



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

André Svensson

#Olagligt

Panoramafrihet på sociala medier

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: Period 1 HT2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
1 INLEDNING	4
1.1 Om ämnet	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod	6
1.4 Avgränsning	7
1.5 Disposition	8
2 UPPHOVSRÄTT	10
2.1 Om upphovsrätten	10
2.2 Anpassning till digital utveckling	12
2.3 Förutsättningar för skydd	14
2.3.1 Litterärt eller konstnärligt verk	14
2.3.2 Verkhöjd	15
2.3.3 Skyddets omfattning	16
2.4 Upphovsmannens ensamrätt	17
2.4.1 Mångfaldiganderätten	18
2.4.2 Tillgängliggörande för allmänheten	19
2.4.2.1 Överföring	19
2.4.2.2 Spridning	21
3 INSKRÄNKNINGAR I ENSAMRÄTTEN	23
3.1 Trestegsregeln	23
3.2 Kopiering för privat bruk	25
3.3 Bakgrundskonst	26
4 PANORAMAFRIHET	29
4.1 Om	29
4.2 Svensk rätt	30
4.2.1 Bakgrund	30

4.2.2	Avbilda	31
4.2.3	Stadigvarande placerade på eller vid allmän plats	33
4.3	Wikimedia-målet	34
4.3.1	Bakgrund	34
4.3.2	Avgörande i HD	35
4.3.3	Analys av HD:s avgörande	36
4.3.4	Avgörandet i PMD	40
4.3.5	Kommentar till PMD:s avgörande	41
4.4	24 § URL och sociala medier	41
5	PANORAMAFRIHET I EUROPA	44
5.1	Om avsnittet	44
5.2	Storbritannien	44
5.3	Frankrike	45
5.4	Tyskland	47
5.5	Analys	48
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	52
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Summary

Following the Swedish Supreme Court's judgement in the Wikimedia-case fears have arisen that it will also affect individual's rights to post and share holiday pictures on social media platforms. Therefore, the thesis has examined the Freedom of Panorama in Swedish legislation and if Sweden's legislation allows for individuals to post pictures on Social Media depicting artwork permanently placed in public places and buildings. This has been done in the light of the Wikimedia-case which has also been subject for further examination.

Within this framework, a review of the copyright system in Sweden has first been made and its adaptation to digital development been discussed. The restrictions contained in the Copyright Act have been examined to see if they provide support to legally upload pictures of public art permanently located in public places and buildings. The paper finds that the exception in section 24 of the Copyright Act has not been adapted to the digital development and therefore does not support publishing a picture of publicly placed art and buildings on social media. Certain support to in some cases allow the publishing of images of art that constitute an insignificant part of an image is instead found in section 20a of the Copyright Act.

The Infosoc Directive has given EU member states the opportunity to introduce an exemption for Freedom of Panorama under national law. The exemption for Freedom of Panorama in the Infosoc Directive is voluntary and the Member States have chosen to implement it in national law in different ways. A European perspective has therefore been made in the German, French and UK legal systems to examine the differences in how the Freedom of Panorama has been introduced. The paper finds that differences arise as to which of the sole proprietor's exclusive rights are restricted, what works are covered and what commercial purpose the use may take and that these differences need to be taken into account in a harmonization of the legislation.

Sammanfattning

Till följd av högsta domstolens avgörande i Wikimedia-målet har farhågor uppkommit att avgörandet även kommer påverka privatpersoners publicerande av semesterbilder på sociala medier. Uppsatsen har därför undersökt panoramafriheten i svensk rätt och om den svenska lagstiftningen ger stöd för att på sociala medier publicera bilder av offentligt placerad konst och byggnader. Detta har gjorts i ljuset av avgörandet i Wikimedia-målet som i framställningen också analyseras.

Inom ramen för detta har först gjorts en genomgång av det upphovsrättsliga systemet i Sverige och dess anpassning till den digitala utvecklingen. De inskränkningar som finns i upphovsrättslagen undersöks för att se om de ger stöd för att publicera bilder av offentligt placerad konst på sociala medier. Uppsatsen finner att undantaget i 24 § URL inte har följt med i den digitala utvecklingen och inte ger stöd för att på sociala medier publicera en bild av offentligt placerad konst och byggnader. Visst stöd för att i några undantagsfall kunna publicera bilder av konst som utgör en oväsentlig del av en bild finner framställningen istället i upphovsrättslagens 20 a §.

Infosocdirektivet har gett EU:s medlemsländer en möjlighet att i nationell rätt införa ett undantag för panoramafrihet. Undantaget för panoramafrihet i Infosocdirektivet är frivilligt och medlemsländerna har valt att implementera det i nationell rätt på olika sätt. En europeisk utblick har därför gjorts i de tyska, franska och engelska rättssystemen för att undersöka vilka skillnader som har uppkommit i ländernas införande av ett undantag för panoramafrihet. Uppsatsen finner att skillnader uppkommit vad gäller vilka av upphovsmannens ensamrättigheter som inskränks, vilka verk som omfattas och i vilket syfte användningen får ske och att dessa skillnader behöver beaktas vid en harmonisering av lagstiftningen.

Förord

Till mamma och pappa. Tack för allt stöd. Alla lyckosparkar. All kärlek.
Utan er – ingenting.

Fort William, maj 2018.

André Svensson

1 Inledning

1.1 Om ämnet

Varje dag kommer internetanvändare i kontakt med upphovsrättsliga frågor vid sitt användande av sociala medier. I Sverige använder idag i princip alla internet och över hälften av alla svenska internetanvändare använder dagligen någon form av sociala medier.¹ Upphovsrätten är ett komplicerat regelverk och har många gånger kritiserats för att inte hänga med den digitala utvecklingen. För gemene man kan det verka självklart att det är tillåtet att på Instagram ladda upp en bild man själv tagit. Faktum är att så inte alltid är fallet. Ibland är konstverk och byggnader som förekommer i bilden skyddade av upphovsrätten och föremål för upphovsmannens ensamrätt. Då kan upphovsmannens godkännande krävas innan uppladdning får ske.

För att anpassa upphovsrätten till den digitala utvecklingen antogs av EU Infosocdirektivet.² Direktivet klargjorde upphovsmannens ensamrätt att överföra verk till allmänheten.³ Samtidigt gavs medlemsländerna möjlighet att införa en rad olika inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt. En av dessa är inskränkningen för panoramafrihet i artikel 5.3(h). Inskränkningen gör det möjligt att fritt avbilda byggnader och konstverk på allmän plats utomhus. Bestämmelsen har en frivillig karaktär; medlemsstaterna är därmed fria att själva välja om och i vilken utsträckning de vill ha panoramafrihet i nationell lagstiftning. För privatpersoner som rör sig över gränserna kan detta ge upphov till problem, där vad man får fotografera och publicera på internet skiljer sig från land till land.

¹ Internetstiftelsen i Sverige, *Svenskarna och internet 2017*, (internetkälla).

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

³ Prop. 2004/05:110 s. 1.

Panoramafriheten blev under 2015 ett hett debatterat område efter att Julia Reda, ledamot av Europaparlamentet, i en rapport⁴ som utvärderade Infosocdirektivet föreslog att EU-kommissionen skulle harmonisera regelverket för panoramafrihet ytterligare och göra det tvingande för medlemsländerna. Reda menade i sin rapport att undantaget var oklart och kritiserade det för att inte ta hänsyn till de nya spridningskanalerna som skapats genom den digitala utvecklingen. EU-kommissionen höll med om att det nuvarande undantaget för användning av verk som är permanent placerade i offentliga utrymmen måste förtydligas.⁵ Ett förslag om en tvingande panoramafrihet för användning som skedde i icke-kommersiellt syfte lades fram men röstades ner.⁶

I Sverige fick panoramafriheten återigen uppmärksamhet i media efter Högsta domstolens avgörande i det s.k. Wikimedia-målet⁷. Sverige hade redan före Infosocdirektivet en bestämmelse i 24 § URL⁸ om att offentligt placerade konstverket och byggnader får avbildas. Ingen större ändring ansågs heller behövas när Infosocdirektivet införlivades i svensk rätt.⁹ Hur begreppet avbilda skulle förstås med avseende på den digitala miljön hade inte tidigare varit föremål för prövning och den svenska panoramafriheten ställdes i målet på sin spets. Wikimedia Sverige tillhandahöll en internetdatabas där användare kunde ladda upp bilder på offentliga konstverk i Sverige. Databasen var sedan fritt tillgänglig för allmänheten. Högsta domstolen fann att det var en ekonomisk rätt förbehållen upphovsmannen att på detta vis tillgängliggöra konstverken på internet. I kölvattnen av HD:s avgörande har farhågor uppkommit att avgörandet även kommer påverka privatpersoners uppladdningar av semesterbilder på sociala medier.¹⁰

⁴ Draft Report (2014/2256(INI)) av Julia Reda. (elektronisk källa).

⁵ COM(2015) 626 final s. 8. *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten.*

⁶ European Parliament News pressmeddelande, *Copyright reform: promote cultural diversity and ensure access to it, say MEPs*, (elektronisk källa).

⁷ Se NJA 2016 s. 212 som också behandlas i avsnitt 4.3.

⁸ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁹ Prop. 2004/05:110 s. 224.

¹⁰ SVT Nyheter, *Brottsligt sprida bilder av offentligt konst på nätet*, (elektronisk källa).

1.2 Syfte och frågeställningar

Framställningens huvudsakliga syfte är att undersöka om det i svensk rätt är tillåtet att på sociala medier publicera bilder av offentligt placerade konstverk och byggnader. Inom ramen för detta kommer panoramafriheten i svensk rätt utredas i ljuset av Wikimedia-målet. Utöver detta ämnar uppsatsen identifiera vilka skillnader frivilligheten i undantaget i artikel 5.3(h) Infosocdirektivet gett upphov till i medlemsländernas lagstiftning och som behöver beaktas vid en europeisk harmonisering av regelverket. Detta görs genom att undersöka hur panoramafriheten har implementerats i engelsk, tysk och fransk rätt. Uppsatsens syfte kan avgränsas till följande två frågeställningar:

- 1) Ger svensk nationell lagstiftning en rätt att fritt publicera bilder av offentligt placerade konstverk och byggnader på sociala medier?
- 2) Vilka skillnader finns i hur den svenska, engelska, tyska och franska lagstiftaren valt att implementera panoramafriheten i 5.3(h) Infosocdirektivet och vilka åtgärder krävs vid en europeisk harmonisering?

1.3 Metod

För att uppnå uppsatsens syfte och besvara de uppställda frågeställningarna har jag använt mig av en traditionell rättsdogmatisk metod. Den traditionella rättsdogmatiska metoden har till huvudsaklig uppgift att fastställa vad som är gällande rätt.¹¹ Uppsatsen undersöker gällande rätt och om den lämnar utrymme för en tolkning som tillåter att privatpersoner fritt på sociala medier publicerar bilder med ett motiv av offentligt placerad konst och byggnader som är skyddat av upphovsrätten. De källor som används inom den rättsdogmatiska metoden är lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.¹² Detta utgör det huvudsakliga materialet som använts i arbetet men även andra källor som nyhetsartiklar och rättsfallsanalyser har behandlats. Då upphovsrätten till

¹¹ Sandgren, s. 43.

¹² Korling & Zamboni, s. 21.

viss del är harmoniserad inom EU-rätten har också material från EU-kommissionen i form av bland annat kommunikationer och utredningar använts. Som ett komplement till den rättsdogmatiska metoden har det därför varit nödvändigt att använda en EU-rättslig metod.

Slutligen har jag använt mig av en komparativ metod. Syftet med den komparativa metoden i uppsatsen är inte att göra en total jämförelse mellan de upphovsrättsliga systemen. Metoden är använd för att jämföra hur de olika länderna valt att implementera panoramafrihet i nationell lagstiftning och undersöka om, och i så fall vilken, fragmentering som uppkommit på området för. Detta görs genom att först översiktligt redogöra för hur panoramafriheten implementerats i engelsk, tysk och fransk rätt. Rättssystemen jämförs sedan med varandra och med det svenska, som utförligare redogjorts för inom ramen för den första frågeställningen, för att identifiera skillnader i panoramafriheten. Skillnaderna har sedan problematiserats och diskuterats.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen har avgränsats till att behandla de inskränkningar i svensk upphovsrätt som kan vara tillämpliga vid privatpersoners publicering av verk på sociala medier. Detta är undantagen för privatkopiering i 12 § URL, bakgrundskonst i 20 a § URL och offentlig konst i 24 § URL. För att förstå problematiken för privatpersoner är det också viktigt att redogöra för den grundläggande upphovsrätten och vilket skydd det ger och när det uppstår. Sanktioner som kan vidtas vid eventuellt upphovsrättsintrång faller utanför syftet med uppsatsen och har inte berörts. Inte heller hur rättighetsinnehavarens ekonomiska rättigheter bevakas, genom exempelvis kollektiva upphovsrättsorganisationer, behandlas i framställningen.

Valet av det engelska, tyska och franska rättssystemet har gjorts av tre anledningar. Först och främst är det de största och mest inflytelserika rättssystemen i EU. Betydelsen av rättssystemen gör även att material finns

tillgängligt för komparativa studier. Slutligen är jag bekant med rättssystemen från mina utbytesstudier där jag studerade komparativ rätt med fokus på just engelsk, tysk och fransk rätt. Ett naturligt steg hade varit att jämföra svensk lagstiftning med våra nordiska grannländer. Jag har i uppsatsens komparativa del valt att inte göra detta av ett par olika anledningar. Inledningsvis så har de nordiska upphovsrättslagarna uppkommit genom ett gemensamt lagstiftningssamarbete.¹³ Detta har lett till att lagstiftningen till stora delar är likalydande.¹⁴ Vidare så är syftet med uppsatsen att undersöka den fragmentering av panoramafriheten som uppstått av frivilligheten i Infosocdirektivet. Det är då i min mening mer intressant att undersöka länder i en bredare europeisk utblick.

1.5 Disposition

I framställningens inledande kapitel (kap 2) redogörs först för upphovsrättens grunder och arbetet med att anpassa upphovsrätten till den digitala utvecklingen. Den grundläggande upphovsrätten behandlas i form av förutsättningarna för skydd, skyddets omfattning och upphovsmannens ensamrätt.

Det efterföljande kapitlet (kap 3) redogör sedan först för trestegsregeln, en generalklausul för i vilken omfattning upphovsmannens ensamrätt får inskränkas. Två inskränkningar i form av privatkopiering och bakgrundskontastas upp.

Därpå följer (kap 4) en genomgång av panoramafriheten. Panoramafriheten beskrivs först som koncept och den svenska bestämmelsen för panoramafrihet i 24 § URL och viktig praxis i form av Wikimedia-målet analyseras. Avslutningsvis kommenteras Wikimedia-målets betydelse med avseende på sociala medier.

¹³ SOU 2011:32 s. 121.

¹⁴ SOU 2011:32 s. 121.

I uppsatsens femte kapitel (kap 5) görs en europeisk utblick på panoramafriheten i andra EU-länder. Skillnader i hur panoramafriheten tar sig uttryck identifieras och diskuteras.

Slutligen följer ett avsnitt med avslutande kommentarer (kap 6). Analys kommer i stor utsträckning ske löpande i uppsatsen men här backas bandet tillbaka till uppsatsens syfte och frågeställningar.

2 Upphovsrätt

2.1 Om upphovsrätten

I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna stadgas att var och en har rätt till skydd för de ideella och materiella intressen som härrör från litterära och konstnärliga verk till vilka han eller hon är upphovsman.¹⁵ Detta tar sig även uttryck i den svenska grundlagen. Regeringsformens 2 kap. 16 § stadgar att författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk. Upphovsrätten är således en av grundlag skyddad rättighet. Det övergripande regelverket för den svenska upphovsrätten återfinns i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL).

Traditionellt sett har den svenska upphovsrättsregleringen byggts på politiska ställningstaganden i allmännyttans namn samtidigt som den sökt säkerställa ett effektivt skydd för upphovsmannens ekonomiska och ideella intressen.¹⁶ Regelverket ämnar således finna en balans mellan dels upphovsmannens, den som skapat ett verk, rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig av sin skapelse och dels det allmänna intresset av att verk i vissa fall kan användas utan tillstånd från upphovsmannen. Hos lagstiftaren har utgångspunkten länge varit att upphovsmannen ska vara förbehållen rätten att ekonomiskt tillgodogöra sig alla utnyttjanden av praktisk betydelse.¹⁷ Skyddet uppkommer formlöst utan krav på registrering, dokumentation eller annat förfarande i det ögonblick som ett verk blir till.¹⁸

Upphovsrätten är ett rättsområde som under lång tid präglats av stort internationellt intresse. Redan i samband med de stora världsutställningarna i slutet på 1800-talet diskuterades frågor om hur det immaterialrättsliga

¹⁵ Artikel 27 av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna av 1948.

¹⁶ Olsson s. 27.

¹⁷ Nordell s. 17.

¹⁸ Levin s. 74.

skyddet skulle säkerställas länder emellan.¹⁹ I kombination med att det både blev enklare för folk och saker att röra sig över gränser uppstod ett behov av skydd även i andra länder. Till följd av diskussionerna om ett samarbete angående det immaterialrättsliga skyddet antogs år 1883 Pariskonvention (PK) för industriellt rättsskydd vilket reglerade skyddet för patent, varumärken och designskydd. För upphovsrättens del dröjde det ytterligare tre år innan Bernkonventionen (BK) för skydd av litterära och konstnärliga verk antogs år 1886. Sedan dess har BK genomgått flera revisioner varav den senaste 1971. Sverige anslöt sig till den ursprungliga texten 1904 och har även ratificerat de senare texterna.²⁰ I konventionerna angavs miniminivåer för det immaterialrättsliga skyddet som medlemsländerna var tvungna att uppfylla.²¹ Idag sker inte längre någon uppdatering av BK och PK men utvecklingen av upphovsrätten på internationell nivå fortsätter. World Intellectual Property Organization (WIPO), som administrerar BK och PK, har tagit fram WIPO Copyright Treaty (WCT) som ämnar anpassa BK till att även omfatta den nya informationsteknologin.²² Världshandelsorganisationen (WTO) har också genom TRIPS-avtalet reglerat upphovsrätten på en internationell nivå. Sverige är anslutna till alla dessa avtal vilket innebär att Sverige är skyldigt att ge skydd i enlighet med URL åt verk från andra länder som också är anslutna. Det innebär även att Sverige måste förhålla sig till de regler om bland annat minimiskydd för upphovsmannen som konventionerna ställer upp.²³

Inom det europeiska gemenskapssamarbetet sker också ett aktivt arbete med att harmonisera medlemsländernas immaterialrättsliga regelverk. Arbetet har lett till införandet av flera viktiga direktiv. Bland annat det för den här framställningen viktiga Infosocdirektivet som infört de materiella reglerna i ovan nämnda internationella konventioner, i svensk rätt.

¹⁹ Maunsbach & Wennersten s. 26.

²⁰ Prop. 2004/05:110 s. 40.

²¹ Maunsbach & Wennersten s. 26.

²² Maunsbach & Wennersten s. 27.

²³ Olsson s. 25.

2.2 Anpassning till digital utveckling

Utvecklingen av den digitala tekniken har gjort att upphovsrätten behövt anpassa sig till det nya informationssamhället. I synnerhet tillkomsten av internet och dess utveckling har påverkat upphovsrätten.²⁴ Verk skyddade av upphovsrätten kan snabbt och enkelt på digital väg kopieras samt överföras både inom och mellan länder. Den digitala utvecklingen har inte bara lett till en ökad spridning av verk utan också gett upphov till helt nya upphovsrättsliga verk så som datorprogram.²⁵ För att anpassa upphovsrätten till den digitala miljön antogs 2001 Infosocdirektivet av EU. I Sverige införlivades Infosocdirektivet i nationell rätt först under 2005.²⁶ Syftet med direktivet var att värna upphovsrätten i den digitala miljön; samtidigt som även balansen mot viktiga allmänna intressen anpassades till den digitala utvecklingen.²⁷ Vidare avsåg direktivet undanröja hinder mot den fria rörligheten på den inre marknaden. I syfte att uppnå detta mål behövdes en harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om upphovsrätt.²⁸ Direktivet hade också till syfte att anpassa och komplettera den dåvarande lagstiftningen till den tekniska utvecklingen.²⁹ Likt BK och TRIPS uppställer Infosocdirektivet minimikrav för det immaterialrättsliga skyddet.

Infosocdirektivet ger medlemsstaterna möjlighet att i nationell lagstiftning införa en rad olika inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt. Endast undantaget om tillfälliga kopior är tvingande. Övriga undantag som föreskrivs i Infosocdirektivet är av fakultativ karaktär.³⁰ Detta innebär att medlemsstaterna inte är tvingade att införa undantagen i nationell lagstiftning. De inskränkningar som stadgas i Infosocdirektivet utgör den yttersta ramen för vilka inskränkningar som är tillåtna. Medlemsländerna är således fria att själva välja i vilken utsträckning, om alls, de vill inskränka ensamrätten så

²⁴ Olsson s. 29.

²⁵ Levin s. 70.

²⁶ Se prop. 2004/05:110.

²⁷ Prop. 2004/05:110 s. 1.

²⁸ Prop. 2004/05:110 s. 43f.

²⁹ Prop. 2004/05:110 s. 44.

³⁰ Ds 2007:29 s. 36.

länge det inte går utöver vad som medges i artikel 5 i direktivet.³¹ Nämnas kan här artikel 5.5 i Infosocdirektivet som stadgar att inskränkningarna i artikel 5 endast får tillämpas i vissa avsedda fall som inte strider mot det normala nyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättighetshavarnas legitima intressen. Artikeln ger uttryck för den så kallade trestegsregeln och kommer behandlas i ett senare avsnitt.³²

Som nämdes i inledningen har panoramaundantaget i Infosocdirektivet kritiserats för att inte vara anpassat till den nya teknologin.³³ Detta har inte gått EU-kommissionen obemärkt förbi. Under 2015 meddelade EU-kommissionen en vilja att bland annat uppdatera undantaget för panoramafrihet.³⁴ Kommissionen konstaterade att frivilligheten i de undantag som EU-rätten tillåter gör att upphovsrätten fragmenteras mellan medlemsländerna. Kommissionen förklarade att det nuvarande EU-undantaget som tillåter användning av verk som gjorts för att vara permanent placerade i offentliga utrymmen måste förtydligas, för att ta hänsyn till nya spridningskanaler, eftersom undantaget kan ge upphov till osäkerhet.³⁵ Någon närmare motivering av vilken typ av osäkerhet som fragmenteringen av undantaget för panoramafrihet kan ge upphov till gavs inte. Ett förslag om att införa ett obligatoriskt undantag i nationell lagstiftning för panoramafrihet men som enbart tillät användande som skedde i icke-kommersiellt syfte var uppe för röstning i EU-parlamentet.³⁶ Förslaget mötte dock stort motstånd och röstades inte igenom.³⁷ Några nya konkreta förslag på en harmonisering av panoramafriheten har inte sedan dess kommit.

³¹ Ds 2007:29 s. 36

³² Se avsnitt 3.1.

³³ Draft Report 2014/2256(INI) av Julia Reda.

³⁴ Se COM(2015) 626 final *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten*.

³⁵ COM(2015) 626 final

³⁶ Draft Report 2014/2256(INI) p. 46.

³⁷ Julia Reda, *Freedom of panorama under threat*, (elektronisk källa).

2.3 Förutsättningar för skydd

2.3.1 Litterärt eller konstnärligt verk

Vilka objekt som kan vara föremål för skydd enligt upphovsrätten framgår av 1 § URL. Paragrafen stadgar att den som skapat ett *litterärt eller konstnärligt verk* har upphovsrätt till verket. Typexempel på vad som kan utgöra ett litterärt eller konstnärligt verk finns i paragrafen och det avser bland annat klassiska litterära och konstnärliga verk som exempelvis framställningar i tal och skrift, fotografier, byggnadsverk, konstverk och brukskonst. Men även modernare företeelser som datorprogram anses vara litterära verk som kan erhålla skydd av upphovsrätten. Paragrafen är inte uttömmande utan alla verk oavsett det sätt på vilket de har kommit till uttryck kan bli föremål för upphovsrättsligt skydd.³⁸ Vid tillkomsten av den nuvarande lagstiftningen av upphovsrätten sades i förarbetena att tolkningen av vad som utgör ett litterärt eller konstnärligt verk ska tolkas i sin mest vidsträckta bemärkelse för att även omfatta nya former av skapande.³⁹

Formen för hur ett verk kommer till uttryck är således av mindre intresse när det gäller vad som kan erhålla upphovsrättsligt skydd. Detta innebär inte att allting som skapas oavsett form erhåller skydd av upphovsrätten. För att åtnjuta skydd ställs vissa krav på alstret. Ett verk föreligger i upphovsrättens mening om det är resultatet av upphovsmannens individuella andliga skapande verksamhet. Verket måste därmed på något sätt vara unikt.⁴⁰

Upphovsrätten ställer inte heller några krav på i vilken fysisk form ett verk föreligger. För exempelvis en byggnad kan både ritningarna till byggnaden och byggnaden i sig skyddas av upphovsrätten.⁴¹

³⁸ Levin s. 75.

³⁹ SOU 1956:25 s. 61.

⁴⁰ Olsson s. 22.

⁴¹ Olsson s. 49.

Den här framställningen tar upp rätten att på sociala medier dela bilder av offentligt placerad konst och byggnader. Även bilden i sig kan skyddas av upphovsrätten. Detta kräver dock att fotografen påverkat motivet på sådant sätt att det utgör hans individuella andliga skapande.⁴²

2.3.2 Verkshöjd

Det upphovsrättsliga skyddet ges inte åt alla alster utan krav. För att erhålla skydd av upphovsrätten krävs det att verket uppnått ett visst mått av självständighet och originalitet.⁴³ Detta brukar kallas för att ett verk har verkshöjd. Kravet på verkshöjd ställs inte uttryckligen upp som ett rekvisit i lagen men är alltså ett krav för att ett verk ska kvalificeras för skydd enligt upphovsrätten.⁴⁴

Vid bedömningen om ett verk uppnår verkshöjd ställs inga krav på verkets kvalitet eller syftet med verket. Huruvida verket är estetiskt tilltalande eller om upphovsmannen ämnade få verket skyddat av upphovsrätten vid skapandet är därmed inte relevant vid bedömningen.⁴⁵ Det som är avgörande vid bedömningen om ett verk uppnår verkshöjd är att det är resultatet av upphovsmannens individuella andliga skapande verksamhet.⁴⁶ I allmänhet menar man att ett verk ska ha en sådan personlig prägel att två personer som arbetar oberoende av varandra inte ska kunna uttrycka sig på samma sätt.⁴⁷

Tröskeln för att ett verk ska uppnå verkshöjd är låg i Sverige. Det bör därmed ytterst sällan råda några tveksamheter om ett konstverk placerat på offentlig plats kan vara föremål för upphovsrätten; förutsatt att skyddstiden inte löpt ut. Utrymmet för det individuella uttrycket är stort och dubbelskapelser osannolika.⁴⁸

⁴² Olsson s. 52f.

⁴³ Prop. 1960:17 s. 49.

⁴⁴ Olsson s. 55.

⁴⁵ Levin s. 82f.

⁴⁶ Levin s. 82f.

⁴⁷ Olsson s. 55.

⁴⁸ Levin s. 83.

För byggnader är situationen något mer komplicerad. Alster av byggnadskonst är en av de kategorier som uttryckligen nämns i 1 § URL. Detta innebär dock inte att alla byggnader är skyddade av upphovsrätten. Som tidigare nämnts krävs att verket ska vara ett uttryck för skaparens individualitet. En rent mekanisk produktion vars utformning är nödvändig för dess funktion kan därmed inte skyddas.⁴⁹ Likt andra kreativa områden inspireras arkitekter av varandra, omgivningen och sin nutid. Ett verk som har inspirerats av ett annat verk kan skyddas av upphovsrätten. Samtidigt kan givetvis ett verk som utgör en kopia av ett tidigare verk, oavsett om det tidigare verket är skyddat, inte erhålla upphovsrättsligt skydd.⁵⁰ Bedömningen av om arkitektoniska verk uppnår verkshöjd ska göras med hänsyn till de variationsmöjligheter som varit till arkitektens förfogande vid skapandet.⁵¹ Konstnärliga strömningar kan göra det svårt att avgöra vad som är funktionellt betingat och vad som är ett uttryck för skaparens individuella andliga skapande.⁵² Praxis på området är emellertid mycket sparsam och behandlar nästan uteslutande upphovsrätt till ritningar.⁵³ För den allmänna befolkningen lär det, förutom i de fall det rör sig om komplexa arkitektoniska verk, vara långt ifrån självklart om ett byggnadsverk är skyddat av upphovsrätten eller inte.⁵⁴

2.3.3 Skyddets omfattning

Som en konsekvens av den låga tröskeln för när ett verk har verkshöjd är även skyddets omfång begränsat. Vad som skyddas är den individuella utformning som upphovsmannen har gett verket. Upphovsrätten skyddar inte den bakomliggande idén till konstverket. Det är verkets yttre och inre form som

⁴⁹ Olsson s. 64.

⁵⁰ Björkland s. 12.

⁵¹ Björkland s. 11.

⁵² Björkland s. 14.

⁵³ Se NJA 1998 s. 563 och NJA 2004 s. 149.

⁵⁴ Se Levin s. 100.

skyddas. Hur upphovsmannen har uttryckt sig i fråga om exempelvis teknik och stil skyddas inte.⁵⁵

Skyddet som upphovsrätten erbjuder är inte evigt. Bestämmelser om upphovsrättens begränsning i tiden finns i upphovsrättslagens fjärde kapitel. Som huvudregel gäller att upphovsrätten till ett verk gäller under upphovsmannens livstid och 70 år efter dennes död, vilket framgår av 43 § URL.

2.4 Upphovsmannens ensamrätt

Det upphovsrättsliga skyddet ger upphovsmannen en ensamrätt att framställa exemplar av verket och att göra verket tillgängligt för allmänheten. Ensamrätten delas normalt upp i två kategorier. Dels ekonomiska rättigheter och dels ideella rättigheter. Omfattningen av upphovsmannens ekonomiska ensamrätt till sitt verk framgår av 2 § URL. Den ideella rätten återfinns i 3 § URL.

De ekonomiska ensamrättigheterna som tillfaller upphovsmannen att förfoga över sitt verk är de för framställningen mest intressanta och de ideella rättigheterna kommer inte närmare behandlas. Kort kan nämnas att upphovsmannens ideella rätt består av en namngivelsesrätt och en respekträtt. Namngivelsesrätten och respekträtten innebär som huvudregel att upphovsmannens namn ska anges vid användning av ett verk och användning inte får ske på ett för upphovsmannen kränkande vis.⁵⁶ Detta behöver givetvis även respekteras i den digitala miljön.

Utgångspunkten inom upphovsrätten är att upphovsmannen har rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse.⁵⁷ De ekonomiska rättigheterna som tillfaller upphovsmannen är två

⁵⁵ Olsson s. 72f.

⁵⁶ Olsson s. 123f.

⁵⁷ Prop. 1960:17 s. 60.

till antalet. Den första är rätten att framställa exemplar av verket, *mångfaldiganderätten*. Den andra är rätten att göra verket *tillgängligt för allmänheten*.

2.4.1 Mångfaldiganderätten

Med mångfaldiganderätten avses upphovsmannens ensamrätt att framställa exemplar av sitt verk. Begreppet har närmare definierats i 2 § 2st. URL. Exemplar avser varje föremål i vilket verket är nedlagt eller fixerat. Begreppet är teknikneutralt och omfattar således verket i alla dess former.⁵⁸ Exemplarframställning omfattar all exemplarframställning oavsett om det sker helt eller delvis. Det innebär att när ett foto tas där ett konstverk syns i bakgrunden så sker en exemplarframställning av konstverket.⁵⁹ Med andra ord behöver konstverket inte vara det huvudsakliga motivet vid fotografering för att utgöra en exemplarframställning i lagens mening. Även en sådan situation där en privatperson tar en selfie och ett konstverk syns i bakgrunden utgör en exemplarframställning av konstverket i lagens mening. Endast när konstverket inte kan identifieras eller endast med svårighet kan identifieras anses det inte utgöra exemplarframställning.⁶⁰

Ensamrätten till mångfaldigande är mycket vidsträckt och omfattar alla permanenta och tillfälliga former av mångfaldiganden. Den omfattande ensamrätten är dock inte utan undantag. För att ensamrätten inte ska leda till orimliga konsekvenser finns vissa inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt. Inskränkningarna gör det möjligt att i vissa fall framställa exemplar av ett verk utan att först ha tillstånd från upphovsmannen.

⁵⁸ SOU 1956:25 s. 111.

⁵⁹ Maunsbach och Wennersten s. 72.

⁶⁰ Prop. 2004/05:110 s. 54.

2.4.2 Tillgängliggörande för allmänheten

Ensamrättens andra del är rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Ett verk görs tillgängligt för allmänheten när det *överförs, framförs offentligt, visas offentligt* eller annars *sprids* till allmänheten 2 § URL. Det rör sig således om situationer där tillgänggörandet sker utanför privatlivet.⁶¹ Av mindre betydelse för framställningen är rätten att framföra och visa verk offentligt. Kort kan sägas att med framförs offentligt avses situationer när ett verk framförs för kretsar som inte är helt slutna eller äger rum i privatlivet.⁶² Visas offentligt avser situationer när ett verk utan tekniskt hjälpmedel på allmän plats görs tillgängligt för allmänheten på samma plats som de kan ta del av det.⁶³

2.4.2.1 Överföring

Som en del av införlivandet av Infosocdirektivet infördes begreppet *överföring till allmänheten* i 2 § URL.⁶⁴ Med överföring till allmänheten avses varje tillgängliggörande för allmänheten av verk som sker på distans, oavsett vilken typ av verk det rör sig om. Formen för överföringen saknar betydelse och överföring till allmänheten omfattar trådbunden, trådlös, analog eller digital överföring förutsatt att det rör sig om en distansöverföring.⁶⁵ Begreppet är således tänkt att vara teknikneutralt. Vidare innefattar begreppet överföring till allmänheten som sker på ett sådant sätt att enskilda kan ta del av verket vid en tidpunkt och plats som de själva väljer. Typfallet av ett sådant förfogande är när ett verk läggs ut på en webbplats på internet.⁶⁶

Det har i Infosocdirektivet inte närmare preciserats vad som avses med överföring till allmänheten och vilka förfoganden som omfattas av begreppet

⁶¹ Maunsbach & Wennersten s. 72.

⁶² Maunsbach & Wennersten s. 76.

⁶³ Maunsbach & Wennersten s. 78.

⁶⁴ Prop. 2004/05:110 s. 60.

⁶⁵ Maunsbach & Wennersten s. 72.

⁶⁶ Prop. 2004/05:110 s. 45.

har därför kommit att bli föremål för prövning i EU-domstolen.⁶⁷ I ett mål⁶⁸ som rörde ett hotells tillhandahållande av TV-apparater som gav tillgång till TV-sändningar har EU-domstolen förtydligt vilka upphovsrättsliga förfoganden som utgör överföring till allmänheten. Domstolen konstaterade inledningsvis att vad som utgör en överföring till allmänheten ska ges en vidsträckt tolkning.⁶⁹ Med allmänheten avses ett obestämt antal personer, och en helhetsbedömning bör göras av hur många som får tillgång till överföringen.⁷⁰ EU-domstolen konstaterade vidare att det inte är nödvändigt att allmänheten faktiskt tar del av överföringen. Det relevanta är om verken tillhandahålls på sådant sätt att allmänheten kan få ta del av det.⁷¹ Att ge tillgång till en sändning genom att tillhandahålla TV-apparater i hotellrum ansåg EU-domstolen vara ett sådant förfogande som utgjorde en överföring till allmänheten som krävde upphovsmannens tillstånd.⁷²

Ett vanligt förfarande på internet är så kallad länkning. Med länkning avses en situation när man med en klickbar länk på en webbsida får tillgång till verk på den webbplats dit de ursprungligen överförs.⁷³ Ett typexempel på länkning är sättet som konstverken i Wikimedia-målet gjordes tillgängliga. Där laddades verken upp till en amerikansk databas. Genom länkar på offentligkonst.se kunde sedan användarna få tillgång till verken i databasen. Som huvudregel är det också tillräckligt att material har ställts till förfogande på detta sätt för att det ska anses vara en överföring till allmänheten.⁷⁴

Länkning som teknisk lösning har gett upphov till problem för upphovsrätten och olika typer av länkning har vid flera tillfällen varit föremål för prövning i EU-domstolen. I Svenssonmålet⁷⁵ konstaterade EU-domstolen att lägga ut en länk som är tillgänglig för alla är ett sådant förfogande som utgör en

⁶⁷ Maunsbach & Wennersten s. 73.

⁶⁸ C-306/05 SGAE mot Rafael Hoteles SA.

⁶⁹ C-306/05 p. 36.

⁷⁰ C-306/05 p. 38.

⁷¹ C-306/05 p. 43.

⁷² C-306/05 p. 47.

⁷³ Olsson s. 102.

⁷⁴ Olsson. s. 101.

⁷⁵ C-466/12 Svensson m.fl v. Retriever Sverige AB.

överföring till allmänheten.⁷⁶ En förutsättning för att länkningen ska anses vara en överföring till allmänheten är enligt EU-domstolen att det är fråga om en ny publik.⁷⁷ En länkning till ett verk som lagts ut på en annan webbsida som är fritt tillgänglig för alla, med upphovsmannens tillstånd, anses därför inte utgöra en överföring till allmänheten, eftersom samma allmänhet redan hade möjlighet att ta del av den ursprungliga överföringen.⁷⁸

I GS Mediamålet⁷⁹ har EU-domstolen slagit fast att tillhandahållandet av länkar på en webbplats, som gjorts fritt tillgängliga på en annan webbplats, utan upphovsmannens tillstånd inte kan uteslutas från begreppet överföring till allmänheten.⁸⁰ Bedömningen av om det är en överföring till allmänheten och en ny publik görs utifrån det individuella exemplaret.⁸¹ Det faktum att en konstnär på sin egen hemsida laddat upp en bild av sitt konstverk innebär inte att det är tillåtet att ta sin egen bild av konstverket och överföra denna till allmänheten. Däremot så kan det vara tillåtet att länka till bilden på konstnärens webbsida. Detta var även föremål för prövning i patent- och marknadsdomstolens avgörande i Wikimedia-målet.⁸²

2.4.2.2 Spridning

En annan viktig del i upphovsmannens ensamrätt att göra verket tillgänglig för allmänheten är spridningsrätten som finns uttryckt i 2 § 3 st. 4p URL. Här stadgas att ett verk görs tillgängligt för allmänheten när ett exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten. Det är alltså generellt en fråga om rent kommersiella förfoganden av verket. Att förfoga med ett verk på detta sätt faller normalt inom upphovsmannens ensamrätt. Den ger upphovsmannen möjlighet att begränsa och kontrollera hur exemplar av hans verk används och utgör ett komplement till mångfaldiganderätten.⁸³

⁷⁶ C-466/12 p. 24.

⁷⁷ C-466/12 p. 28.

⁷⁸ C-466/12 p. 27.

⁷⁹ C-160/15 GS Media.

⁸⁰ C-160/15 p. 43.

⁸¹ Se avgörandet i C-610/15 Stichting Brein.

⁸² Se PMT 8448-14.

⁸³ Maunsbach & Wennersten s. 78.

Spridningsrätten är begränsad och ger som huvudregel endast en rätt att kontrollera den första spridningen av ett fysiskt exemplar. Verk som en gång har spridits med upphovsmannens tillstånd är föremål för konsumtion som finns i 19 § URL. Med konsumtion avses att verk som spridits med upphovsmannens tillstånd därefter fritt får överlätas eller på annat sätt spridas vidare.⁸⁴ När en upphovsman ger någon tillåtelse att kopiera verk innebär det ofta även en rätt till att sprida kopian.⁸⁵ Spridningsrätten är begränsad till det fysiska exemplaret av ett verk.⁸⁶ Som ett exempel på hur konsumtionsprincipen tar sig uttryck kan användas en konstnärs försäljning av en staty till en privatperson. Konsumtionsprincipen innebär att privatpersonen i sin tur kan sprida statyn vidare utan upphovsmannens tillåtelse i just det fysiska exemplaret. Att däremot framställa kopior och sprida dessa vidare är inte tillåtet.

⁸⁴ Maunsbach & Wennersten s. 79.

⁸⁵ Prop. 1960:17 s. 62.

⁸⁶ Levin s. 141.

3 Inskränkningar i ensamrätten

3.1 Trestegsregeln

Upphovsmannens ekonomiska ensamrätt till förfogande av sitt verk är inte utan undantag. En total ensamrätt för upphovsmannen att i alla avseenden kunna kontrollera användning av verket skulle få stora konsekvenser för samhället. Både i en praktisk kontext att det hade varit omöjligt att kontrollera men också med hänsyn till informationsfriheten som på så sätt hade hämmats avsevärt.⁸⁷ Det upphovsrättsliga systemet är därför konstruerat som en balans mellan upphovsmannens ensamrätt och inskränkningar som är nödvändiga för att tillgodose allmänna intressen.⁸⁸ Upphovsmannens ensamrätt utgör förmögenhetstillgångar och som en princip ska därför restriktivitet gälla vid både införandet och tolkningen av inskränkningar i rättigheterna.⁸⁹

Den yttre ramen för vilka inskränkningar som får göras i upphovsmannens ensamrätt bestäms av den så kallade trestegsregeln. Trestegsregeln kommer till uttryck i art. 5.5 i Infosocdirektivet. Den stadgar att undantag och inskränkningar i rättighetsinnehavarens ensamrätt endast får göras i (1) vissa särskilda fall som (2) inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och (3) inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Bestämmelsen har historiskt sett sitt ursprung i BK men omfattade då bara exemplarframställning.⁹⁰ Genom TRIPS har den utvidgats till att omfatta alla former av upphovsrättsligt förfogande.⁹¹ Trestegsregeln kan i det närmsta liknas vid en generalklausul som främst ska utgöra ett viktigt verktyg vid införandet av inskränkningar i lagstiftningen.⁹² Möjlighet verkar även finnas för domstol att använda sig av trestegsregeln direkt vid tillämpning av

⁸⁷ Levin s. 192.

⁸⁸ Prop. 2004/05:110 s. 83f.

⁸⁹ Prop. 1992/93:214 s. 41.

⁹⁰ Se art. 9(2) BK.

⁹¹ Se art. 13 TRIPS.

⁹² Ds 2007:29 s. 37.

en inskränkingsbestämmelse.⁹³ Trestegsregeln har stor betydelse internationellt och hur den ska tolkas och användas är inte en självklarhet.⁹⁴

Trestegsregelns första kriterium, att en inskränkning får göras för vissa särskilda fall, avser att en inskränkning ska vara tydlig och klart avgränsad.⁹⁵ En bedömning bör här göras av vilka situationer inskränkningen omfattar. Både kvalitativa och kvantitativa egenskaper bör tillmätas betydelse vid bedömningen av om en inskränkning klarar första steget. Inskränkningen måste dels vara tydligt avgränsad samt vara baserad på en rationell och berättigad grund.⁹⁶ Upphovsmannens ensamrätt är stark och det är viktigt att denna inte inskränks i onödan. En inskränkning får därför inte vara för generell i sin utformning.⁹⁷ Detta första kriterium kan i min mening närmast liknas vid legalitetsprincipen – att en lag ska vara tydlig och förutsägbar.

Det andra kriteriet, att inskränkningen inte ska strida mot det normala utnyttjandet av verket, innebär att utnyttjandet inte ska stå i konflikt med upphovsmannens rätt att ekonomiskt exploatera verket. Normalt utnyttjande av verket omfattar inte enbart sådant som tidigare utgjort normalt användande utan ska även omfatta framtida och potentiella utnyttjanden.⁹⁸ Här bör beaktas i vilken utsträckning inskränkningen begränsar en total ensamrätt men också att inskränkningen inte hämmar upphovsmannens incitament att skapa.⁹⁹ Vad gäller det normala utnyttjandet av offentligt placerad konst har det i doktrin framhållits att rätten att förbehålla sig värdet av potentiella inkomstkällor bör finnas kvar hos upphovsmannen även om konstverket i viss mån kan anses ha tillfallit allmänheten.¹⁰⁰

⁹³ Se NJA 2016 s. 212.

⁹⁴ Se Kur & Levin s. 209ff.

⁹⁵ Ds 2007:29 s. 39.

⁹⁶ Senftleben s. 258.

⁹⁷ Kur & Levin s. 249.

⁹⁸ Se Ds 2007:29 s. 40 och NJA 2016 s. 212.

⁹⁹ Kur & Levin s. 250.

¹⁰⁰ Senftleben s. 271.

Slutligen får inte undantaget eller inskränkningen oskäligt inkräkta på upphovsrättsinnehavarens legitima intresse. Det tredje kriteriet utgör en proportionalitetsprövning som får göras mellan rättighetsinnehavarens legitima intressen, vilka ofta torde vara ekonomiska, och den nytta som tillkommer allmänheten av en inskränkning.¹⁰¹ Vid det tredje steget behöver därmed de motstridiga intressen som finns mellan drabbade rättighetsinnehavare och tredje part samt allmänheten identifieras och utvärderas mot bakgrund av de politiska hänsyn inskränkningen bygger på.¹⁰² Av motiven till Infosocdirektivet stadgas att särskild hänsyn ska tas till de ökande ekonomiska verkningar dessa undantag eller inskränkningar kan få i den elektroniska miljön.¹⁰³ Detta ska i min mening ses som en anvisning till medlemsstaterna att både vid införandet av inskränkningar och tolkningen av en inskränkning bör extra restriktivitet råda när det gäller nya potentiella användningsområden för ett verk.

Vid implementeringen av Infosocdirektivet i svensk rätt diskuterades om trestegsregeln även skulle införas som svensk lag.¹⁰⁴ Regeringen ansåg att trestegsregelns generella utformning var för vag och inte uppfyller kraven på restriktivitet och förutsägbarhet.¹⁰⁵ Mellan raderna går därmed att utläsa, något komiskt, att regeringen avstod från att införa trestegsregeln i nationell rätt eftersom en sådan lag skulle strida mot trestegsregeln. Hos remissinstanserna fanns även farhågor om att en sådan regel skulle kunna tolkas extensivt och riskerade användas till stöd för utnyttjanden som inte ryms under de i lagen angivna undantagen och inskränkningarna.¹⁰⁶

3.2 Kopiering för privat bruk

I Infosocdirektivets artikel 5.2(b) stadgas att undantag får göras för *mångfaldigande* av en fysisk person för privat bruk där syftet varken direkt

¹⁰¹ Ds 2007:29 s. 41f.

¹⁰² Kur & Levin s. 250.

¹⁰³ Skäl 44 Infosocdirektivet.

¹⁰⁴ Prop. 2004:05:110 s. 83f.

¹⁰⁵ Prop. 2004/05:110 s. 84.

¹⁰⁶ Prop. 2004/05:110 s. 83.

eller indirekt är kommersiellt. Bestämmelsen återfinns i 12 § URL och anger att var och en får framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk. 12 § URL fick sin nuvarande lydelse i samband med införlivandet av Infosocdirektivet i svensk rätt och rätten till kopiering för privat bruk inskränktes samtidigt.¹⁰⁷ Undantaget för privat bruk i artikel 5.2(b) tillåter endast att en inskränkning får göras i mångfaldiganderätten. Det är även begränsat till ett eller några få exemplar. Hur många exemplar som får framställas får avgöras beroende på vilken typ av verk det är fråga om.¹⁰⁸ Inget utrymme ges av bestämmelsen att även vidareutnyttja verket genom spridning eller överföring. Att på sociala medier publicera en bild utgör en överföring till allmänheten, vilket gör att ett sådant förfogande således inte ryms inom bestämmelsen. Däremot ryms inom bestämmelsen att man som privatperson tar ett foto av ett skyddat konstverk för eget bruk, så länge man inte sprider det vidare.

3.3 Bakgrundskonst

En inskränkning som kan vara av betydelse för privatpersoners möjlighet att publicera bilder där offentlig konst och byggnader är del av motivet återfinns i 20 a § URL. Inskränkningen gör det möjligt för var och en att genom film eller TV framställa, sprida, framföra och överföra konstverk till allmänheten om förfogandet är av underordnad betydelse. Motsvarande får även göras när konstverk förekommer i bakgrunden av eller annars ingår som en oväsentlig del av en bild.

Till skillnad från 24 § URL, och 12 § URL, nämner 20 a § URL uttryckligen överföring till allmänheten. Viss möjlighet till att tillämpa undantaget vid publicerandet av bilder på sociala medier där konstverket förekommer i bakgrunden eller annars utgör en oväsentlig del av bilden bör därmed finnas. Undantaget är begränsat till att avse *konstverk*. I lagkommentaren av Olsson

¹⁰⁷ Olsson s. 148.

¹⁰⁸ Prop. 2004/05:110 s. 111.

& Rosen till 24 § URL framhålls att detta bör innefatta alster av bildkonst men också tredimensionella alster samt fotografiska verk.¹⁰⁹ Detta innebär att både offentligt placerade konstverk och byggnader faller inom bestämmelsens tillämpningsområde. Bestämmelsen är inte begränsad till att avse mångfaldiganderätten utan även spridning och överföring till allmänheten får ske med stöd av bestämmelsen.¹¹⁰ Någon begränsning med avseende på i fall användandet sker i kommersiellt syfte eller inte saknas också i bestämmelsen.

HD har i Tumnagelsmålet¹¹¹ närmare klargjort hur bedömningen av om ett konstverk förekommer i bakgrunden eller annars utgör en oväsentlig del av bilden ska göras. Bedömningen av om ett fotografi utgör en oväsentlig del bör ske efter en helhetsbedömning av dels konstverkets *storlek* i förhållande till hela bilden men även i förhållande till konstverkets *funktion* i bilden.¹¹² Domstolen framhåller med hänvisning till förarbetena att undantaget ska tillämpas restriktivt och att det bör vara fråga om rent bagatellartade fall.¹¹³ Fotografierna i målet var mycket små men deras funktion, användning i marknadsföringssyfte, gjorde att de inte kunde anses utgöra en oväsentlig del av fotografiet.¹¹⁴

Min tolkning av undantaget i 20 a § URL är att bestämmelsen i viss mån kan tillämpas på privatpersoners publicering av bilder på sociala medier där konstverk, inte enbart offentligt placerade konstverk, är del av motivet. Bedömningen får då, likt var fallet i Tumnagelsmålet, göras med hänsyn till konstverkets storlek och funktion. Detta är inte ett tillämpningsområde som har beaktats av lagstiftaren och tillämpningen hade inte varit utan problem.

¹⁰⁹ Se Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (22 juni 2016, Zeteo) kommentaren till 2 kap. 20 a § URL.

¹¹⁰ Olsson s. 182.

¹¹¹ NJA 2010 s. 135.

¹¹² NJA 2010 s. 135 (13p.)

¹¹³ Se NJA II 1961 s. 53.

¹¹⁴ NJA 2010 s. 135 (15p.)

Som jämförelse har lagstiftaren i 24 § URL valt att inte begränsa undantaget till avbildningar där konstverket inte utgör huvudmotivet. Denna avvägning har gjorts för att undvika praktiska tillämpningssvårigheter eftersom det kan vara svårt att avgöra om konstverket är huvudmotiv eller inte.¹¹⁵ Samma tillämpningssvårigheter uppstår vid tillämpningen av 20 a § URL. Man kan tänka sig att det skulle vara tillåtet att ta en selfie där en skyddad byggnad förekommer i bakgrunden tillsammans med andra byggnader. Tar man däremot en bild när man poserar med en staty torde läget vara annorlunda. Statyn skulle då ha en större funktion och inte längre utgöra en oväsentlig del.

¹¹⁵ SOU 1956:25 s. 264.

4 Panoramafrihet

4.1 Om

Panoramafrihet är ett för svensk del nytt begrepp som härstammar från tyskans *Panoramafreiheit*. Med panoramafrihet avses en rätt att fritt få fotografera, filma och på andra sätt framställa exemplar av offentligt placerade konstverk och byggnader och tillgängliggöra resultatet för allmänheten.¹¹⁶ Begreppet är dock något missvisande då det som regel inte handlar om en frihet utan snarare handlar om en inskränkning av upphovsmannens ensamrätt. Ett mer rättvisande och tydligare begrepp hade därför i mitt tycke varit panoramainskränkning eller panoramaundantag.

Panoramafriheten kommer till uttryck i artikel 5.3(h) i Infosocdirektivet. Bestämmelsen ger medlemsländerna möjlighet att lagstifta om undantag, i rätten till mångfaldigande och överföring av verk och tillgängliggörande för allmänheten, för *”användning av verk, till exempel arkitektoniska verk eller skulpturer, avsedda att vara stadigvarande placerade på allmän plats.”* Inskränkningen är inte obligatorisk utan det är upp till medlemsländerna själva att välja om de i nationell lagstiftning vill införa en sådan inskränkning. Till skillnad från flera andra av de tillåtna inskränkningarna i artikel 5 innehåller artikel 5.3(h) inte någon begränsning om att användningen endast får ske i icke-kommersiellt syfte.¹¹⁷ Bestämmelsen sätter den yttre gränsen för vad som är tillåtet att lagstifta om i nationell lagstiftning. Flera länder har valt att införa en liknande bestämmelse i nationell lagstiftning men har begränsat den till att endast avse användning som sker i icke-kommersiellt syfte. Bland annat våra grannländer Finland, Norge och Danmark.¹¹⁸ Andra länder har valt att helt avstå från att införa en inskränkning för panoramafrihet i sin nationella lagstiftning.¹¹⁹

¹¹⁶ Se <https://sv.wikipedia.org/wiki/panoramafrihet>.

¹¹⁷ Se exempelvis undantag för privatkopiering art. 5.2(b) och för undervisning art. 5.3(b).

¹¹⁸ Se Westman, *Avbildning av konstverk och byggnader på internet*, NIR 2013:6.

¹¹⁹ Italien är ett av de länder som inte har någon bestämmelse om panoramafrihet.

4.2 Svensk rätt

4.2.1 Bakgrund

Även om panoramafrihet som begrepp är nytt för den svenska rättsordningen är konceptet panoramafrihet på intet sätt någon nyhet för det svenska rättssystemet. En inskränkning i upphovsmannens ensamrätt att tillåta avbildning av konstverk och byggnader på allmän plats har funnits i svensk rätt sedan tidigt 1900-tal.¹²⁰ I förarbetena till dagens upphovsrättslagstiftning ansåg Auktorrättskommittén också att det var självklart att en sådan bestämmelse skulle finnas med i upphovsrättslagen. Konstverk och byggnader som finns i det offentliga rummet anses utgöra en form av allmän egendom som alla ska få ta del av. De är en del av stads- eller landskapsbilden; denna bör självfallet vara fri för alla att återge med alla dess enskildheter.¹²¹

Den svenska bestämmelsen om panoramafrihet finns i 24 § URL. Den stadgar följande:

24 § Konstverk får avbildas

- 1. Om de stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utomhus,*
- 2. Om syftet är att annonsera en utställning eller försäljning av konstverken, men endast i den utsträckning som behövs för att främja utställningen eller försäljningen, eller*
- 3. Om de ingår i en samling, i kataloger, dock inte i digital form.*

Byggnader får fritt avbildas.

Det bör här särskilt nämnas att begreppet konstverk inte går att likställa med alla typer av verk. Konstverk utgör en samlingsbeteckning för flera olika typer av verk.¹²² Begreppet omfattar bland annat skulpturer, teckningar, måleri, byggnadskonst och konsthantverk.¹²³ Bestämmelsen är därmed inte

¹²⁰ SOU 1956:25 s. 264.

¹²¹ SOU 1956:25 s. 264.

¹²² SOU 2011:32 s. 137.

¹²³ SOU 2011:32 s. 137.

tillämplig på andra verk, vilket huvudsakligen borde avse litterära verk. Det hör förmodligen också till ovanligheterna att sådana verk finns placerade på eller vid offentliga platser utomhus.

Lagstiftaren har vid ett flertal tillfällen diskuterat att inskränka bestämmelsen i 24 § URL för att bli mer lik ordningen i de övriga nordiska länderna.¹²⁴ Förändringen som föreslagits är att den inte ska gälla när konstverket är huvudmotiv på bilden.¹²⁵ Diskussionerna har dock inte lett till någon ändring av bestämmelsen. Hos lagstiftaren har framhållits att en sådan ordning skulle innebära praktiska svårigheter.¹²⁶ Dessutom bör den ekonomiska betydelsen för upphovsmannen vara obetydlig.¹²⁷ Även vid införlivandet av Infosocdirektivet diskuterade lagstiftaren om någon ändring av bestämmelsen behövdes. Lagstiftaren gjorde bedömningen att inskränkningen låg inom ramen, och på många sätt var mer begränsad, för vad Infosocdirektivets artikel 5.3(h) tillåter och att någon ändring avseende konstverk placerade på offentlig plats och byggnader inte var nödvändig.¹²⁸

En för tolkningen av 24 § URL central del är vilka upphovsrättsliga förfoganden begreppet *avbilda* innefattar. Begreppet är problematiskt eftersom det inte tydligt relaterar till de upphovsrättsliga förfogandeformerna exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten som finns i upphovsrättslagen och Infosocdirektivet.

4.2.2 Avbilda

Begreppet avbilda är något av en enhörning inom upphovsrätten. Det är en gammal kvarleva som inte längre används i någon annan bestämmelse i upphovsrättslagen.¹²⁹ Det råder inte någon tvekan om att avbilda avser exemplarframställning i viss utsträckning. Exemplarframställningen som

¹²⁴ Se prop. 1992/93:214 s. 99, Ds 1996:61 s. 83 och prop. 2004/05:10 s. 224.

¹²⁵ Prop. 1992/93:214 s. 99.

¹²⁶ Prop. 1992/93:214 s. 99.

¹²⁷ Prop. 1992/93:214 s. 99.

¹²⁸ Prop. 2004/05:110 s. 225.

¹²⁹ Se Westman, *Avbildning av konstverk och byggnader på internet*, NIR 2013:6.

tillåts är däremot i några avseenden begränsad. I motiven till 1960 års upphovsrättslag förklaras att med avbilda avses olika typer av reproduktioner i planet; framställningar i tredimensionell form omfattas inte av begreppet.¹³⁰ Även reproduktioner i digital form omfattas av begreppet. Att så är fallet framgår indirekt av punkten 3 i bestämmelsen som uttryckligen utesluter avbildning i digital form.¹³¹ En begränsning till att med avbilda enbart avse analoga reproduktioner skulle ge märkliga konsekvenser vid exempelvis fotografering av verk. I sådant fall skulle det nämligen vara tillåtet att fotografera med en analog kamera men inte en digital. En sådan teknisk begränsning hade knappast varit förenlig med bestämmelsens syfte, nämligen att alla ska få ta del av stads- och landskapsbilden.

I doktrin har framhållits att begreppet avbilda i viss mån även måste omfatta tillgängliggörande för allmänheten.¹³² Detta är även klart av bestämmelsens andra punkt som till sin funktion begränsar spridning till att bara få ske i den utsträckning som behövs för att främja en utställning eller försäljning. Auktorrättskommittén tog vid bestämmelsens införande ställning till om bestämmelsen skulle ge rätt att avbilda konstverk som utgör huvudmotiv på vykort och använda dessa i försäljning.¹³³ De ansåg att det visserligen var fråga om ett förfogande som upphovsmannen principiellt sett hade rätt att bli ekonomiskt kompenserad för. En sådan begränsning skulle dock i deras mening vara svårtillämpad. Dessutom torde det röra sig om ett obetydligt ekonomiskt värde.¹³⁴ Enligt Daniel Westman bör bilder på konstverk och byggnader på allmän plats få överföras till allmänheten åtminstone när det inte handlar om kommersiella förfoganden som tar sikte på avbildade konstverk.¹³⁵

¹³⁰ NJA II 1961 s. 202.

¹³¹ Westman, *Avbildning av konstverk och byggnader på internet*, NIR 2013:6.

¹³² Se Westman NIR 2013:6 och Nordell s. 257.

¹³³ SOU 1956:25 s. 264.

¹³⁴ SOU 1956:25 s. 264.

¹³⁵ Westman, *Avbildning av konstverk och byggnader på internet*, NIR 2013:6

I förslaget till införandet om en ny upphovsrättslag har en vilja uttryckts att begreppet avbildas ska förtydligas.¹³⁶ Utredaren Jan Rosén ansåg att det i begreppet avbilda inte kunde anses rymmas något annat än exemplarframställning. Samtidigt konstaterade han att bestämmelsen indirekt får anses ge rätt till en viss begränsad spridning av exemplaren, som är fallet med vykort.¹³⁷ Han föreslog att bestämmelsen skulle ändras till ”*genom avbildning framställa exemplar*”.¹³⁸

Utredningen har inte ännu lett till någon förändring av lagstiftningen. Personligen anser jag att lämpligheten i en sådan ändring som föreslås av upphovsrättsutredningen starkt kan ifrågasättas. Det hade gett upphov till nya frågor som exempelvis hur många exemplar som får framställas och om exemplaren får delas med vänner och bekanta. Vad gäller avbildning av konstverk på offentlig plats och byggnader så hade en sådan bestämmelse riskerat att bli överflödigt vid en begränsning till att endast avse exemplarframställning och inte även tillgängliggörande för allmänheten i viss mån. Det skulle nämligen i stort motsvara inskränkningen för privat bruk i 12 § URL.¹³⁹

Hur begreppet avbilda ska tolkas vid användning i den digitala miljön har klargjorts av Högsta domstolen i Wikimedia-målet som behandlas nedan.

4.2.3 Stadigvarande placerade på eller vid allmän plats

För konstverk ställer 24 § 1 st. 1p upp två rekvisit för när avbildning är tillåten. Dels så ska konstverken vara placerade på eller vid en *allmän plats utomhus*. Dels ska det vara fråga om en *stadigvarande* placering. För byggnader gäller att dessa fritt får avbildas.

¹³⁶ SOU 2011:32 s. 171.

¹³⁷ SOU 2011:32 s. 172.

¹³⁸ SOU 2011:32 s. 172.

¹³⁹ Jmf Nordell s. 257ff.

Med allmän plats utomhus avses bland annat statyer på torg eller fasadmålningar. Konstverk som finns inomhus i kyrkor, museer eller andra allmänna byggnader får dock inte avbildas eftersom de inte är utomhus.¹⁴⁰ I förarbetena nämns att allmän plats utgörs av plats under bar himmel, som utan vidare är tillgänglig för allmänheten.¹⁴¹ Den andra förutsättningen, att verket är stadigvarande placerat, gör att bestämmelsen inte är tillämplig på exempelvis temporära utställningar som sker utomhus.¹⁴²

4.3 Wikimedia-målet

4.3.1 Bakgrund

Den ideella föreningen Wikimedia Sverige drev webbplatsen www.offentligkonst.se i icke-kommersiellt intresse och utan vinstsyfte.¹⁴³ Webbplatsen utgjorde en öppen databas tillgänglig för alla innehållande bilder av offentlig konst placerad på allmän plats med information om konstverket och var i Sverige konstverket är placerat.

Användare av databasen uppmanades att ta bilder och ladda upp bilden för att tillgängliggöra denna på www.offentligkonst.se. I tekniskt avseende så laddades bilderna upp till en tredje parts databas, vilket i det här fallet var den amerikanska Wikimedia Commons ägd av Wikimedia Foundation. Genom länkning¹⁴⁴ till Wikimedia Commons gjordes bilderna tillgängliga för användare av www.offentligkonst.se.

Bildupphovsrätt i Sverige (BUS), som företräder upphovsmän genom att ta emot och fördela ersättningar för utnyttjanden av bildkonst, väckte talan mot Wikimedia Sverige. BUS ansåg att Wikimedia Sverige genom överföring till allmänheten begick upphovsrättsintrång. Wikimedia å sin sida ansåg att deras

¹⁴⁰ SOU 1990:30 s. 475.

¹⁴¹ SOU 1956:25 s. 264.

¹⁴² Olsson s. 190.

¹⁴³ Wikimedia Sverige driver fortfarande databasen www.offentligkonst.se men har tagit bort alla bilder.

¹⁴⁴ Se avsnitt 2.4.2.1.

agerande föll inom ramen för 24 § URL och att bestämmelsen gav en rätt till både exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten genom överföring via internet.

Vid förberedelsen av målet uppkom frågor om hur begreppet ”avbilda” i 24 § skulle tolkas med avseende på den digitala miljön. En fråga om det skulle tolkas till att även innefatta en rätt till, utan tillstånd från upphovsmannen, inte bara exemplarframställning utan också tillgängliggörande för allmänheten genom överföring via internet. Frågan hade inte behandlats av lagstiftaren och inte tidigare prövats i praxis. Tingsrätten valde därför att hänskjuta följande frågor till prövning av HD:

1. Ska 24 § upphovsrättslagen, med avseende på begreppet ”avbilda”, förstås så att konstverk som stadigvarande placerats på eller vid allmän plats utomhus fritt får överföras till allmänheten via internet, utan krav på att tillstånd inhämtats från eller ersättning erlagts till upphovsmannen till konstverket?
2. Påverkas svaret på fråga 1 av om överföringen till allmänheten sker i kommersiellt syfte eller om överföringen till allmänheten sker utan sådant syfte?

4.3.2 Avgörande i HD

Inledningsvis redogjorde HD för det upphovsrättsliga regelverket. HD underströk att upphovsmannens ensamrätt utgör förmögenhetstillgångar och att restriktivitet därför ska gälla vid införandet och tolkningen av inskränkningar. Utrymmet för domstolarna att intolka andra begränsningar av ensamrätter än dem som framgår av lagen är därmed begränsat.¹⁴⁵

I sin bedömning konstaterade domstolen att målet rör hur uttrycket avbilda i 24 § URL ska förstås mot bakgrund av den i målet aktuella situationen. Det vill säga Wikimedias databas med fotografier av konstverk på allmän plats

¹⁴⁵ Se även NJA 1986 s. 702 och NJA 1993 s. 263.

som genom överföring via internet görs tillgängliga för allmänheten. Vidare menade HD att bedömningen av vilken inskränkning som ligger i begreppet avbilda bör ske efter mönster av trestegsregeln.

Först prövades därför av HD vad som kan anses utgöra normalt utnyttjande av ett konstverk på allmän plats. HD ansåg att en bedömning av vilken ensamrätt upphovsmannen ska ha att exploatera sitt verk här är av betydelse. Att göra konstverk allmänt tillgängliga i en öppen databas menade HD har ett typiskt sett icke obetydligt kommersiellt värde. Detta värde ska förbehållas upphovsmännen och det saknades därmed i domstolens mening betydelse huruvida den som skapat databasen har ett kommersiellt syfte eller inte.

Nästa steg HD hade att ta ställning till var om Wikimedia's förfarande oskäligt inkräktade på upphovsmännens legitima intressen. HD gjorde en proportionalitetsbedömning mellan syftet som databasen ska tillgodose och storleken av inskränkningen i ensamrätten. Här identifierade HD att syftet med databasen i och för sig kan ses som ett allmänt intresse. Samtidigt ansåg HD att en databas av aktuellt slag öppnade för en stor användning av upphovsrättsligt skyddade verk utan att upphovsmannen får skälig ersättning.

Avslutningsvis konstaterade HD att rätten att med ny teknik exploatera verk på detta sätt med lagens nuvarande utformning finns kvar hos upphovsmännen. Med avbildning ska därmed inte förstås en rätt att från en databas överföra verk via internet till allmänheten. Huruvida förfogandet sker i kommersiellt syfte saknar betydelse.

4.3.3 Analys av HD:s avgörande

Domen väckte uppståndelse i Sverige och många undrade vad utgången av målet hade för betydelse för överföring av privata semesterbilder till internet.

Var det inte längre tillåtet att ta en selfie med en staty? Upphovsrätten anklagades som så många gånger förr för att inte hänga med i tiden.¹⁴⁶

Jan Rosén, professor i civilrätt vid Stockholms universitet som även ledde utredningen av en ny upphovsrättslag¹⁴⁷, har analyserat domen. Han menar att avgörandet fastslår att rätten med ny teknik exploaterar verk i nätmiljön och med tillämpning av länknings teknik ligger kvar hos upphovsmannen. Han vidhåller att domstolens bedömning av vad som inbegrips i begreppet avbilda är mycket strikt i sin tolkning. Vilket han anser ligger i linje med de motivuttalanden som gjorts under senare år, nämligen att uphovsmännen ska förbehållas en stark och intakt upphovsrätt på internet och i den digitala miljön. Här hänvisar han även till att de nordiska grannländerna har en betydligt mer restriktiv bestämmelse som förbjuder kommersiellt utnyttjande av avbildning där konstverket är huvudmotivet. Slutligen menar han på att ett införande fullt ut av artikel 5.3(h) Infosocdirektivet inte skulle vara förenligt med trestegsregeln i artikel 5.5.¹⁴⁸

En av domarna i målet, justitieråd Lars Edlund, har i efterhand också kommenterat målet. Edlund menar att avgörandet avser det i målet aktuella fallet, nämligen att fotografier överförs eller tillgängliggörs för allmänheten från en databas. Huruvida det är förbjudet att publicera bilder av konstverk på sociala medier menar han att HD inte tagit ställning till. Vidare säger han att den digitala världen innehåller så många varianter att vad som är tillåtet eller inte måste avgöras från fall till fall. Hur det skulle ske mot bakgrund av användande av sociala medier vill han däremot inte uttala sig om.¹⁴⁹

Störst kritik har riktats mot domen av Mats Björkenfeldt. Han menar att den tillämpning som HD gjort av trestegsregeln starkt kan ifrågasättas.¹⁵⁰ Dels

¹⁴⁶ Wikimedia har på sin hemsida samlat nyhetsartiklar om händelseförloppet se https://se.wikimedia.org/wiki/Offentligkonst.se/Om_projektet/Tidslinje_%C3%B6ver_st%C3%A4mningen.

¹⁴⁷ Se SOU 2011:32.

¹⁴⁸ Jan Rosén, *Upphovsrättslagen ger inte rätt att överföra verk via internet till allmänheten*, (elektronisk källa).

¹⁴⁹ SVT Nyheter, *Brottsligt sprida bilder av offentligt konst på nätet*, (elektronisk källa).

¹⁵⁰ Björkenfeldt, *Offentlig konst mindre offentlig*, NIR 2016:3.

anser han att det första steget inte får tolkas för snävt. Dels har enligt Björkenfeldt domstolen även gjort en felaktig bedömning av vad som ligger i det normala utnyttjandet. Han menar att bedömningen bör ske mot den relevanta marknaden för exploatering, vilken han anser vara det allmännas köp av skulpturer, och inte mot vilken ensamrätt upphovsmannen ska ha att ekonomiskt exploatera sitt verk. Vad gäller trestegsregelns tredje steg efterlyser han en prövning av vilken faktisk ekonomisk skada konstnärerna riskerar lida av att tillåta att överföring till allmänheten sker. Någon sådan har inte gjorts av HD.

Slutligen anser han att HD borde ha tagit hänsyn till de mänskliga rättigheterna och informationsfriheten. Han menar att upphovsmannens äganderätt borde få ge vika till förmån för allmänhetens rätt till informationsfrihet och att kunna ta del av för skattepengar inköpt konst utan att behöva fysiskt åka till platsen.¹⁵¹

Personligen så anser jag, likt Rosén, att HD:s avgörande är i linje med den rådande uppfattningen i lagmotivet. En restriktiv hållning till eventuella utvidgningar av lagregler har även funnits i praxis. Däremot är jag inte beredd att gå lika långt som Rosén i tolkningen av vad som *inte* omfattas av begreppet avbilda. Min uppfattning är att avgörandet fastslår att principiellt så ligger rätten till att med ny teknik exploatera verk i den digitala miljön hos upphovsmannen. Detta utesluter dock inte att vissa former av överföring till allmänheten med ny teknik i digitala miljön även kan omfattas av begreppet avbilda. De uttalanden som Lars Edlund gjort ger även stöd för att det i vart fall inte varit domstolens avsikt att utesluta alla former av tillgängliggörande för allmänheten med ny teknik från begreppet avbilda. En bedömning måste istället göras i varje enskilt fall.

Jag ställer mig även likt Björkenfeldt något tveksam till den bedömning som HD har gjort i trestegsregelns tredje steg, eller snarare inte har gjort.

¹⁵¹ Björkenfeldt, *Offentlig konst mindre offentlig*, NIR 2016:3.

Domstolen har här helt sonika nöjt sig med att konstatera att göra verk allmänt tillgängliga i en öppen databas har typiskt sett ett icke obetydligt kommersiellt värde.¹⁵² Vidare anser Högsta domstolen att en databas av detta slag öppnar upp för en stor användning av upphovsrättsligt skyddade verk utan ersättning till upphovsmännen, inskränkningen är därför oskäligt stor.¹⁵³ En närmare utredning av vilket kommersiellt värde som de facto ligger i ett upphovsrättsligt förfogande av det här slaget hade behövts för att kunna göra en rättvis bedömning. Vad gäller hans kritik mot bedömningen i trestegsregelns andra steg anser jag inte att hans kritik är befogad. Den rådande uppfattningen i doktrin verkar vara att normalt utnyttjande av verket även ska omfatta framtida och potentiella utnyttjanden. Att bedömningen ska göras mot den relevanta marknaden, det allmännas köp av skulpturer, verkar vara en uppfattning om att vad som är normalt utnyttjande ska fastställas mot bakgrund av vad som tidigare utgjort normalt utnyttjande av verket. Tillgängliggörandet av verk med ny teknik på internet är ett sådant potentiellt utnyttjande som bör vara förbehållet upphovsmannen.

En intressant reflektion av HD:s avgörande är vilka konsekvenser avgörandet får för 24 § URL förhållande till trestegsregeln. Av det första steget i trestegsregeln framgår att en inskränkning ska vara klart och tydlig avgränsad, vilket kan anses ge uttryck för en form av legalitetsprincip. Den av HD gjorda bedömningen är att det inte går att säga hur avbilda ska tolkas generellt utan att en bedömning måste göras i varje enskilt fall med beaktande av trestegsregeln. Lagstiftaren valde att inte införa en bestämmelse om trestegsregeln i den svenska lagstiftningen eftersom att den i sig inte var tillräckligt tydlig och avgränsad. Konsekvensen av avgörandet blir dock att trestegsregeln måste tillämpas i varje enskilt fall med avseende på begreppet avbilda. Paradoxalt nog borde därmed det prejudikat som NJA 2016 s. 212 utgör, nämligen att bedömningen måste ske från fall till fall med beaktande av trestegsregeln, i sig kunna anses strida mot trestegsregeln. Möjligheten att vid varje fall använda trestegsregeln var något som lagstiftaren uttryckligen

¹⁵² NJA 2016 s. 212, p. 20.

¹⁵³ NJA 2016 s. 212, p. 21.

ville undvika.¹⁵⁴ Starka skäl finns hos lagstiftaren att se över 24 § URL och att förtydliga bestämmelsen med hänsyn till den begreppsanvändning som används i resten av upphovsrättslagstiftningen och Infosocdirektivet.

Sammanfattningsvis anser jag dock att domen i sig och utgången i målet och HD:s tolkning får anses vara korrekt. Lagstiftaren har inte gett domstolen något annat val än att döma till förmån för upphovsmännen. Det är en tydlig lucka i lagen och lagstiftaren har helt förbisett att uppdatera panoramafriheten i 24 § URL till den digitala utvecklingen.

4.3.4 Avgörandet i PMD

I den efterföljande processen¹⁵⁵ i PMD hävdade Wikimedia fortsatt att deras förfarande inte utgjorde upphovsrättsintrång. Anledningen till detta var hur databasen rent tekniskt fungerade. Som nämdes tidigare fungerade databasen som så att användare laddade upp bilder till amerikanska databasen Wikimedia Commons. Genom länkar på offentligkonst.se gjordes sedan fotografierna tillgängliga för användarna. Wikimedia menade att HD inte tog ställning till om *användarnas* publicering av verken kräver upphovsmannens samtycke eller om denna publicering är tillåten. Därför, ansåg Wikimedia, att användarnas publicering av verken på Wikimedia commons är tillåten enligt 24 § URL. Eftersom användarnas publicering i Wikimedias tycke varit tillåtna skulle därför deras länkning till bilderna vara tillåten. Wikimedia hävdade att det följer av praxis att länkning till publiceringar på internet som gjorts lagligen inte utgör en sådan överföring som avses i artikel 3.1 i Infosocdirektivet.

PMD konstaterade först att avbildning av ett konstverk bara gäller avbildning av ett konstverk i planet och inte i tredimensionell form. Med hänvisning till doktrin¹⁵⁶ menar PMD att begreppet avbildning inte täcker det fallet då en

¹⁵⁴ Se även prop. 2004/05:110 s. 81ff.

¹⁵⁵ Patent- och marknadsdomstolen (Stockholms Tingsrätt) PMT 8448-14.

¹⁵⁶ Se Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen, 4 uppl., s. 202f.

bild läggs ut på en webbsida. PMD menar att regleringen i 24 § URL inte kan anses ge en rätt för någon att, utan upphovsmannens samtycke, på internet publicera fotografier som de tagit av konstverk. Rätten till avbildning omfattar inte återgivning av konstverket eller annat tillgängliggörande än till exempel vykort. En publicering på internet kan inte uppfattas innebära annat än en överföring till allmänheten. Överföring till allmänheten på detta sätt kräver därför enligt PMD alltid upphovsmannens samtycke.

Slutligen gick Patent- och marknadsdomstolen på Bildupphovsrätt i Sveriges linje och förbjöd Wikimedia Sverige vid vite att fortsätta tillhandahålla bilderna på offentligkonst.se.

4.3.5 Kommentar till PMD:s avgörande

Tolkningen som PMD gör av Högsta domstolens avgörande avseende användarnas uppladdning av bilderna är mer generell än den som gjorts av HD. De konstaterar kort att begreppet avbilda inte täcker annat än exemplarframställning och viss spridning i form av exempelvis vykort. Publicering av bilder på internet är en överföring till allmänheten. En sådan överföring kräver enligt PMD alltid upphovsmannens tillstånd.

Detta är en mer restriktiv bedömning än den HD gör av begreppet avbilda. Det måste enligt HD ske en bedömning från fall till fall och någon sådan har inte gjorts av PMD avseende användarnas uppladdning. HD utesluter inte heller att alla överföringar till allmänheten via publicering på internet är otillåtna.

4.4 24 § URL och sociala medier

Det följer av Wikimedia-målet att en bedömning av uttrycket avbilda ska förstås mot bakgrund av omständigheterna i det aktuella fallet och ske efter mönster av trestegsregeln. Uppsatsens syfte är att undersöka om privatpersoner fritt får publicera bilder av offentligt placerad konst och byggnader på sociala medier. En typsituation är att en privatperson tar en bild av ett konstverk som är placerat på offentlig plats. Här sker en

exemplarframställning av verket. Av den tidigare framställningen framgår att en sådan exemplarframställning är tillåten enligt 24 § URL. Personen vill sedan dela med sig av den här bilden till sina familj och bekanta på sociala medier.

En för bedömningen viktig faktor är de användarvillkor som finns på sociala medier. Många, för att inte säga alla, har användarvillkor man som användare accepterar när man registrerar sig och använder tjänsten. Nedan följer ett utdrag från Instagrams¹⁵⁷ användarvillkor¹⁵⁸:

”Instagram gör inga ägaranspråk på något innehåll som du publicerar på eller via tjänsten. I stället beviljar du härmed Instagram en icke-exklusiv, fullt betald och royaltymfri, överföringsbar, världsövergripande licens, som kan underlicensieras, att använda det innehåll som du publicerar på eller via tjänsten.”

Ett sådant licensavtal innebär en total rätt för Instagram att använda bilderna. Det öppnar upp möjligheten för Instagram att på olika sätt i kommersiellt syfte utnyttja verken. Bland annat kan Instagram sätta ihop en databas på liknande sätt som i Wikimedia-målet av bilder uppladdade av användarna. Som användare av Instagram har man även accepterat dessa användarvillkor som finns. Även om du som privatperson inte har ett kommersiellt syfte med publiceringen så gör användarvillkoren att det rör sig om ett direkt kommersiellt förfogande av exemplaren.

Att på detta sätt överföra verken till allmänheten är ett sådant förfogande som principiellt sätt ska vara förbehållen upphovsmannen. Det går även att dra paralleller med användarnas uppladdning i Wikimedia-målet. Användarna laddade där upp bilderna i syfte att de skulle användas i databasen, något PMD menade inte var en tillåten överföring till allmänheten av verken. Att på

¹⁵⁷ Instagram är ett socialt nätverk för fotodelning. Se www.instagram.com.

¹⁵⁸ Instagrams användarvillkor från och med den 19 januari 2013. Hämtade den 2 mars 2018 från <https://help.instagram.com/478745558852511>.

detta sätt förfoga över verk bör därför inte heller falla inom 24 § URL:s tillämpningsområde då det oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen.

5 Panoramafrihet i Europa

5.1 Om avsnittet

Den fakultativa karaktären av art. 5.3(h) i Infosocdirektivet har lett till en fragmentering av upphovsrätten vad gäller bestämmelser av panoramafrihet inom EU. I vissa länder har införts en total panoramafrihet och verk av offentlig konst och byggnader får fritt tillgängliggöras för allmänheten. Samtidigt saknas motsvarande bestämmelser helt i andra länder. EU-kommissionen har uttalat en vilja om att harmonisera panoramafriheten men det har ännu inte skett. En översiktlig genomgång av hur England, Frankrike och Tyskland valt att göra i sin nationella lagstiftning kommer här att göras för att identifiera skillnader i panoramafriheten och vilka harmoniseringsåtgärder som behövs för att eliminera osäkerheten i vad som får mångfaldigas och tillgängliggöras för allmänhet.

5.2 Storbritannien

Storbritannien har valt att ha en bestämmelse om Panoramafrihet i sin nationella lagstiftning. Den brittiska bestämmelsen om Panoramafrihet återfinns i Section 62 CDPA¹⁵⁹ och har följande lydelse:

Section 62 Representation of certain artistic works on public display.

(1) This section applies to-

- (a) Buildings, and*
- (b) Sculptures, models for building and works of artistic craftsmanship, if permanently situated in a public place or in premises open to the public.*

(2) The copyright in such a work is not infringed by-

- (a) Making a graphic work representing it,*
- (b) Making a photograph or film of it, or*
- (c) Making a broadcast of a visual image of it.*

¹⁵⁹ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48).

(3) Nor is the copyright infringed by the issue to the public of copies, or the communication to the public, of anything whose making was, by virtue of this section, not an infringement of the copyright.

Den brittiska bestämmelsen innebär en i princip full panoramafrihet som den finns i art. 5.3(h) Infosocdirektivet. Mångfaldigandet som tillåts har dock begränsats i sin form till att endast avse grafiska verk, fotografier, filmer och videosändningar.¹⁶⁰ På ett sätt kan den brittiska panoramafriheten anses gå ett steg längre än panoramafriheten i Infosocdirektivet. Bestämmelsen omfattar inte endast verk som är placerade på allmän plats utan även platser som är öppna för allmänheten. I Infosocdirektivet används endast begreppet *public places* medan det i den brittiska lagstiftningen stadgas *public places or premises open to the public*. En sådan skillnad gör att kyrkor och museer skulle kunna omfattas av bestämmelsen.

5.3 Frankrike

Frankrike har en något annorlunda grundsyn på upphovsrätten än Sverige. Inom den franska rätten anses upphovsrätten vara en mänsklig rättighet och inte i huvudsak ett skydd grundat på kommersiellt intresse. Som en konsekvens av detta är upphovsmannens ensamrätt ofta mer långtgående och inskränkningarna i fransk rätt mer begränsande.¹⁶¹

Tidigare fanns det inget undantag för panoramafrihet i fransk rätt. Lagen tillät visserligen fotografering av offentligt placerad konst och byggnader för eget bruk, men den rätten innebar inte att verken kunde spridas vidare.¹⁶² I fransk praxis har även utarbetats ett visst undantag liknande det i 20 a § URL som gör gällande att oavsiktligt inkluderande av skyddade verk i filmer, fotografier och även marknadsföring i vissa fall kunde vara tillåtet. Högsta domstolen menade att när framställningen av det skyddade verket var av

¹⁶⁰ Waelde m.fl. s. 197f.

¹⁶¹ Olsson s. 33f.

¹⁶² Se Bouche s. 50 och 92f.

oväsentlig betydelse i helheten skedde inget tillgängliggörande för allmänheten.¹⁶³

Frankrike valde 2016 att explicit införa en bestämmelse om panoramafrihet i sin nationella rätt.¹⁶⁴ Bestämmelsen fördes in i den franska lagen om immaterialrätt¹⁶⁵ och har följande lydelse:

Article L. 122-5

Lorsque l'oeuvre a été divulguée l'auteur ne peut interdire:

[...]

11° Les reproductions et représentations d'oeuvres architecturales et de sculptures, places en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial.

[...]

Den nu införda bestämmelsen ger ett visst begränsat lagstöd för Panoramafrihet i fransk rätt. Upphovsmannen får inte förbjuda mångfaldigande och framställning av arkitektoniska verk och skulpturer, som är permanent placerade *vid allmänna vägar*, när de görs av fysiska personer om inte användandet görs i *kommersiellt syfte*.

Den franska bestämmelsen är mer begränsad än den som möjliggörs av art. 5.3(h) Infosocdirektivet. Till att börja med omfattar den endast verk placerade vid allmänna vägar och inte placerade vid allmänna platser så som det är föreskrivet i Infosocdirektivet.¹⁶⁶ Verken som får avbildas är enbart arkitektoniska verk och skulpturer. Vidare är den även begränsad till att endast tillåta användning som inte sker i kommersiellt syfte. Begreppet

¹⁶³ Spitz s. 111.

¹⁶⁴ LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁶⁵ Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁶ Jmf franska versionen av Infosocdirektivet ”*placées en permanence dans des lieux publics.*” och bestämmelsen i franska upphovsrättslagen ”*places en permanence dans des lieux publics*”.

kommersiellt syfte har inte heller definierats närmare.¹⁶⁷ Rimligtvis avses med kommersiellt syfte här det kommersiella syfte som Infosocdirektivet stadgar. Som tidigare nämnts är kommersiellt syfte inte närmre definierat i Infosocdirektivet och praxis saknas.

5.4 Tyskland

Tyskland har i nationell rätt en bestämmelse som motsvarar panoramafriheten i 5.3(h) Infosocdirektivet. Den tyska bestämmelsen återfinns i 59 § Urheberrechtsgesetz (UrhG)¹⁶⁸:

§ 59 Werke an öffentlichen Plätzen

- (1) Zulässig ist, Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Graphik, durch Lichtbild oder durch Film zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Bei Bauwerken erstrecken sich diese Befugnisse nur auf die äußere Ansicht.*
- (2) Die Vervielfältigungen dürfen nicht an einem Bauwerk vorgenommen werden.*

I paragrafens första punkt stadgas uttryckligen att det är tillåtet att mångfaldiga, sprida och offentligt tillgängliggöra verk. Verken ska befinna sig permanent vid offentliga vägar, gator eller torg. Av tysk praxis framgår att vad som utgör offentlig plats ska ges en mycket vidsträckt tolkning. I målet AIDA Kussmund¹⁶⁹ i Bundesgerichtshof var frågan om en målning av ett par läppar som fanns på ett kryssningsfartyg ansågs befinna sig permanent på offentlig plats trots att fartyget rörde på sig och befann sig på vatten. Svarande i målet var ett bolag som drev en hemsida där de erbjöd utflykter i samband med kryssningar. På bolagets hemsida fanns en bild av AIDAs

¹⁶⁷ 1709blog, *The new but narrow Freedom of Panorama*, (elektronisk källa)

¹⁶⁸ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

¹⁶⁹ Avgörande av Bundesgerichtshof 27 april 2017 – ”AIDA Kussmund” mål nr. I ZR 247/15.

kryssningsfartyg där de karaktäristiska läpparna tydligt syntes. AIDA menade att bolaget gjorde upphovsrättsintrång när de utan tillåtelse använde en bild på deras fartyg. Bolaget å sin sida hävdade att det föll under panoramafriheten. BGH valde att gå på bolagets sida och ansåg att med ”*öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen*” så avsågs allt som kan uppfattas under bar himmel och är fritt tillgängligt för alla under en längre period.

Två begränsningar har dock gjorts i den tyska bestämmelsen om panoramafrihet. För byggnader gäller panoramafriheten bara för utsidan av byggnaden. Av andra punkten i 59 § UrhG följer även att exemplarframställningen inte får ske på en annan byggnad.

Någon begränsning avseende användande i kommersiellt syfte saknas. Av avgörandet i AIDA Kussmund är det även tydligt att den tyska panoramafriheten omfattar användande som sker i strikt kommersiellt syfte.

5.5 Analys

Ovan har redogjorts för hur panoramafrihet har implementerats i engelsk, fransk och tysk rätt. Sedan tidigare har även en utförlig redogörelse av panoramafriheten i svensk rätt gjorts. Uppsatsens huvudsakliga syfte är att undersöka vad som gäller vid privatpersoners publicering av bilder föreställande offentligt placerad konst och byggnader på sociala medier. Människor rör sig i allt större utsträckning över gränserna och det är naturligt att man vill dela med sig av sina privata semesterbilder på sociala medier. Frivilligheten i undantaget för panoramafrihet i Infosocdirektivets artikel 5.3(h) har dock gjort att skillnader uppstått i ländernas lagstiftning. Denna fragmentering av upphovsrätten gör att vad som är tillåtet att fotografera och publicera i ett land kan vara olagligt i ett annat. Vilken osäkerhet och vilket behov av harmonisering som finns för att eliminera denna osäkerhet kommer här identifieras.

Jag har i min undersökning identifierat tre skillnader jag anser vara av betydelse vid en framtida harmonisering av panoramafriheten. Den första av dessa är vilka upphovsrättsliga förfoganden som panoramafriheten tillåter. Sveriges 24 § URL sticker här särskilt ut. I Frankrike, Tyskland och England föreskrivs uttryckligen att inskränkningen i upphovsmannens ensamrätt avser både exemplarframställning och tillgängliggörande till allmänheten. Den engelska bestämmelsen är dock begränsad till att enbart avse exemplarframställning i form av grafiska verk, fotografier, filmer och videosändningar. Den svenska rätten är betydligt mer komplicerad. Vid en överföring till allmänheten måste en bedömning ske med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall.¹⁷⁰ Som redogjorts för tidigare anser jag inte att den nuvarande svenska lagstiftningen lämnar utrymme för att tillåta överföring till allmänheten på det sätt som sker via sociala medier. För privatpersoner blir konsekvensen att det i Sverige är tillåtet att ta bilder men inte publicera dessa på sociala medier. I tysk och engelsk rätt är det emellertid tillåtet både att ta bilder och att publicera dessa på sociala medier. I Frankrike får detta göras om det inte sker i kommersiellt syfte, hur det ska förstås mot bakgrund av de användarvillkor som finns på sociala medier är oklart.

Den andra skillnaden ligger i vilka skyddsobjekt som omfattas av panoramafriheten. Mellan de olika länderna skiljer det sig i viss mån åt vilka objekt, det vill säga vilka verk, som får avbildas inom ramen för panoramafriheten. I den tyska rätten har en begränsning gjorts till att endast avse utsidan av en byggnad. För svensk del gäller däremot att både insidan och utsidan av en byggnad får avbildas. I Frankrike har man istället valt de verk som uttryckligen nämns i Infosocdirektivet och endast arkitektoniska verk och skulpturer är föremål för panoramafriheten. Detta borde göra att det endast är verk i tredimensionell form som omfattas, exempelvis väggmålningar eller tavlor på offentlig plats faller utanför den franska bestämmelsens tillämpningsområde. Vidare så finns även viss diskrepans mellan hur länderna definierat allmän plats i sin nationella lagstiftning. Den

¹⁷⁰ Se NJA 2016 s. 212 och avsnitt 4.3.

tyska och svenska bestämmelsen är i det närmsta helt likalydande och avser allt som kan uppfattas under bar himmel och är tillgängligt för alla. Detta har i tysk rätt och AIDA Kussmund getts en mycket vidsträckt tolkning. Den engelska panoramafriheten går längre än vad som egentligen stadgas i Infosocdirektivet och tillåter exemplarframställning och mångfaldigande av verk som finns på allmän plats och på platser som är öppna för allmänheten. I motsats till dessa tre vidsträckta tolkningar av allmän plats har Frankrike i sin panoramafrihet en avgränsning som i vart fall till sin språkliga lydelse torde innebära ett snävare tillämpningsområde än det som artikel 5.3(h) möjliggör.

De små skillnaderna i vilka skyddsobjekt som omfattas och vad som avses med allmän plats kan verka obetydliga. Men här borde det finnas ett intresse hos både upphovsmän och det allmänna av ett tydligt harmoniserat regelverk. Hade regelverken varit enklare och tydligare hade den osäkerhet som finns hos vanliga människor avseende vad som är tillåtet suddats ut. Ett gemensamt regelverk hade skapat ett större incitament och gjort det enklare för det allmänna att följa lagen. Det är inte rimligt att kräva av privatpersoner att de ska lära sig det upphovsrättsliga regelverket i alla EU:s medlemsländer. Ett enklare regelverk som är gemensamt för medlemsländerna hade även lett till att privatpersoner i större mån respekterat upphovsrätten, vilket givetvis hade varit till gagn för upphovsmännen.

Den tredje och sista skillnaden handlar om det kommersiella syftet. Frågan har berörts tidigare i framställningen när utvecklingen på EU-nivå har diskuterats. Bland annat har EU-parlamentet röstat om ett förslag att införa ett tvingande undantag för panoramafrihet om användandet inte sker i kommersiellt syfte. Förslaget röstades ner och det är tydligt att en konsensus om hur en harmoniserad panoramafrihet ska se ut saknas bland medlemsländerna. Skulle man vid en harmonisering välja att begränsa undantaget till att endast tillåta användning i icke kommersiellt syfte är det av yttersta vikt att vad som ska förstås med kommersiellt syfte tydligt definieras. Detta gäller inte minst för plattformar som Wikimedia. Wikimedia

tillhandahöll sin databas utan kommersiellt syfte. En databas av sådant slag är däremot som HD konstaterat inte av obetydligt ekonomiskt värde. Hur detta ska förstås gentemot ett kommersiellt syfte bör ske på liknande sätt inom hela EU. För publicering av bilder på sociala medier är bedömningen också av stor vikt mot bakgrund av de användaravtal som där finns. Bör en bedömning av det kommersiella syftet ske mot bakgrund av det kommersiella värdet i ett upphovsrättsligt förfogande av verk eller är det endast syftet hos den som gjort en överföring till allmänheten som är av betydelse?

6 Avslutande kommentarer

Inledningsvis kan konstateras att både EU och Sverige har misslyckats med att anpassa panoramafriheten till den digitala utvecklingen. Inom EU är det svårt att veta vad som gäller i de olika länderna till följd av att undantagen är frivilliga. För svensk del har den digitala utvecklingen helt förbisetts i 24 § URL och som en konsekvens torde det i dagsläget inte vara tillåtet att på sociala medier publicera bilder av offentligt placerad konst och byggnader. Inom EU har en vilja uttryckts att harmonisera lagstiftningen om panoramafrihet men sedan 2016 har inget konkret skett. Jag har svårt att tro att vare sig EU eller den svenska lagstiftaren är nöjda med en ordning som kan innebära att det i vissa fall är otillåtet att på sociala medier publicera sina semesterbilder. Den svenska lagstiftaren har varit förvånansvärt passiv efter att avgörandet i Wikimedia-målet kom. Avgörandet i sig utgör inte någon förändring av vad som tidigare var gällande rätt. Det gjorde det däremot smärtsamt uppenbart att den svenska lagstiftningen inte följt med i den digitala utvecklingen.

För att återkoppla till uppsatsens övergripande frågeställning, nämligen om privatpersoner får publicera bilder av offentlig konst på sociala medier enligt svensk rätt. Den för detta sammanhanget mest intressanta bestämmelsen är 24 § URL. HD har i Wikimedia-målet fastslagit vad som är gällande rätt med avseende på begreppet avbilda. Vid bestämmelsens uppkomst har det framhållits att offentligt placerad konst på ett sätt kan anses ha tillfallit det allmänna och därför också självklart ska vara fritt för alla och envar att avbilda. Detta är dock i dagsläget bara fallet i den fysiska miljön. Lagen ger i sin nuvarande utformning förmodligen ingen rätt att på sociala medier ladda upp bilder av offentligt placerade konstverk och byggnader.

Visst utrymme bör finnas att i några undantagsfall tillämpa 20 a § URL vid publicerandet av bilder på offentlig konst på sociala medier. En bedömning får då ske i varje enskild bild av verkets funktion och omfattning i bilden.

Bestämmelsen har inte beaktats för det här syftet i lagstiftningsarbetet och ger upphov till tillämpningsproblem.

I teorin ger den nuvarande svenska ordningen således upphov till en stor osäkerhet och svårigheter att veta vad man får och inte får publicera på sociala medier. Privatpersonerna måste själva kontrollera om det finns något i bilden som kan vara skyddat i upphovsrätten vilket gör att många upphovsrättsliga frågor måste besvaras. Är det ett konstnärligt verk eller byggnad i bilden? Har verket i bilden uppnått verkshöjd? En fråga som för speciellt byggnader inte är helt enkel. Vem är upphovsman och dog han för över 70 år sedan? Utgör verket en oväsentlig del av bilden? Detta är frågor som inte ens för juristen är enkla att besvara. För en vanlig person utan särskilt konstintresse lär det vara en omöjlighet. Det får dock ses som högst osannolikt att upphovsmän skulle börja kräva personer som laddat upp semesterbilder av konstverk på ersättning.

Vidare har uppsatsen undersökt den fragmentering som finns i medlemsländernas upphovsrättslagstiftning med avseende på panoramafriheten och vilken harmonisering som behöver ske främst för att eliminera osäkerheten vad gäller just möjligheten att fotografera offentliga konstverk och byggnader. Undersökningen har gjorts genom att översiktligt jämföra lagstiftningen i svensk, tysk, fransk och engelsk rätt.

Tre stycken områden har identifierats som behöver vara föremål för en harmonisering för att eliminera osäkerheten. Först och främst handlar det om en harmonisering av vilka upphovsrättsliga förfoganden som panoramafriheten ska tillåta. Ska panoramafriheten innefatta både en rätt till exemplarframställning och tillgängliggörande till allmänheten?

Det andra området handlar om vilka skyddsobjekt som ska vara föremål för panoramafriheten. Bland medlemsländerna finns det en diskrepans mellan både vilka alster som omfattas och platserna där de är placerade. Bland annat är den franska rätten begränsad till arkitektoniska verk och skulpturer medan

exempelvis den svenska omfattar konstverk och byggnader vilket utgör ett betydligt större antal former av upphovsrättsligt skyddade verk.

Det tredje området är det av allra störst betydelse nämligen hur ett kommersiellt syfte ska förstås. Detta är inte minst av betydelse för organisationer som Wikimedia vars verksamhet inte sker i kommersiellt syfte eller med vinstintresse utan syftar till att bidra till ett kulturutbyte och informationsfrihet. Deras verksamhet har dock som HD konstaterade i Wikimedia-målet ett inte obetydligt kommersiellt värde. Det är också av stor vikt att veta hur detta ska förstås mot bakgrund av de användaravtal som finns på sociala medier som gör att användarnas uppladdning i vart fall ges ett indirekt kommersiellt syfte.

Jag avslutar här med en förhoppning om att lagstiftaren ska göra stads- och landskapsbilden fri för alla att återge med alla dess enskildheter, även på internet.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Departementsserien

Ds 1996:61 – Kassetersättning m.m.

Ds 2007:29 – Musik och film på Internet – Hot eller möjlighet?

EU-Kommissionen

COM (2015) 626 – Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten

Nytt juridiskt arkiv, avdelning II

NJA II 1961 – Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Rätt till fotografisk bild

Statens offentliga utredningar

SOU 1956:25 – Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1990:30 – Översyn av upphovsrättslagstiftningen

SOU 2011:32 – En ny upphovsrättslag

Propositioner

Prop. 1960:17 – Till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.

Prop. 1992/93:214 – Om ändringar i upphovsrättslagen

Prop. 2004/05:110 – Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

Utländska författningar

Code de la propriété intellectuelle

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

Copyright, Designs and Patents Act 1988

Litteratur

Björkenfeldt, Mats, *Offentlig konst mindre offentlig. Kommentar till Högsta domstolens beslut den 4 april 2016 (NJA 2016 s. 212)*, NIR 2016:3

Björkland, Malin, *Arkitekters upphovsrätt*, Juristförlaget, 1993

Bouche, Nicolas, *Intellectual Property Law in France*, Kluwer Law International, 2011

Davies, Colin & Cheng, Tania, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Kluwer Law International, 2011

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Kur, Annette med Levin, Marianne, *Intellectual property rights in a fair world trade system – Proposals for Reform of TRIPS*, 1 uppl., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 11 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2017

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 2 uppl., Gleerups, 2011

Nordell, Per Jonas, *Rätten till det visuella*, Jure, 1997.

Olsson, Henry, *Copyright – Svensk och internationell upphovsrätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik, 2015

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Norstedts Juridik, 2015

Senftleben, Martin, *Copyright: Limitations and the three-step-test, an analysis of the three-step-test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law international, Haag, 2004

Spitz, Brad, *Guide to copyright in France*, Kluwer Law international,

Waelde, Charlotte m. fl, *Contemporary Intellectual Property*, 3 uppl., Oxford University Press, 2016

Westman, Daniel, *Avbildning av konstverk och byggnader på internet*, NIR 2013:6

Elektroniska källor

Källorna är senast kontrollerade 2018-05-21.

Internetstiftelsen i Sverige, *Svenskarna och internet 2017*
https://www.iis.se/docs/Svenskarna_och_internet_2017.pdf

Offentlig konstns webbsida
www.offentligkonst.se

Tidslinje över Wikimedia-målet
https://se.wikimedia.org/wiki/Offentligkonst.se/Om_projektet/Tidslinje_%C3%B6ver_st%C3%A4mningen.

Karnov nyheter, Jan Rosén, *Upphovsrättslagen ger inte rätt att överföra verk via internet till allmänheten*

<https://www.karnovgroup.se/blogg/upphovsrattslagen-ger-inte-ratt-att-overfora-verk-via-internet-till-allmanheten>.

Instagrams användarvillkor från och med den 19 januari 2013
<https://help.instagram.com/478745558852511>.

European Parliament News pressmeddelande, *Copyright reform: promote cultural diversity and ensure access to it, say MEPs*
<http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20150703IPR73903/copyright-reform-promote-cultural-diversity-and-ensure-access-to-it-say-meps>

Julia Reda, *Freedom of panorama under threat*
<https://juliareda.eu/2015/06/fop-under-threat/>

1709blog, *The new but narrow Freedom of Panorama*
<http://the1709blog.blogspot.se/2016/10/the-new-but-narrow-french-freedom-of.html>.

SVT Nyheter, *Brottsligt sprida bilder av offentligt[sic!] konst på nätet*
<https://www.svt.se/kultur/konst/brottsligt-sprida-bilder-av-offentligt-konst-pa-natet>

Julia Reda rapporten(2014/2256(INI))
https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report.pdf

Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI))
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+XML+V0//EN>

Lagkommentarer

Zeteo – Olsson, Henry & Rosén, Jan, *Upphovsrättslagstiftningen*,

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

NJA 1986 s. 702

NJA 1993 s. 263

NJA 1998 s. 563

NJA 2004 s. 149

NJA 2010 s. 135

NJA 2016 s. 212

PMT 8448-14

Bundesgerichtshof

Mål I ZR 247/15 – AIDA Kussmund

EU-domstolen

Mål C-306/05 – SGAE

Mål C-466/12 – Svensson

Mål C-160/15 – GS Media

Mål C-610/15 – Stichting Brein