

Avbildning av konstverk och byggnader på internet

Av jur. kand. Daniel Westman

1. Inledning

Inskränkningarna i 2 kap. lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen) tar sikte på olika delar av upphovsmannens ensamrätt. I vissa fall anges uttryckligen att den aktuella inskränkningen gäller exemplarframställning. I andra fall framgår att inskränkningen (även) omfattar tillgängliggörande för allmänheten (antingen i alla dess former eller endast i form av spridning, visning, framförande eller överföring). I ytterligare andra fall är det mer oklart vilka delar av ensamrätten som en bestämmelse tar sikte på. Detta beror typiskt sett på att inskränkingsbestämmelsen inte knyter an till den terminologi som används i 2 §.

24 § upphovsrättslagen inskränker upphovsmannens ensamrätt bl.a. på så sätt att konstverk som stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utomhus får *avbildas*. Vidare framgår att byggnader fritt får avbildas. Syftet med denna artikel är att undersöka om 24 § ger rätt att via internet *överföra* bilder av konstverk och byggnader till allmänheten eller om bestämmelsen endast tillåter framställning av exemplar (och spridning av dessa exemplar i fysisk form). Centralt blir därmed bl.a. hur själva begreppet "avbilda" ska förstås. I den ledande kommentaren till upphovsrättslagen, författad av Henry Olsson, anges att begreppet "avbildning" inte "täcker [...] det fallet att en bild läggs ut på en hemsida. I dessa fall är det istället fråga om ett tillgängliggörande för allmänheten".¹ Någon närmare motivering eller källangivelse lämnas inte.

Då digitalisering både har förändrat själva fotograferandet och distributionen av bilder finns det anledning att närmare undersöka hur den aktuella bestämmelsen ska tolkas. Är det verkligen så att semesterbilder på byggnader och utomhusskulpturer inte får läggas ut på digitala fototjänster utan arkitektens eller konstnärens samtycke? Begår företag som Google och Hitta upphovsrättsintrång när de automatiskt fotograferar det offentliga rummet och skapar nättjänster som gör det möjligt att se gatuvyer etc.?

¹ Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen*, Norstedts Juridik, Zeteo, kommentaren till 24 § upphovsrättslagen (besökt 2013-12-14).

2. Bestämmelsens historia och dess innebörd enligt de ursprungliga förarbetena

24 § upphovsrättslagen fick sin nuvarande lydelse i samband med genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet) år 2005. Några ändringar av de här aktuella delarna av bestämmelsen bedömdes emellertid inte vara nödvändiga med anledning av direktivet.² Bestämmelsens närmare innebörd får därmed i första hand sökas i äldre förarbetsuttalanden, doktrin m.m.³

Rätten att avbilda konstverk som stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats respektive byggnader har gamla anor. En bestämmelse med denna innebörd fanns med i 1960 års upphovsrättslag (då i 25 §), men även i 7 § i 1919-års lag om rätt till verk av bildande konst. Med ”avbilda” förstås enligt Auktorrättskommittén olika typer av reproduktion i planet. Därmed omfattas inte framställningar av verket i tredimensionell form.⁴ Digitala bilder kan utgöra avbildningar. Det framgår om inte annat indirekt av 24 § p. 3, där det anges att rätten att avbilda konstverk i kataloger inte gäller just bilder i digital form. Om begreppet avbilda i sig inte skulle omfatta digital reproduktion skulle denna begränsning naturligtvis inte var nödvändig.

Därutöver står det enligt min mening klart att den aktuella bestämmelsen omfattar, åtminstone vissa former av, tillgängliggörande för allmänheten. Att framställda fysiska exemplar får *spridas* är t.ex. tydligt. Begreppet ”avbilda” användes i flera av bestämmelserna i 1960 års upphovsrättslag. En naturlig utgångspunkt vid all lagtolkning är att ett begrepp har samma innebörd när det används i olika bestämmelser i en lag. I den ursprungliga 15 § anges att offentliggjort konstverk ”må avbildas i tidning eller tidskrift” under vissa förutsättningar.⁵ Denna användning av begreppet gör det uppenbart att även tillgängliggöranderätten omfattas av inskränkningen. Att tidningar och tidskrifter vid denna tidpunkt endast fanns i fysisk form innebär att inskränkningen vid den aktuella tidpunkten endast fick betydelse för spridningsrätten. Någon formell avgränsning till denna form av tillgängliggörande för allmänheten gjordes emellertid inte.

Även av 25 § i 1960 års upphovsrättslag (som innehöll den regleringen som idag finns i 24 §) framgår att inskränkningen också avser (vissa former) av tillgängliggörande för allmänheten. Den del av bestämmelsen som ger rätt att avbilda konstverk som ingår i en samling eller som ställs ut eller bjuds ut till försäljning anger t.ex. att konstverket får avbildas ”i meddelande om utställningen”, dvs. när den marknadsförs.⁶ Av motiven till bestämmelsen om fri av-

² Prop. 2004/05:110 s. 225.

³ Den *tolkning* av bestämmelsen som gjordes i samband med genomförandet av direktivet redovisas i avsnitt 3. *EU-rättens* betydelse för tolkningen av den aktuella bestämmelsen diskuteras i avsnitt 5 nedan.

⁴ NJA II 1961 s. 202.

⁵ NJA II 1961 s. 135 ff.

⁶ NJA II 1961 s. 199.

bildning av konstverk på eller vid allmän plats framgår att denna bestämmelse ger rätt att avbilda konstverk som huvudmotiv på vykort.⁷

3. Senare lagstiftningsärenden samt doktrin

Bestämmelsen i 24 § har varit föremål för behandling i senare lagstiftningsärende, dock utan att bestämmelsen ändrats i den del den rör avbildning av konstverk på eller vid allmän plats eller av byggnader. Dessa uttalanden har alltså inte ställning som en auktoritativ rättskälla vid tolkningen av bestämmelsen.⁸ Däremot kan förarbetsuttalanden av detta slag – liksom uttalanden i doktrinen – naturligtvis innehålla sakliga argument som påverkar hur bestämmelsen bör tolkas.

Förslag på att begränsa bestämmelsens tillämpningsområde har framförts, men inte genomförts. Dessa förslag har dock inte handlat om att undanta rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten från bestämmelsens tillämpningsområde, utan tagit sikte på bestämmelsens utformning i andra hänseenden. Upphovsrättsutredningen (SOU 1990:30) föreslog att avbildningar där konstverket utgjorde huvudmotivet skulle undantas. Departementschefen framhöll emellertid att det inte fanns tillräckliga skäl för en sådan begränsning, bl.a. mot bakgrund av att bestämmelsen då skulle bli svårtillämpad.⁹ Ett liknande förslag har emellertid trots detta ställningstagande återkommit i en senare departementspromemoria.¹⁰

Nordell kategoriserar i sin avhandling den aktuella bestämmelsen som en inskränkning som ”både innefattar exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten”.¹¹ Han framhåller att ”[i]nskränkningarna [...] på sätt och vis [har] längre räckvidd än 12 § URL [kopiering för privat bruk], eftersom någon inskränkning med hänsyn till vidareutnyttjanden inte finns stadgad i 24 §. Därmed borde avbildningen få visas eller eljest spridas till allmänheten”.¹²

I propositionen som behandlade det svenska genomförandet av Infosoc-direktivet konstaterades – mest i förbigående – att den svenska bestämmelsen om fri avbildning av byggnader inte går så långt som direktivet ”som ju tillåter att inskränkning görs även i rätten till överföring till allmänheten”.¹³ Som nämndes i inledningen knyter Olssons kommentar an till denna tolkning och anger att begreppet ”avbildning” inte ”täcker [...] det fallet att en bild läggs ut på en hemsida. I dessa fall är det istället fråga om ett tillgängliggörande för allmänheten”.¹⁴

Upphovsrättsutredningen (SOU 2011:32), som bl.a. hade till uppgift att göra en språklig och redaktionell översyn av upphovsrättslagen, konstaterade i sitt

⁷ NJA II 1961 s. 202.

⁸ Jfr t.ex. RÅ 1987 ref. 45 samt lagrådets yttrande i prop. 1999/2000:35 s. 63.

⁹ Prop. 1992/93:214 s. 100.

¹⁰ Ds 1996:61 s. 83 f.

¹¹ Nordell, Per Jonas, *Rätten till det visuella*, 1997, s. 257 ff.

¹² A.a. s. 263 f.

¹³ Prop. 2004/05:110 s. 230.

¹⁴ Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstifningen*, Norstedts Juridik, Zeteo, kommentaren till 24 § (besökt 2013-12-14).

slutbetänkande att begreppet avbilda ”varit föremål för olika diskussioner och tolkningar”.¹⁵ Utredaren ansåg att ”ordet avbilda inte [kunde] anses rymma annat än exemplarframställning”, men konstaterade samtidigt att ”bestämmelsen möjligen indirekt får anses ge rätt till viss begränsad spridning av exemplaren”.¹⁶ I betänkandet föreslogs att begreppet ”avbilda” skulle ersättas med uttrycket ”genom avbildning framställa exemplar”. Utredningens förslag bereds för närvarande inom regeringskansliet.

4. Något om motsvarande bestämmelser i nordisk rätt

Regler om fri avbildning av konstverk och byggnader finns även i övriga nordiska upphovsrättslagar. I flera länder har emellertid undantagsbestämmelsen beträffande konstverk på eller vid allmän plats begränsats så att det fria återgivandet inte gäller i fall där konstverket utgör huvudmotivet och bilden används i förvärvssyfte.

Enligt den *finska upphovsrättslagen* får konstverk avbildas om verket är stadigvarande placerat på eller vid en allmän plats. Om ett konstverk är huvudmotivet för en bild får bilden inte användas i förvärvssyfte. En bild i anknytning till text får dock publiceras i en tidning eller tidskrift. Byggnader får fritt avbildas (25 a § mom. 3 och 4). I samband med genomförandet av Infosoc-direktivet uttalade regeringen att bestämmelsen ”enligt sin lydelse omfattar [...] även användning i digital form, inklusive överföring till allmänheten”.¹⁷

Regleringen i den *norska ändverksloven* är liknande, men numera utan rätten att publicera en bild där konstverket är huvudmotivet i en tidning eller tidskrift (§ 24). Av en äldre lydelse av denna bestämmelse framgår uttryckligen att begreppet avbildning anses innefatta ”kringkastning”, dvs. utsändning av konstverk.¹⁸

§ 24 i den *danska ophavsretsloven* har samma innehåll som den norska. I den ledande danska lagkommentaren anges – dock utan närmare motivering eller källangivelse – att bestämmelsen endast gäller exemplarframställning och spridning.¹⁹

5. EU-rättens betydelse

Artikel 5.3 h) i Infosoc-direktivet tillåter att medlemsstaterna gör inskränkningar i såväl exemplarframställningsrätten som rätten att överföra verket till allmänheten beträffande ”[a]nvändning av verk, till exempel arkitektoniska verk eller skulpturer, avsedda att vara stadigvarande placerade på allmän plats”.²⁰ Det kan noteras att bestämmelsen, i motsats till vissa andra inskränkningar i artikel

¹⁵ SOU 2011:32 s. 171.

¹⁶ SOU 2011:21 s. 172.

¹⁷ RP 28/2004 rd s. 37.

¹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 100.

¹⁹ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5:e uppl., 2011, s. 350.

²⁰ Om medlemsstaterna får föreskriva inskränkningar i rätten till mångfaldigande får de enligt artikel 5.4 även föreskriva inskränkningar i spridningsrätten ”i den utsträckning som är motiverad med hänsyn till syftet med det tillåtna mångfaldigandet”.

5.2 eller 5.3, inte uttryckligen är begränsad till icke-kommersiella utnyttjande eller uppställer krav på att upphovsmannen ska ges rimlig kompensation för användningen.

Inskränkningarna i artikel 5.2 och 5.3 är inte obligatoriska, utan uppställer den yttre gränsen för vilka inskränkningar som medlemsstaterna får införa i den harmoniserade ensamrätten. Om en medlemsstat väljer att, inom denna gräns, införa en inskränkning åtnjuter den enligt EU-domstolen ”ett stort utrymme för skönsmässig bedömning”.²¹ Enligt domstolen är varje medlemsstat bäst skickad att utifrån nationella behov bestämma kraven för den aktuella inskränkningens tillämplighet. Därtill kommer att det enligt EU-rätten är medlemsstaternas ansvar att fastställa relevanta kriterier för att säkerställa att ett direktiv följs.

Likväl ska de skönsmässiga bedömningar som medlemsstaterna gör rymmas inom unionsrätten. EU-domstolen har angivit ett antal faktorer som kan begränsa medlemsstaternas skönsmässiga bedömning. Domstolen har framhållit att medlemsstaterna lojalt måste tillämpa unionsrättsliga principer, t.ex. proportionalitetsprincipen. Det innebär bl.a. att de inskränkningar som införs måste vara ägnade att säkerställs att det eftersträvade målet uppnås, och de får inte vara mer långtgående än vad som krävs för att detta mål ska uppnås.²² Inskränkningar får inte utformas och tillämpas på ett sätt om äventyrar det övergripande målet med Infosoc-direktivet, dvs. att skapa en hög skyddsnivå för upphovsmän.²³ Kravet på rättsäkerhet innebär vidare att förutsättningarna för att tillämpa den nationella inskränkningen inte får vara helt skönsmässiga.²⁴ I den utsträckning som en inskränkning i Infosoc-direktivet måste tolkas ska tolkningen vara restriktiv.²⁵ Slutligen begränsas medlemsstaternas skönsmässiga bedömning av den s.k. *trestegsregeln* i artikel 5.5, som anger att inskränkningarna i direktivet endast får tillämpas ”i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen”.²⁶

Den tolkning som ska göras kan påverkas av om den aktuella inskränkningen helt eller delvis avser att säkerställa en annan grundläggande rättighet, t.ex. yttrandefriheten. I dessa fall blir det på en övergripande nivå nödvändigt att göra en avvägning mellan de båda rättigheterna, dels i samband med utformningen av nationella regler, dels vid tillämpningen av de nationella reglerna.

6. Analys

Rent logiskt finns det två olika tolkningar av 24 § upphovsrättslagen som möjliggör spridning på ett sådant sätt som förutsatts i 1960 års upphovsrättslag och dess förarbeten. Det första alternativet är att själva begreppet ”avbilda” även

²¹ EU-domstolens dom i mål C-145/10 (Painer), punkt 101–103.

²² Painer, punkt 104–106.

²³ Painer, punkt 107.

²⁴ Painer, punkt 108.

²⁵ Jfr t.ex. EU-domstolens dom i mål C-5/08 (Infopaq I), punkt 56.

²⁶ Painer, punkt 110.

innefattar (vissa former) av tillgängliggörande för allmänheten. Det andra alternativet är att begreppet ”avbilda” bara avser själva reproduktionen, men att (vissa former av) tillgängliggöranden av de lagligt framställda exemplaren ändå underförstått anses tillåtna.²⁷

Att begreppet ”avbilda” i 1960 års upphovsrättslag används för att beskriva förfoganden i tidningar, tidskrifter och marknadsföringsmaterial, vilka är direkt avsedda att göras tillgängliga för allmänheten talar enligt min mening starkt för att begreppet som sådant även måste anses innefatta åtminstone vissa former av tillgängliggöranden för allmänheten. Senare gjorda förarbetsuttalanden om begreppets innebörd har inte ställning som auktoritativa rättskällor och har därför enligt min mening inte ändrat begreppets innebörd. Jag gör alltså på denna punkt en delvis annan bedömning än den som t.ex. Upphovsrättsutredningen gjorde.

Frågan är därmed om rätten att göra bilder tillgängliga för allmänheten enligt 24 § upphovsrättslagen är begränsad till just spridning av fysiska exemplar. Någon uttrycklig begränsning med detta innehåll finns som framgått inte i själva lagtexten eller i de ursprungliga förarbetena. Det skulle emellertid kunna argumenteras för att en sådan begränsning är *underförstådd*. Den form av tillgängliggörande av bilder som var aktuell vid lagens tillkomst var spridning av fysiska exemplar.

Mot en restriktiv tolkning talar *ändamålen* med den aktuella bestämmelsen. Till grund för bestämmelsen ligger en tanke om att det offentliga rummet utgöra ”allmän egendom”. Auktoritetskommittén framhöll att det ”självfallet [bör] vara fritt för envar att återgiva [stads- och landskapsbilden] och alla dess enskildheter”.²⁸ En upphovsman som väljer att träda in i det offentliga rummet kan inte längre göra anspråk på samma starka upphovsrättsliga skydd. Många länder i världen har därför valt att införa inskränkningar som motsvarar den svenska. I vissa länder talas uttryckligen om en ”panoramafrihet”. Bestämmelsen kan sålunda uppfattas som en av flera upphovsrättsliga balanspunkter i förhållande till *yttrandefriheten*. Dessa ändamålsskäl gör sig knappast gällande med mindre styrka i en digital miljö. Som påpekats i inledningen blir det allt vanligare att vi fotograferar vår omgivning (ibland automatiskt) och gör dessa bilder tillgängliga på nätet. En *teknikneutral* utgångspunkt talar sålunda emot att en underförstådd begränsning till vissa former av tillgängliggörande intolkas i den aktuella bestämmelsen. Framställningen i föregående avsnitt visar att motsvarande bedömning har gjorts åtminstone i Finland och Norge.

För egen del menar jag att övervägande skäl talar för att avbildningar av konstverk som stadigvarande placerats på eller vid allmän plats och av byggnader enligt *internt svenska regler* får överföras till allmänheten med stöd av 24 § upphovsrättslagen. De tolkningar som görs i kommentaren till upphovsrättslagen och lagstiftningsärenden från senare år motiveras inte närmare och tycks vara svåra att förena med begreppsanvändningen i 1960 års upphovsrättslag och än-

²⁷ Jfr Upphovsrättsutredningens ovan redovisade resonemang (SOU 2011:32 s. 171).

²⁸ NJA II 1961 s. 202.

damålen med den aktuella inskränkingsbestämmelsen. Vidare framstår det som motsägelsefullt att bestämmelsen skulle anses tillåta *försäljning* av fysiska avbildningar, t.ex. vykort, men inte icke-kommersiella överföringar av samma bild på nätet.

EU-rätten tillåter uttryckligen att begränsningar i överföringsrätten görs beträffande användning av verk, till exempel arkitektoniska verk eller skulpturer, avsedda att vara stadigvarande placerade på allmän plats (artikel 5.3 h). Det kan sålunda redan på denna grund konstateras att en direktivkonform tolkning inte kräver att överföring till allmänheten *generellt* anses falla utanför inskränkningen i 24 § upphovsrättslagen. Däremot kan det inte uteslutas att EU-rätten kräver att bestämmelsen ges en mer restriktiv tillämpning i något annat hänseende. Det skulle t.ex. kunna handla om att intolka en begränsning gällande vissa typer av direkt kommersiella utnyttjanden av konstverk.²⁹ EU-domstolens rättspraxis rörande inskränkingsbestämmelser ger emellertid ingen tydlig vägledning om detta verkligen krävs. Den svenska bestämmelsen uppvisar stora likheter med artikel 5.3 h). Det har därför endast i begränsad omfattning varit nödvändigt för Sverige att utnyttja det utrymme för skönsmässig bedömning som en medlemsstat har vid genomförandet av ett direktiv. Förutsättningarna för att alls tillämpa de unionsrättsliga tolkningsprinciper som EU-domstolen har utvecklat är därmed begränsat. Till saken hör att artikel 5.3 f), i motsats till andra inskränkingsbestämmelser, inte uttryckligt har begränsats till icke-kommersiella förfoganden eller villkorats av att upphovsmannen ges ersättning. Därtill kan läggas att 24 § tar sikte på en specifik situation, i vilken det finns starka ändamålsskäl för en inskränkning i ensamrätten. Trestegsregeln kan emellertid tala för en restriktiv tolkning när det gäller kommersiella utnyttjanden som direkt tar sikte på ett avbildat konstverk.

Min slutsats är sammanfattningsvis att bilder på konstverk och byggnader på allmän plats får överföras till allmänheten med stöd av 24 §, åtminstone när det inte handlar om kommersiella förfoganden som specifikt tar sikte på avbildade konstverk.

²⁹ En skillnad är att direktivbestämmelsen saknar "eller vid" (allmän plats). En annan skillnad är att inskränkningen beträffande byggnader i direktivet tycks vara begränsad till byggnader på allmän plats. Eftersom direktivets begrepp är EU-autonoma och sålunda inte givet har samma innebörd som motsvarande svenska begrepp är det svårt att bedöma om dessa skillnader får några direkta sakliga konsekvenser.