbplats. JR hade emellertid inte upplåtit eller överlåtit upphovsrätten till de två fotografierna till Q-houses.
3. JR har i målet gjort gällande att *otillåten exemplarframställning* har skett genom framställandet av skärmdumpen och genom att denna infogats på Kabelkulturs webbplats på två ställen (bl.a. på startsidan) samt att fotografierna utan hans samtycke har gjorts *tillgängliga för allmänheten* genom att de har legat på webbplatsen under perioden december 2004 – 8 november 2005.
4. P-AU har invänt att användningen av de två fotografierna varit så obetydlig, att intrång inte ska anses ha skett.

Rättsliga utgångspunkter

5. De två fotografierna utgör fotografiska bilder i den mening som anges i 49 a § upphovsrättslagen. Enligt den bestämmelsen har den som framställt en fotografisk bild uteslutande rätt att framställa exemplar av bilden och göra den tillgänglig för allmänheten. Genom en hänvisning i fjärde stycket gäller att den inskränkning i upphovsrätten till konstverk som föreskrivs i 20 a § upphovsrättslagen även är tillämplig för fotografiska bilder. Detta innebär, såvitt nu är av intresse, att var och en får framställa exemplar av fotografiska bilder och överföra sådana fotografiska bilder till allmänheten om den fotografiska bilden förekommer i bakgrunden av eller annars ingår som en oväsentlig del av en bild. Förfogandena förutsätter dock att förlagan till det exemplar som framställs när fotografiet tas in i bilden omfattas av en utgivning av fotografiet eller är ett exemplar som överlåtits av framställaren (20 a § andra stycket).

6. Med anledning av införlivandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet) beslutade riksdagen flera ändringar i upphovsrättslagen som trädde i kraft den 1 juli 2005 (SFS 2005:359). Genom ett förbiseende saknades emellertid hänvisningen till 20 a § i 49 a § upphovsrättslagen. Hänvisningen infördes sedermera genom en ändring i 49 a § som trädde i kraft den 1 december 2005 (SFS 2005:757).

7. Enligt p. 5 i övergångsbestämmelserna till de ändringar i upphovsrättslagen som trädde i kraft den 1 juli 2005 ska äldre bestämmelser tillämpas i fråga om åtgärder som vidtagits före ikraftträdandet. Ändringen i 49 a § som trädde i kraft den 1 december 2005 innehåller inga övergångsbestämmelser.

Har otillåten exemplarframställning skett?

8. P-AUs förfarande vid framställningen av skärmdumpen och vid infogandet av denna på Kabelkulturs webbplats har inneburit att ett mångfaldigande av JRs fotografier har skett.

9. Frågan är då om mångfaldigandet är att betrakta som en exemplarframställning i upphovsrättslagens mening. Att så hade varit fallet om mångfaldigandet skett efter den 1 juli 2005 står med hänsyn till det då införda andra stycket i 2 § upphovsrättslagen klart. Enligt den bestämmelsen innefattar framställning av exemplar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis. Det nya stycket är även tillämpligt vid bedömningen av om ett exemplar av en fotografisk bild har framställts (49 a § fjärde stycket).

10. Skärmdumpen på Kabelkulturs webbplats framställdes och infogades dock redan i december 2004. Första stycket i 2 § (och motsvarande lydelse i 49 a §) upphovsrättslagen avseende omfattningen av upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning ändrades inte den 1 juli 2005. Därmed är p. 5 i övergångsbestämmelserna (se ovan under 7) inte direkt tillämplig. Emellertid ändrades genom det nya andra stycket i 2 § i viss mån synen på vad som utgör ett exemplar (se prop. 2004/05:110 s. 54 f.). Bedömningen av om exemplar har framställts av JRs fotografier bör därför ske utifrån det äldre synsättet.

11. Före den 1 juli 2005, då 20 a § tillkom, fanns stöd i ett förarbetsuttalande för att anse att det inte förelåg något exemplar av ett konstverk om detta

endast utgjorde bakgrund eller eljest ingick som en oväsentlig del av en bild. Filmning eller fotografering av t.ex. en interiör, i vilken det ingick olika konstverk, kunde därför i regel ske utan upphovsmännens tillstånd. (Se NJA II 1961 s. 53.) Detta synsätt vann också en viss tillämpning i det praktiska rättslivet (se bl.a. NJA 1981 s. 313).

12. I förarbetsuttalandet nämns endast konstverk. Skyddet för fotografiska verk och bilder införlivades i upphovsrättslagen först den 1 juli 1994. Med hänsyn till att det nu är fråga om att bedöma vad som utgör en upphovsrättsligt relevant exemplarframställning, finns skäl att använda samma bedömningsgrund för fotografiska bilder som för konstverk som förekommer i bilder. Frågan är då om P-AUs förfarande är att anse som en exemplarframställning eller om JRs fotografier ska anses utgöra en så oväsentlig del av bilden att exemplar, med det synsätt som tidigare gällt, inte ska anses ha framställts.

13. Huruvida ett fotografi utgör en oväsentlig del av en annan bild i vilken den förekommer bör avgöras efter en helhetsbedömning, varvid t.ex. fotografiets storlek i förhållande till bildens totala storlek och fotografiets funktion i bilden får beaktas. De exempel som lämnats i förarbetena tyder på att en restriktiv tillämpning har varit avsedd och att det är de rent bagatellartade fallen som omfattas av inskränkningen i upphovsmännens rätt (NJA II 1961 s. 53).

14. När en skärmdump framställs får resultatet anses utgöra en bild i den bemärkelse som nu är aktuell genom att vad som syns på framställarens bildskärm har avgränsats och fixerats med ett visuellt resultat. Att skärm-

dumpen, som i ifrågavarande fall, även innehåller text saknar härvid betydelse.

15. JRs fotografier är visserligen små men de utgör inte en oansenlig del av bilden (dvs. skärmdumpen). Fotografierna har en särskild funktion såsom exempel på Kabelkulturs förmåga att kombinera text och bilder, även om de i och för sig inte har något innehållsmässigt syfte (jfr NJA 1981 s. 313). Sammantaget kan fotografierna inte anses utgöra en oväsentlig del av bilden. P-AU har därför gjort sig skyldig till intrång i JRs ensamrätt genom otillåten exemplarframställning då han framställt skärmdumpen och infogat den på Kabelkulturs webbplats.

Har fotografierna gjorts tillgängliga för allmänheten utan lagstöd?

16. Genom lagändringen den 1 juli 2005 utökades underkategorierna till begreppet tillgängliggörande för allmänheten med begreppet överföring till allmänheten (2 § tredje stycket 1 upphovsrättslagen). Samtidigt skedde vissa andra tillägg till kategoriseringen. Syftet med ändringarna var att anpassa upphovsrättslagens begreppsbildning till informationssamhällets nyttjandeformer av upphovsrättsligt skyddade verk och närstående rättigheter. Härigenom skapades klarhet i frågan hur ett tillgängliggörande för allmänheten av verk via Internet skulle kategoriseras utan att en ändring i upphovsmannens övergripande rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten därmed var avsedd (prop. 2004/05:110 s. 69).

17. I övergångsbestämmelserna till 2005 års ändringar i upphovsrättslagen föreskrivs, som nämnts ovan under 7, att äldre bestämmelser ska tillämpas för åtgärder vidtagna före den 1 juli 2005. Av förarbetena framgår att med

åtgärd avses *förfoganden* som gjorts innan de nya reglerna träder i kraft (se prop. 2004/05:110 s. 426). Äldre bestämmelserna bör därför tillämpas avseende utnyttjandet av fotografierna på Kabelkulturs webbplats under perioden december 2004 – 30 juni 2005 och nya bestämmelser avseende tiden därefter.

18. För prövningen av om tillgängliggörandet för allmänheten under perioden *december 2004 – 30 juni 2005* varit tillåtet, räcker det att konstatera följande. Den inskränkning i fotografens ensamrätt som enligt 20 § upphovsrättslagen (jfr 49 a § fjärde stycket) gäller vid offentlig visning är inte tillämplig, eftersom skärmdumpen (med de däri förekommande fotografierna) har framställts av P-AU; de har således varken utgivits eller överlåtit av JR. Vidare saknas lagstöd för en inskränkning i JRs ensamrätt, om tillgängliggörandet av fotografierna på Kabelkulturs webbplats före den 1 juli 2005 skulle vara att kategorisera som ett offentligt framförande. Det har alltså skett intrång under den angivna perioden.

19. För perioden den *1 juli – 8 november 2005* gör Högsta domstolen följande överväganden.

20. En följd av att ändringen i 49 a § upphovsrättslagen den 1 december 2005 saknar övergångsbestämmelser är att den nya lydelsen ska tillämpas även avseende förfoganden före ikraftträdandet. Det innebär att 20 a § ska tillämpas på i bestämmelsen angivna förfoganden även under tiden den 1 juli – 1 december 2005.

21. Det nu sagda innebär att om förutsättningarna för en tillämpning av 20 a § upphovsrättslagen är uppfyllda, ska utnyttjandet av JRs fotografier på

Kabelkulturs webbplats anses ha varit tillåtet såvitt avser perioden 1 juli 2005 – 8 november 2005. En av dessa förutsättningar är att JRs fotografier varit utgivna eller överlåtna.

22. Av 8 § andra stycket upphovsrättslagen, till vilken 49 a § fjärde stycket hänvisar, följer att en fotografisk bild ska anses utgiven då exemplar av bilden med framställarens samtycke förts i handeln eller eljest blivit spridda till allmänheten. Utgivningsbegreppet är gammalt och det är väl etablerat att uttrycket avser spridning av (i regel) ett flertal fysiska exemplar till allmänheten (se t.ex. Henry Olsson, Copyright, 8 uppl. 2009, s. 70). Frågan om utgivning även ska omfatta tillgängliggöranden via Internet torde kräva överväganden av ett slag som lämpligen sker inom ramen för ett lagstiftningsärende. Även om JRs fotografier med dennes samtycke gjorts tillgängliga för allmänheten genom att de har funnits på Q-Houses första webbplats kan de således inte anses vara utgivna.

23. Däremot framgår det av utredningen i målet att JR har lämnat rådigheten över de digitala exemplar av fotografierna som infogats på Q-Houses första webbplats till Q-Houses. Det har inte gjorts gällande att dessa tillställts bolaget endast som lån. JR får därmed anses ha överlåtit exemplaren till bolaget.

24. Ett ytterligare rekvisit för tillämpningen av 20 a § upphovsrättslagen är att fotografierna förekommer i bakgrunden av eller annars ingår som en oväsentlig del av en bild. Frågan inställer sig då om bilden även vid bedömningen av P-AUs utnyttjande av fotografierna på Kabelkulturs webbplats, ska anses vara skärmdumpen eller, som tingsrätten och hovrätten utgått från, den aktuella webbsidan (dvs. hela den sida på webbplatsen som

fotografierna funnits på och som besökaren lämnar genom att klicka på en länk). Ett ytterligare alternativ skulle kunna vara att bilden är vad besökaren sett på sin datorskärm, vilket i regel bara är en del av webbsidan. Det är det senare som utgjort skriftlig bevisning i målet i form av en papperskopia av en skärmdump avseende del av Kabelkulturs webbplats.

25. En webbsida kan omfatta avsevärda mängder texter, bilder m.m. genom att materialet placerats på en och samma sida och innehållet på webbsidan kan när som helst ändras. Innehållet kan således inte sägas vara vare sig avgränsat eller fixerat i den bemärkelse som normalt avses med en bild. Hur mycket besökaren på webbsidan ser på sin bildskärm utan att vidta någon ny åtgärd är beroende av tekniska inställningar och kan dessutom varieras av innehavaren. Beträktningsättet att det skulle vara webbsidan eller betraktarens skärmbild som bildar utgångspunkten för bedömningen ter sig av anförda skäl inte lämpligt.

26. Utgångspunkten för den fortsatta bedömningen är därför att bilden även såvitt avser tillgängliggörandet för allmänheten utgörs av skärmdumpen som lagts in på webbsidan. Ytterligare skäl för denna bedömning är att det inte synes ha föresvävat lagstiftaren att betrakta en webbsida som en bild i bestämmelsens mening. Förarbetena till 20 a § upphovsrättslagen tar snarast sikte enbart på fotografier (prop. 2004/05:110 s.197 f.). Eftersom det dessutom är fråga om en inskränkning i en upphovsmans eller närstående rättighetshavares ensamrätt saknas tillräckliga skäl för att anse att uttrycket bild i 20 a § även kan avse webbsidor.

27. Således är det även beträffande tillgängliggörandet för allmänheten, som skett i form av en överföring till allmänheten, den skärmdump som P-AU

infogat på Kabelkulturs webbplats som utgör utgångspunkt för bedömningen av om fotografierna ingår som en oväsentlig del av bilden. Såsom framgår av förarbetena till 20 a § upphovsrättslagen, så har avsikten varit att bibehålla rättsläget från tiden före den 1 juli 2005. Av vad som anförts i denna fråga under 15 ovan följer således att P-AU även under perioden den 1 juli – 8 november 2005 har gjort sig skyldig till intrång i JRs ensamrätt genom att ha gjort fotografierna tillgängliga för allmänheten på Kabelkulturs webbplats.

28. Vid denna bedömning är det inte nödvändigt att ta ställning till om förlagan till de framställda exemplaren av bilderna, som utgjorts av fotografierna på Q-Houses andra webbplats, varit de exemplar som JR överlätit till Q-Houses för användning på bolagets första webbplats.

29. Sammanfattningsvis har P-AU gjort intrång i JRs ensamrätt även genom att fotografierna gjorts tillgängliga för allmänheten på Kabelkulturs webbplats under cirka 11 månader.

Ersättning

30. Nivån på den ersättning som skall utges för det utnyttjande som har skett på Kabelkulturs webbplats bör, i enlighet med vad som i målet visats utgöra gängse principer för upplåtelse av rätt att på sådant sätt nyttja fotografier, bestämmas med utgångspunkt från att förfogandet har pågått under en längre tid. Själva exemplarframställningen får i sammanhanget anses vara av underordnad betydelse.

31. Det är i målet inte visat att återopade prislistor har sådan efterlevnad att de kan jämföras med tariffer eller att de av annat skäl kan utgöra grund för ett fastställande av ersättningen. Utöver den tid som utnyttjandet har skett bör även ändamålet med överföringen av dem beaktas men också, å andra sidan, att fotografierna varken haft någon självständig betydelse eller varit framträdande på webbplatsen. Ersättning för utnyttjandet bör bestämmas till 400 kr per fotografi, dvs. 800 kr sammantaget.

32. Ersättning har även yrkats för annan förlust, lidande och förfång (54 § andra stycket upphovsrättslagen i dess lydelse före den 1 april 2009).

33. Det intrång som har ägt rum får betraktas som tämligen bagatellartat; JR har inte heller visat att någon ersättningsgill förlust eller annat förfång har uppkommit. Emellertid har P-AU, som har vitsordat oaktsamhet, genom att utnyttja JRs fotografier utan dennes samtycke gjort intrång i dennes ensamrätt, varför ersättning för lidande ska utges. Med hänsyn till vad nu angetts om intrångets karaktär bör denna fastställas till 1 000 kr.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Gertrud Lennander,
Kerstin Calissendorff (referent), Per Virdesten, Gudmund Toijer och
Lena Moore
Föredragande revisionssekreterare: Hampus Lilja