

# HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 21 januari 2019

Mål nr

B 1540-18

## **PARTER**

### **Klagande**

1. MD

Ombud och offentlig försvarare: Advokat RK

2. AI

Ombud och offentlig försvarare: Advokat CT

### **Motpart**

Aktiebolaget Svensk Filmindustri, 556003-5213

169 86 Stockholm

Ombud: Jur.kand. HP

## **SAKEN**

Brott mot upphovsrättslagen m.m.

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Göta hovrätts dom 2018-02-22 i mål B 1565-17

---

**DOMSLUT**

Med ändring av hovrättens dom bestämmer Högsta domstolen den skäligen ersättning som AI och MD solidariskt ska betala till Aktiebolaget Svensk Filmindustri till 400 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 9 februari 2017. Ersättningen ska upp till detta belopp i enlighet med hovrättens dom utges solidariskt även med DH och SD.

Högsta domstolen meddelar inte prövningstillstånd i målet i övrigt. Hovrättens dom står i de delarna fast. Det erinras om att förpliktelsen för AI och MD att i enlighet med hovrättens dom solidariskt med DH och SD utge skadestånd till Aktiebolaget Svensk Filmindustri med 250 000 kr inte berörs av Högsta domstolens dom.

CT ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av AI i Högsta domstolen med 19 535 kr. Av beloppet avser 15 628,50 kr arbete och 3 906,50 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

RK ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av MD i Högsta domstolen med 27 180 kr. Av beloppet avser 21 744 kr arbete och 5 436 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

**YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.**

AI har yrkat att Högsta domstolen med ändring av hovrättens dom ogillar åtalet och skadeståndsyrkandet mot honom eller i vart fall dömer ut ett lägre skadestånd.

MD har yrkat att Högsta domstolen med ändring av hovrättens dom ogillar åtalet mot honom och befriar honom från skadeståndsskyldighet.

Aktiebolaget Svensk Filmindustri har bestritt ändring.

Med utgångspunkt i vad hovrätten funnit utrett har Högsta domstolen meddelat prövningstillstånd i fråga om beräkning av skälig ersättning enligt 54 § första stycket lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt har förklarats vilande.

**DOMSKÄL****Bakgrund**

1. AI och MD åtalades för brott mot upphovsrättslagen. Enligt åtalet hade de under perioden den 2 december 2013 – 19 januari 2015 gjort intrång i bl.a. Aktiebolaget Svensk Filmindustris (SF) upphovsrätt till 45 filmverk genom att olovligen ha tillgängliggjort filmverken för allmänheten genom att överföra dem med hjälp av länkar på hemsidan dreamfilm.se.
2. Hovrätten har i februari 2018 dömt AI och MD till ansvar i enlighet med åtalet samt ålagt dem att, solidariskt med två medtilltalade, till SF utge 4,25 miljoner kr jämte ränta. Av beloppet avser 4 miljoner kr skälig ersättning för utnyttjandet av ett av filmverken i strid mot upphovsrättslagen och 250 000 kr skadestånd för skada på verkets anseende samt ideell skada.

**Frågan i målet**

3. Frågan i målet är hur skälig ersättning ska beräknas för det utnyttjande av SF:s rätt till filmverket ”Maria Wern – Drömmen förde dig vilse” som AI och MD har fällts till ansvar för.

**SF:s yrkande om skälig ersättning och skadestånd**

4. I tingsrätten yrkade SF cirka 9,9 miljoner kr i ersättning för intrång i upphovsrätten till en av de filmer som omfattades av åtalet, nämligen filmverket ”Maria Wern – Drömmen förde dig vilse”. Av det yrkade beloppet avsåg 8 miljoner kr skälig ersättning för utnyttjandet av verket och resterande belopp skadestånd, bl.a. cirka 1,2 miljoner kr för utebliven vinst.

5. Yrkandet om skälig ersättning utgick från att beloppet skulle motsvara licenskostnaden för en upplåtelse av rätten att fritt tillgängliggöra filmen för allmänheten på internet. Eftersom licensupplåtelser av det slaget inte förekom på marknaden byggde SF:s talan på en uppskattning med utgångspunkt från vad en tänkt licenstagare skulle ha fått betala för att förvärva en sådan rätt. När det gällde yrkandet om skadestånd avseende utebliven vinst avsåg det bl.a. bortfall av intäkter från olika distributionsområden som video, video-on-demand, betal-tv och fri-tv. Till stöd för sina yrkanden åberopade SF ett sakkunnigutlåtande upprättat 2017 av två personer med mångårig erfarenhet från filmbranschen. En av dem hördes som vittne.

6. Vid sin uppskattning av den antagna licenskostnaden utgick de sakkunniga från vissa allmänna faktorer rörande filmbranschen (bl.a. marknadsutveckling, filmkonsumtion, effekten av ökningen av illegal streaming av filmer, befintliga licensieringsformer samt förhållandet mellan legal och illegal filmkonsumtion). Enligt dem medförde dessa att en rättighetshavare åtminstone

skulle begära full täckning för en films produktionskostnad och viss vinst för att möta de negativa effekter på den egna affärsmodellen som en licensupplåtelse för en icke-exklusiv kostnadsfri legal streamingtjänst skulle ha. De analyserade vidare vissa specifika faktorer i befintliga licensmodeller som inverkar på en licensavgifts storlek. Slutsatsen var att licensen skulle sakna sedvanliga begränsningar och att det då var rimligt att licensavgiften skulle motsvara hela produktionskostnaden för filmen med tillägg för en vinstmarginal om 20 procent. Eftersom produktionskostnaden för den aktuella filmen enligt en uppgift från SF hade uppgått till cirka 20 miljoner kr skulle licensavgiften vara 24 miljoner kr. Med en enligt bolaget försiktig värdering uppskattades avgiften för en fingerad licens till i vart fall 8 miljoner kr.

### **Tingsrätten och hovrätten**

7. Tingsrätten konstaterade att principen om en hypotetisk licensavgift som underlag för ersättningen har vunnit genomslag i rättspraxis men att, i det enskilda fallet, principens tillförlitlighet är avhängig sakförhållandenas närhet till en verklig upplåtelsesituation. Tingsrätten fann brister i den av SF tillämpade beräkningsmetoden, bl.a. då den grundades på en distributionsmodell som var okänd och inte heller var genomförbar med hänsyn till hur marknaden fungerade. Det hade emellertid framgått att filmens spridning måste ha varit omfattande. Tingsrätten förpliktade därför AI och MD att solidariskt med två andra personer utge skälig ersättning till SF med 1 miljon kr samt 50 000 kr i skadestånd för utebliven försäljning.

8. Hovrätten har inte haft någon invändning mot att beräkna skälig ersättning med tillämpning av den åberopade metoden och med utgångspunkt från SF:s uppgift om filmens produktionskostnad och vinstkrav. Det framstod dock enligt hovrätten som ytterst osäkert vad filmen vid en tänkt förhandling om en licens skulle ha varit värd för rättighetshavaren. Det var vidare oklart om denne vid en licensförhandling skulle ha kunnat utgå från att hela filmens produktionskostnad kunde ha blivit täckt av en licensavgift. Hovrätten har mot den

bakgrunden ansett att SF inte kan anses ha visat att den skäliga ersättningen kan bestämmas till 8 miljoner kr. Hovrätten har funnit att avgiften för en licens skulle ha överstigit det belopp som tingsrätten kommit fram till och har uppskattat den skäliga ersättningen till 4 miljoner kr. Skadestånd för utebliven vinst skulle inte utgå eftersom SF inte hade visat att bolaget hade åsamkats utebliven vinst som översteg den ersättningen.

### **Skälig ersättning**

#### *Skälig ersättning och dess förhållande till skadestånd*

9. Den som i strid mot upphovsrättslagen utnyttjar ett verk ska betala skälig ersättning för utnyttjandet till upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare (54 § första stycket upphovsrättslagen). Sker utnyttjandet uppsåtligen eller av oaktsamhet ska skadestånd betalas för den ytterligare skada som intrånget har medfört (andra stycket). En typ av sådan skada som uttryckligen nämns i bestämmelsen är utebliven vinst.

10. Det som ska betalas med stöd av paragrafens första stycke är att se som en värdeersättning – ett vederlag – för ett obehörigt utnyttjande. Det har ingen betydelse om utnyttjandet har skett i ond eller god tro. Således krävs för ersättningskyldighet enbart att förfarandet är objektivt rättsstridigt.

11. Skälig ersättning kan vara både större och mindre än den skada eller förlust som faktiskt har uppkommit på grund av utnyttjandet. Ersättning ska betalas även om rättighetshavaren inte har lidit någon förlust. Om rättighetshavaren har rätt till dels skälig ersättning för utnyttjandet, dels ersättning för sin ytterligare skada måste det därför klargöras att beräkningen av skadan inte innefattar det som ersättningen för utnyttjandet täcker (jfr Ragnar Lundgren, Lönar sig patentintrång? i NIR 1994 s. 68 f.).

*Beräkning av skälig ersättning*

12. I förarbetena till upphovsrättslagen anges att ersättningen för utnyttjandet är tänkt att utgöra ett skäligt honorar eller liknande vederlag och att denna därför ofta kan bestämmas efter gällande tariffer eller andra inom branschen gängse grunder. Den bakomliggande tanken är att – oavsett om intrångsgöraren har varit i ond eller god tro – hela den ersättning som objektivt sett borde ha betalats för en frivillig upplåtelse ska utges till rättighetshavaren. Sådan ersättning ska alltid utgå; intrångsgöraren skulle annars komma i ett bättre läge än den som följer lagen. (Se NJA II 1961 s. 353, jfr s. 350.)

13. Om det finns en licensmarknad eller andra för branschen etablerade avgiftsprinciper för upplåtelser av rätt att utnyttja upphovsrätten till verket på det sätt som gjorts, ligger det närmast till hands tillämpa dessa vid beräkningen av ersättningen (se bl.a. Tobias Eltell och Markus Radetzki, Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt, i NIR 2005 s. 225 ff.). Ersättningen fastställs då som om det på förhand hade träffats ett avtal om ersättning för en upplåtelse av rätten att förfoga över verket på det sätt som faktiskt har skett. Det rör sig alltså om en hypotetisk licensavgift.

14. Även om det saknas etablerade avgiftsprinciper för utnyttjanden av det slag som intrånget avser kan rättighetshavaren välja att beräkna sitt krav på ersättning genom att fingera att ett licensavtal hade kunnat träffats. Man får då utgå från ett tänkt avtal mellan en rättighetshavare i den aktuella branschen och någon som ville förvärva rätten att förfoga över ett verk av aktuellt slag på det sätt, i den omfattning och för det ändamål som skedde genom intrånget. Som stöd för ett anspråk på ersättning kan dock metoden vara förenad med svårigheter, bl.a. då en sådan fiktiv licens bygger på antagandet att parterna i en avtalssituation skulle ha kommit överens om en licensavgift.

15. Om det saknas förutsättningar att bestämma ersättning enligt vad som nu har sagts, återstår det för domstolen att bestämma en skälig ersättning för det olovliga nyttjandet med beaktande av den utredning som parterna har lagt fram (jfr prop. 1993/94:122 s. 51). Omständigheter som har en mer direkt koppling till verket ifråga och rättighetshavarens och andras förfoganden över det kan då komma att få en betydelse (jfr t.ex. ”Krukväxtkorten” NJA 1985 s. 813).

### **Beviskyldighet för skälig ersättning**

16. Skälig ersättning för ett utnyttjande bör uppfattas som att det är fråga om ett skäligt pris för en upplåtelse av en rätt till nyttjandet (jfr 45 § köplagen, 35 § konsumentköplagen, 1990:932, och 36 § konsumenttjänstlagen, 1985:716, där bl.a. uttrycket gängse pris används till ledning för det pris som ska anses vara skäligt för en prestation). Full ersättning för utnyttjandet ska utgå utan att rättighetshavaren överkompenseras. Rättighetshavaren är beviskyldig för vad som är ett gängse pris liksom – om ett gängse pris saknas – för de omständigheter som är avgörande för domstolens bedömning av vad som hade varit en skälig ersättning. Däremot utgör frågan om en ersättning är skälig eller inte en rättslig bedömning (se bl.a. ”Gripenhus” NJA 2016 s. 1011 p. 15).

17. Beviskravet kan, beroende på omständigheterna, variera från att de uppgifter som läggs till grund för yrkandet ska vara styrkta till att vad som görs gällande ska vara antagligt. Graden av bevissvårighet kan således behöva beaktas. (Jfr ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 49.)

18. Det kan ibland finnas skäl att också beakta bevislätnadsregeln i 35 kap. 5 § första meningen rättegångsbalken (se ”Formsprutarna” NJA 2005 s. 180). Enligt den regeln får rätten, om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras, uppskatta en skada till skäligt belopp. Bestämmel-

sen befriar inte den som yrkar ersättning från att lägga fram den utredning som skäligen kan åstadkommas. (Se vidare ”Multitotal” p. 52 och 53.)

### **Bedömning av SF:s fiktiva licensavgift**

19. SF har begränsat sin talan om ersättning till att avse endast en av sina filmer som, tillsammans med cirka 950 andra filmer, fanns tillgängliga på dreamfilm.se. Det betydande säkerhetsavdrag som de sakkunniga gjorde (från 24 miljoner kr till 8 miljoner kr) på den tänkta licensavgiften har inte närmare motiverats. Hovrätten har sett sig föranledd att göra ett ytterligare säkerhetsavdrag med 4 miljoner kr.

20. Det kan hållas för visst att vid en förhandling mellan en rättighets-havare och en licenstagare vars affärsmodell, som i detta fall, var att gratis erbjuda streaming av en stor filmkatalog inte hade kunnat leda till ett avtal med en licensavgift som uppgick till 4 miljoner kr för en film. Det väcker frågan om det fingerade licensavtal som SF grundat sitt ersättningsanspråk på ändå kan läggas till grund för att bestämma den ersättning som ska utgå.

21. Den tänkta licensupplåtelsen har bl.a. den bristen att den inte har utgått från att AI och MD faktiska utnyttjande av SF:s ensamrätt var begränsad i tiden och endast avsåg överföring till allmänheten genom streaming. SF:s utgångspunkt har i stället varit att en upplåtelse skulle ha avsett en evig ”totallicens” med en licensavgift som – med hänsyn till de negativa effekter som en sådan upplåtelse skulle ha fått för SF:s egen affärsmodell – har beräknats utifrån filmens produktionskostnad och SF:s vinstkrav. Den fiktiva licensupplåtelse som SF har grundat sina beräkningar på kan bl.a. av detta skäl inte läggas till grund för att bestämma den skäligen ersättningen.

**Bestämmande av skälig ersättning för utnyttjandet**

22. Eftersom en etablerad ersättningsmodell saknas för det utnyttjande som skett av SF:s ensamrätt till ”Maria Wern – Drömmen förde dig vilse” får ersättningen bestämmas med beaktande av den utredning som parterna har lagt fram (p. 15).

23. Filmen lanserades och gjordes tillgänglig via en av SF:s webbplatser den 27 november 2013 och kunde köpas på dvd från den 11 december. Den utgör en bland flera filmer om rollkaraktären Maria Wern. Filmen har inte visats på bio. Den visades däremot på TV4 under maj 2014. När en film offentliggörs är efterfrågan initialt mycket hög men kort tid därefter avtar efterfrågan tydligt.

24. AIs och MDs intrång i SF:s upphovsrätt avser ett gratis tillgängliggörande för allmänheten genom streaming av filmen under 13 månader med början den 2 december 2013. Dreamfilm.se var en känd webbplats för illegal streaming. Även andra illegala streamingtjänster har funnits under den aktuella perioden och det har gjorts sannolikt att filmen också fanns tillgänglig i vart fall via webbplatsen swefilmer.

25. De uppgifter som har lämnats av de sakkunniga ger stöd för att antalet legala transaktioner rörande filmen var cirka 28 000. Uppgifterna ger vidare stöd för att vinsten för en distributör vid internetbaserad uthyrning igenomsnitt var cirka 19 kr per tillfälle. Samtidigt har SF godtagit uppgiften att den nu aktuella filmen periodvis kunnat hyras för 9 kr. Det har vidare framhållits att en licens för betal-tv eller fri-tv ofta uppgår till mellan 500 000 kr och 1,5 miljoner kr samt att sådana brukar upplåtas successivt. Det har också uppgetts att legal försäljning av film i förhållande till uppskattad illegal streaming vid

den relevanta tiden statistiskt sett innebar att varje legal försäljning motsvarades av 1,7 tillfällen av illegal konsumtion.

26. Flertalet av de nu berörda uppgifterna måste bedömas med betydande försiktighet. Till detta kommer att det inte finns någon utredning om antalet tillfällen då filmen har gjorts tillgänglig via dreamfilm.se eller om den tid under vilken de lagliga transaktionerna skedde. Det finns därtill anledning att ställa frågan om det inte har funnits andra uppgifter som hade kunnat presenteras, exempelvis sådana som har en tydligare koppling till SF:s eget utnyttjande av verket. Samtidigt står det klart att det i vissa avseenden har varit förknävat med svårigheter att få fram uppgifter som är relevanta för bedömningen.

27. Mot bakgrund av det nu anförda får ersättningen för det olovliga nyttjandet bestämmas utifrån den utredning som föreligger fastän den inte ger någon mer bestämd ledning. Till en början får den relativt långa tid under vilken intrånget pågick beaktas. Det finns också anledning att beakta när och under vilka former filmen gjordes tillgänglig av SF och av andra på laglig väg. Av betydelse är också uppgifter om förekommande licensavgifter liksom om den faktiska försäljningen och om illegal streaming. Även intäkten efter avdrag för kringkostnader vid internetbaserad uthyrning bör beaktas. Vid en sammantagen bedömning får 400 000 kr anses vara en skälig ersättning för AIs och MDs utnyttjande av upphovsrätten till ”Maria Wern – Drömmen förde dig vilse”.

### **Övriga frågor**

28. Högsta domstolen finner inte skäl att meddela prövningstillstånd i de delar av målet som har förklarats vilande. Hovrättens dom mot AI och MD i dessa delar ska således stå fast.

29. Den fråga som nu avgörs har visserligen hanterats som ett tvistemål, men den är en del av brottmålet mot AI och MD. Även om SF i denna del ska anses ha varit förlorande saknas lagstöd för att förplikta SF att betala försvararkostnaderna i Högsta domstolen.

---

---

---

I avgörandet har deltagit: justitieråden Anders Eka, Kerstin Calissendorff (referent), Agneta Bäcklund, Svante O. Johansson och Stefan Johansson  
Föredragande justitiesekreterare: Linda Stromberg