

I gränslandet mellan upphovsrätt och informationsfrihet

Henrik Bengtsson

1. Inledning

Frågan om upphovsrätten i vissa situationer kan behöva stå tillbaka för yttrandefrihetsintressen har under den senaste tiden fått förnyad aktualitet. I Sverige genom domar i målen mellan den Sverigedemokratiska riksdagsledamoten och ekonomisk-politiska talesmannen Kent Ekeroth och Dagens Media¹ respektive Göteborgsposten² med anledning av tidningarnas publicering av bilder ur den s.k. järnrörsfilmen, i ett pågående mål mellan Kent Ekeroth och Sveriges Television³ som också rör bilder ur nämnda film och i ett mål rörande Dagens Nyheters publicering av en bild av Kristdemokraternas partiledare iförd en t-shirt som uppfattades uttrycka stöd för den israeliska försvarsmakten⁴. I Europa har frågan kommit upp dels genom Europadomstolens dom i *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike* dels genom EU-domstolens domar i bland annat *Scarlet Extended*⁵ *UPC Telekabel*⁶ respektive *Deckmyn*⁷.

¹ Lunds tingsrätts mål nr FT 1046-14.

² Göteborgs tingsrätts mål nr FT 2591-14, domen är överklagad till Hovrätten för Västra Sverige, mål nummer 2348-15, målet var vid manusläggning pågående.

³ Stockholms tingsrätt mål nr T 8685-15, målet var vid manusläggning pågående.

⁴ Stockholms tingsrätt mål nr T 8915-15, målet var vid manusläggning pågående.

⁵ Mål nr C-70/10 (*Scarlet Extended*).

⁶ Mål nr C-314/12 (*UPC Telekabel*).

⁷ Mål nr C-201/13 (*Deckmyn*).

Spänningsfältet mellan å ena sidan informationsfrihet⁸ och å andra sidan upphovsrätt uppstår i olika situationer, det kan vara fråga om allmänhetens intresse att ta del av ett upphovsrättsligt skyddat alster i nyhetsförmedling, det konstnärliga intresset att förfoga över ett upphovsrättsligt skyddat alster inom ramen för ett konstverk, intresset av att förfoga över ett upphovsrättskyddat alster i ett parodiskt eller satiriskt sammanhang eller allmänhetens intresse av att ta del av innehåll på internet. Jan Rosén har ägnat detta spänningsfält stort intresse i sina publikationer⁹ och föredrag¹⁰.

Den svenska Högsta domstolen har historiskt intagit en mycket restriktiv och lagstiftarlojal hållning när den bedömt motsatsförhållandet mellan upphovsrätt och motstående intressen, däribland informationsfriheten, och har ansett att avvägningen mellan upphovsrätt och informationsfrihet redan är hanterad inom ramen för upphovsrättslagen genom undantagen från ensamrätten i 2 kapitlet upphovsrättslagen.¹¹ Möjligheten att sätta informationsfrihetsin-

⁸ I denna artikel används begreppet informationsfrihet som en samlingsbeteckning för de rättigheter som följer av artikel 10 EKMR respektive artikel 11 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (enligt Förklaringen avseende Stadgan om de grundläggande rättigheterna [OJ 2007/C 303/02] korresponderar dessa artiklar med varandra). Informationsfriheten i artikel 10(1) omfattar rätten till (i) yttrandefrihet (ii) åsiktsfrihet och (iii) rätten att ta emot, söka och sprida information).

⁹ Ur Jan Roséns författarskap märks bl.a. följande publikationer, som rör gränslandet mellan upphovsrätt och informationsfrihet/yttrandefrihet; Jan Rosén *Copyright in perspective: external limitations on copyright* in Quo vadis, Copyright? EBU Copyright Symposium Barcelona 20060331; Jan Rosén; *Copyright and Freedom of expression: Private Law in a Constitutional Context* in Paul Torremans (Ed.) *Copyright law: A handbook of contemporary research* 355, 364 (2007) och Rosén, Jan. *Freedom of expression in lineage with author's rights*, NIR 2007 s. 1.

¹⁰ SKAP Föreningen Svenska Kompositörer Av Populärmusik 5 juli 2011; IFIM Lunchseminarier 24 september 2013 Jan Rosén "Min upphovsrätt eller din yttrandefrihet – balans eller obalans i nya medier?".

¹¹ Jfr NJA 1985 s. 893 (Manifestet) "Vad sålunda har anförts leder till slutsatsen att uppgiften att i sådana tyf fall som nu åsyftas begränsa straffansvaret för upphovsrättsintrång till förmån för ett motstående yttrandefrihetsintresse bör förbehållas lagstiftaren." NJA 1986 s. 702 (Wickstrand) "[...] Mot denna bakgrund är det tydligt att upphovsmännens rätt att förfoga över sina verk utgör en så att säga fullständig och heltäckande rätt varifrån vissa i lag särskilt angivna undantag har gjorts i syfte att tillgodose samhällsintressen. Med denna uppbyggnad av lagen finns endast ett synnerligen begränsat utrymme för domstolarna att i lagen in tolka andra begränsningar av upphovsmännens rätt än dem som är angivna i lagen. Det synes vara nära nog uteslutet att uppställa sådana begränsningar i syfte att tillgodose andra

tresset före upphovsrätten har enligt Högsta domstolen varit begränsat till mycket speciella fall, i princip endast till nödsituationer.¹²

Som kommer att framgå nedan kommer Högsta domstolens restriktiva hållning med största sannolikhet att behöva nyanseras eftersom det såväl av Europadomstolens¹³ som av EU-domstolens¹⁴ avgöranden följer en tydlig skyldighet för nationella domstolar att balansera de fundamentala rättigheterna, däribland informationsfrihetsintresset, mot upphovsrätten. Frågan om balansen mellan upphovsrätt och informationsfrihet lär vara fortsatt aktuell, bland annat inom ramen för Europaparlamentets pågående översyn av Infosocdirektivet.¹⁵

2. Balansen mellan upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter – intern eller extern lösning?

Att det kan finnas en motsättning mellan å ena sidan upphovsrättens ensamrättsskydd och å andra sidan yttrandefriheten och allmänhetens intresse av att ta del av information följer redan av att det i Bernkonventionen, men också i Infosocdirektivet och upphovsrättslagen, finns ett flertal undantag från upphovsrätten syftet med vilka är att tillgodose informationsfriheten. I den upphovsrättsliga doktrinen

intressen än samhällets, såsom kommersiella intressen.” NJA 1993 s. 263 (Arkitekt ritningar) ”Sådana inskränkningar syns nära nog uteslutna för andra fall än när den uppkomna situationen är atypisk och knappast förutsedd av lagstiftaren samt starka samhällsintressen kan åberopas; regleringen av mer förutsebara fall av konflikt mellan uphovsmännens individuella intressen och motstående intressen måste förbe hållas lagstiftaren. (Jfr NJA 1986 s 702.)”.

¹² Se Bernitz, Liv; *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision* i SvJT 2000 s. 345.

¹³ Se ECtHR (5th section), 10 January 2013, case of Ashby Donald and others v. France, No. 36769/08.

¹⁴ Se bl.a. mål nr C-275/06 (Promusicae), mål nr C-73/07 (Satamedia) respektive mål nr C-70/10 (Scarlet Extended).

¹⁵ Se Committee on Legal Affairs Draft Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI)) 14.1.2015.

har det länge diskuterats huruvida motsatsförhållandet mellan upphovsrätt och informationsfrihet är en *intern* upphovsrättslig fråga där lagstiftaren redan löst balansakten inom ramen för undantagen från och inskränkningarna av ensamrätten eller om det är en *extern* fråga på så vis att upphovsrätten alltid skall vägas mot informationsfriheten och att informationsfriheten kan begränsa den upphovsrättsliga ensamrätten utöver de undantag och begränsningar som följer av upphovsrättslagstiftningen.¹⁶

I Sverige tycks lagstiftare och domstolar ha betraktat konflikten som en *intern* upphovsrättslig fråga där undantag från ensamrätten måste föreskrivas i lag (se vidare nedan punkten 5). I EU:s sekundär-lagstiftning och i EU-domstolens och Europadomstolens praxis framtonar numera emellertid ett tydligt *externt* perspektiv där upphovsrätten ska balanseras mot andra grundläggande rättigheter. Detta perspektiv framgår också tydligt av beaktandesats 2 till direktiv 2004/48/EG (sanktionsdirektivet):

”Skyddet för immateriella rättigheter bör ge uppfinnaren eller nyskaparen förutsättningar att kunna göra en rimlig förtjänst på sin uppfinning eller nyskapelse. Det bör dessutom möjliggöra en maximal spridning av verk, idéer och ny kunskap. *Samtidigt bör det varken hindra yttrandefrihet, ett fritt informationsutbyte eller skydd för personuppgifter inte heller på Internet.*” [min kursivering]

3. Balansen mellan egendomsskydd och informationsfrihet i Europadomstolens praxis

Sedan Europadomstolens dom i *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*¹⁷ 2007 råder det ingen tvekan om att immateriella rättigheter omfattas av egendomsskyddet i artikel 1 i första tilläggsprotokollet till Euro-

¹⁶ Se bl.a. Birnhack, Michael D; *Acknowledging the Conflict between Copyright Law and Freedom of Expression under the Human Rights Act* i Tel Aviv University Law Faculty Papers 2008, s 3, Rosén, Jan. *Freedom of expression in lineage with author's rights*, NIR 2007 s 1.

¹⁷ ECtHR (Grand chamber), 11 January 2007, case of *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, No. 73049/01.

pakonventionen. Genom Europadomstolens domar i *Melnychuk v. Ukraine*¹⁸, *Ashby Donald and others v. France*¹⁹ respektive *Neij and Kolmisoppi v. Sweden*²⁰ står det också klart att upphovsrätt i synnerhet omfattas av egendomsskyddet i artikel 1 i tilläggsprotokollet.

Europeiska Kommissionen för de mänskliga rättigheterna behandlade 1997 i ärendet *Societe Nationale de Programmes France 2 v. France*²¹ frågan om förhållandet mellan upphovsrätten och informationsfriheten. Ärendet rörde en dom från franska Cour de Cassation där domstolen fann att en TV-kanal som hade sänt bilder på fresker av en konstnär i ett TV-program gjorde intrång i konstnärens upphovsrätt. Kommissionen uttalade att det normalt inte var en uppgift för organen under Europakonventionen att bedöma konflikter mellan rätten att fritt sprida information och upphovsrätten till de verk som spritts. Kommissionen fann vidare att en rätt till ersättning för upphovsrättsintrång inte kom i konflikt med artikel 10 Europakonventionen och att den begränsning som ersättningsrätten innebar var nödvändig i ett demokratiskt samhälle för att skydda andra.

Europadomstolen har därefter i bland annat målen, *Ashby Donald and others v. France*, *Neij and Kolmisoppi v. Sweden*²² intagit en annan position och balanserat upphovsrätten mot informationsfriheten i artikel 10 Europakonventionen. Målet *Ashby Donald and others v. France* rörde ett franskt domstolsavgörande där tre modetografer som hade publicerat fotografier från en modevisning på Internet hade befunnits ersättningskyldiga för upphovsrättsintrång och skyldiga att publicera intrångsdomen. Europadomstolen slog fast att publiceringen av upphovsrättsligt skyddade bilder på internet omfattas av skyddet för yttrandefriheten enligt artikel 10 (1) Europakonventionen:

“La Cour rappelle que l'article 10 de la Convention a vocation à s'appliquer à la communication au moyen de l'Internet (..), quel

¹⁸ ECtHR (2nd section) 5 July 2005, case of *Melnychuk v. Ukraine*, No. 28743/03.

¹⁹ ECtHR (5th section), 10 January 2013, case of *Ashby Donald and others v. France*, No. 36769/08.

²⁰ ECtHR (5th section) 19 February 2013, case of *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, No. 40397/12.

²¹ App. No. 30262/96 (Eur. Comm'n H.R. 1997 [France 2]).

²² ECtHR (4th section) 6 April 2010, case of *Yaman Akdeniz v. Turkey*, No. 20877/10.

que soit le type de message qu'il s'agit de véhiculer (..), et même lorsque l'objectif poursuivi est de nature lucrative (..). Elle rappelle aussi que la liberté d'expression comprend la publication de photographies (..). Elle en déduit que la publication des photographies litigieuses sur un site Internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression, et que la condamnation des requérants pour ces faits s'analyse en une ingérence dans celui-ci"

Europadomstolen ansåg att upphovsrätten uttrycktes i lag och att den centrala frågan var om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle att utdöma ansvar för upphovsrättsintrång. Vid prövningen av om upphovsrätten kom i konflikt med informationsfriheten ansåg Europadomstolen att medlemsstaterna har ett mycket litet utrymme att begränsa den politiska yttrandefriheten men att medlemsstaterna har en särskilt stor tolkningsmarginal när det gäller kommersiella uttryck som i *Ashbury*-målet. Eftersom fotograferna hade gjort modedefografierna tillgängliga på internet i syfte att erhålla betalning och inte i syfte att delta i en debatt av allmänt intresse, fann Europadomstolen, efter att ha balanserat äganderätten i artikel 1 i första tilläggsprotokollet mot informationsfriheten, att det inte skett någon kränkning av artikel 10 Europakonventionen. De utdömda böterna och skadeståndet ansågs inte heller oproportionerliga.

Vid Europadomstolens bedömning av huruvida informationsfriheten får underkastas en inskränkning prövar Europadomstolen (i) huruvida inskränkningen är föreskriven i lag, (ii) huruvida den är nödvändig för att uppnå något av de legitima syften som följer av artikel 10 Europakonventionen, (iii) huruvida den är nödvändig i ett demokratiskt samhälle vilken bedömning innefattar huruvida det finns ett trängande socialt behov av inskränkningen och (iv) huruvida den är proportionerlig. I upphovsrättsliga mål är det, eftersom inskränkningen normalt är föreskriven i lag, i första hand det tredje och fjärde kriteriet, som tillmäts betydelse vid balansen mellan upphovsrätten och informationsfriheten.

I Europadomstolens praxis finns en skiljelinje mellan tolkningen av icke-kommersiella uttryck och kommersiella uttryck. Medlemsstaternas tolkningsmarginal är snäv när det gäller icke-kommersiella

uttryck²³ medan den är vidare när det gäller kommersiella uttryck.²⁴ På motsvarande vis åtnjuter icke-kommersiella uttryck ett starkare skydd när de balanseras mot andra (relativa) fri- och rättigheter och kommersiella uttryck åtnjuter ett korresponderande svagare skydd. Bland de icke-kommersiella uttrycken har politiska uttryck ansetts ha högst skyddsvärde²⁵.

I en analys²⁶ av *Ashbury-målet* menar Dirk Voorhoof och Inger Høedt-Rasmussen, med referens till Europadomstolens avgöranden i *Axel Springer Verlag AG v. Germany, MGN Limited v. United Kingdom* och *Von Hannover nr. 2 v. Germany* att Europadomstolen, om fotografierna hade varit hänförliga till en debatt av allmänt intresse, hade behövt göra en närmare bedömning och tillämpat en snävare tolkningsmarginal för medlemsstaten. Om Europadomstolen istället hade haft att pröva en fråga om upphovsrättsintrång avseende politiskt känsligt material där käranden hade erhållit förbud för svarenden att utnyttja visst material kan man tänka sig att utfallet av prövningen hade blivit en annan.

4. Balansen mellan egendomsskydd och informationsfrihet i EU-domstolens praxis

I Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 17 (rätten till egendom) uttrycks explicit att "Immateriell egendom ska vara skyddad". EU-domstolen har bland annat i *Promusicae*²⁷ och *Scarlet Extended*²⁸ bekräftat att skyddet för immateriella rättigheter stadfästs genom artikel 17 i stadgan. EU-domstolen har också i nämnda domar uttalat att skyddet för immateriella rät-

²³ ECtHR 20 November 1989, case of Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, No. 10572/83.

²⁴ ECtHR 25 August 1998, case of Hertel v. Switzerland, No. (59/1997/843/1049) och ECtHR 23 June 1994 Case of Jacobowski v. Germany, No. 15088/89.

²⁵ Se European Court of Human Rights Research Division Internet: case-law of the European Court of Human Rights, s 17.

²⁶ Dirk Voorhoof och Inger Høedt-Rasmussen; Copyright vs Freedom of Expression Judgment, publicerad på ECHR Blog (<http://echrblog.blogspot.be/2013/01/copyright-vs-freedom-of-expression.html>) den 22 januari. 2013.

²⁷ Mål nr C-275/06 (Promusicae), domspunkt 62

²⁸ Mål nr C-70/10 (Scarlet Extended), domspunkt 40.

tigheter inte är absolut och därför inte skall garanteras ett undantagslöst skydd.

I ett flertal avgöranden, närmare bestämt *Promusicae*, *Scarlet Extended*, *Sabam*, *Deckmyn* och *UPC Telekabel* uttryckt att skyddet för immateriell egendom i artikel 17 i stadgan skall balanseras mot andra grundläggande rättigheter, däribland integritetsskyddet i artikel 9, informationsfriheten i artikel 11, näringsfriheten i artikel 16 och rätten till likabehandling i artikel 21.1 i stadgan. I *Promusicae* som rörde frågan huruvida medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva en skyldighet att lämna ut personuppgifter i ett mål om upphovsrättsintrång uttryckte EU-domstolen första gången skyldigheten för nationella domstolar att balansera olika grundläggande rättigheter:

”Enligt domstolens rättspraxis ska medlemsstaterna vid införlivandet av direktiv, när grundläggande rättigheter står i motsättning till varandra, utgå från en tolkning av direktivet som gör det möjligt att *göra en rimlig avvägning mellan de olika tillämpliga grundläggande rättigheter som skyddas av unionens rättsordning*. Vid genomförandet av införlivandeåtgärderna beträffande direktivet ankommer det på medlemsstaternas myndigheter och domstolar att inte bara tolka sin nationella rätt på ett sätt som står i överensstämmelse med detta direktiv, *utan även se till att de inte grundar sig på en tolkning av direktivet som skulle stå i strid med dessa grundläggande rättigheter eller med andra allmänna principer i unionsrätten, såsom proportionalitetsprincipen [...]*” [min kursivering].

I *Deckmyn* som rörde tolkningen av begreppet ”parodi” i artikel 5.3 (k) i Infosoc-direktivet konstaterade EU-domstolen att vid tillämpningen av parodiundantaget skall den nationella domstolen göra en skäligen avvägning mellan upphovsmannens intressen och yttrandefriheten för en användare som stödjer sig på parodiundantaget. Den nationella domstolen skall också beakta diskrimineringsförbudet i stadgan.

Av EU-domstolens ovan nämnda domar följer således att nationella domstolar skall anlägga ett *externt* perspektiv och balansera egendomsskyddet för immateriella rättigheter mot de grundläggande rättigheterna och därvid göra en skäligen avvägning mellan upphovsrätten och motstående grundläggande rättigheter.

EU-domstolens ovan nämnda domar avser det harmoniserade upphovsrättsområdet. Frågan är om motsvarande skyldigheter att göra en avvägning mellan de grundläggande rättigheterna åvilar de nationella domstolarna utanför det harmoniserade området (inom upphovsrätten är det ett fåtal områden, i princip bara framföranderätten²⁹, upphovsrätten till brukskonst³⁰ och den ideella upphovsrätt som inte harmoniserats efter att Infosocdirektivet antagits och EU-domstolen anlagt en tydlig harmoniseringssträvan i sin praxis). Bestämmelserna i stadgan riktar sig nämligen till medlemsstaterna endast när de tillämpar unionsrätten³¹. Frågan är förmodligen akademisk eftersom svenska domstolar utanför det EU-harmoniserade området är skyldiga att tillämpa Europakonventionen och att göra motsvarande avvägning, dock med den skillnaden att det finns en tydlig tolkningsmarginal (margin of appreciation) vid tillämpning av Europakonventionen, vilket inte gör sig gällande på samma vis vid EU-rättsliga tolkningar.

I ett varumärkesrättsligt mål, NJA 2007 s 431, som rörde dels ett gemenskapsvarumärke, dels ett nationellt svenskt varumärke, inhämtade Högsta domstolen förhandsbesked beträffande frågan om det förelåg särskilda skäl att underlåta att meddela förbud på grund av att ett intrång upphört. HD dömde därefter, beträffande intrånget i gemenskapsvarumärket, i enlighet EU-domstolens dom och konstaterade att det saknades anledning att göra en annan bedömning såvitt avsåg intrånget i det nationella varumärket. Det bör därmed saknas skäl för svenska domstolar att göra olika bedömningar i frågan om avvägning mellan grundläggande rättigheter beroende på om frågan rör det harmoniserade upphovsrättsområdet eller inte.

²⁹ Se EU-domstolens dom i mål nr C.283/10 (Cirkus Globus), domspunkt 39.

³⁰ Se beaktandesats 8 i direktiv 98/71/EG (mönsterskyddsdirektivet).

³¹ Se artikel 51 i stadgan, EU-domstolens domar i mål nr C-339/10 (Krasimir Asparuhov Estov) och mål nr C-457/09 (Claude Chartry) och NJA 2011 s. 444.

5. Balansen mellan upphovsrätt och yttrandefrihet/informationsfrihet i svensk praxis

Immateriella rättigheter i allmänhet åtnjuter i Sverige grundlagskydd i Sverige genom bestämmelsen om egendomsskydd i 2 kap. 15 § regeringsformen.³² Sverige är ett av få europeiska länder där upphovsrätten åtnjuter ett särskilt konstitutionellt skydd genom 2 kap. 16 § regeringsformen genom vilken bestämmelse författare, konstnärer och fotografer ska äga rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.³³

Högsta domstolen har med början i NJA 1975 s. 679 (Sveriges flagga) prövat frågan om yttrandefriheten innebär att den upphovsrättsliga ensamrätten bör inskränkas. I målet gjorde svaranden gällande att HD skulle göra en mer liberal tolkning än annars eftersom den politiska yttrandefriheten annars betänkligt skulle begränsas. HD fann dock inte skäl att på denna grund inskränka yttrandefriheten.

Yttrandefrihetsutredningen berörde därefter i betänkandet Värna yttrandefriheten³⁴ förhållandet mellan upphovsrätten och tryckfrihetsförordningen och konstaterade att den upphovsrättsliga förfoganderätten kunde orsaka komplikationer, främst från informationssynpunkt. Med hänvisning till det pågående Manifestmålet (se nedan) avstod dock kommittén från att lämna något lagstiftningsförslag i denna fråga.

I NJA 1985 s. 893 (Manifestet) som rörde en tidnings publicering, i ett kritiskt sammanhang, av ett dokument om den konstnärliga målsättningen för Göteborgs stadsteater, menade HD att en friande dom skulle kunna meddelas om yttrandefrihetsintresset gjorde sig gällande med sådan styrka att det skulle röra sig om ett fall som skulle kunna sägas ha beröringspunkter med de nödsituationer som enligt 24 kap 4 § BrB leder till straffrihet. Någon sådan undantags-situation förelåg inte enligt HD som konkluderade att det endast var

³² Prop. 1975/76:209 p. 159, prop. 1993/94:117, p. 15, prop. 2009/10:80, p. 163, Bengtsson; *Ersättning vid offentliga ingrepp*, s. 118 and Bernitz m.fl. *Immateriell rätt och otillbörlig konkurrens*, 10 uppl. s. 340.

³³ Jfr Rosén, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*, NIR 2007 s 5.

³⁴ SOU 1983:70, s. 188.

lagstiftaren som kunde begränsa straffansvaret för upphovsrättsintrång till förmån för ett motstående yttrandefrihetsintresse.

Efter Manifestdomen väcktes två motioner i riksdagen³⁵ där motionärerna föreslog att texter av stort allmänt intresse och som avsåg frågor, i vilka allmän samhällsdebatt förekommer, skulle få publiceras även om de var föremål för upphovsrätt. Lagutskottet och riksdagen avlog motionerna med hänvisning till att upphovsrättslagen fick anses innefatta en lämplig avvägning mellan upphovsmännens intressen och intresset av en fri opinionsbildning. Att låta upphovsrätten stå tillbaka för informationsfriheten skulle enligt utskottet innebära en kraftig urholkning av upphovsmännens privaträttsliga skydd.³⁶

HD:s och riksdagens snäva syn på tolkningen av undantagsbestämmelserna i andra kapitlet upphovsrättslagen bekräftades därefter genom NJA 1993 s. 263 (Arkitektritningar) där HD med referens till NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik) uttalade att det fanns endast ett *synnerligen begränsat utrymme* för domstolarna att tolka in andra inskränkningar än de som följer av andra kapitlet. Enligt HD syntes sådana inskränkningar nära nog uteslutna om inte den uppkomna situationen var atypisk och knappast förutsedd av lagstiftaren samt starka samhällsintressen kunde åberopas. Nämda mål rörde inte frågor om informationsfrihet men HD:s uttalanden får antas vara allmängiltiga för tolkningen av andra kapitlet upphovsrättslagen

I NJA 1998 s. 838 (Mein Kampf) kom frågan om balansen mellan upphovsrätten och yttrandefriheten (tryckfriheten) åter upp i ett brottmål i Högsta domstolen. Den rättsliga kontexten hade, när detta mål prövades, förändrats genom att lagstiftaren genom lagen (1994:1219) om den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna hade inkorporerat Europakonventionen i svensk rätt. Den tilltalade gjorde gällande att straffansvar inte skulle utdömas eftersom det fanns ett samhälleligt intresse i att boken Mein Kampf fanns tillgänglig för kritisk granskning. HD, som återigen anlade ett internt perspektiv, avsåg invändningen och uttalade följande:

³⁵ Motion 1985/86:L245 och 1985/86:L254.

³⁶ LU 1986/87:11 s. 18 f.

”Rättsläget kan i viss mån ha ändrats genom inkorporeringen i svensk rätt av Europakonventionen om mänskliga rättigheter. I konventionens artikel 10 tillerkänns envar rätt till yttrandefrihet, som emellertid får underkastas sådana inskränkningar eller straffpåföljder som är angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till bl.a. annans rättigheter. Lagstöd kan härigenom finnas för att i vissa situationer tillerkänna yttrandefrihetsintresset försteg framför skyddet för upphovsrätten och då fria från ansvar för upphovsrättsintrång.

Även om ett något ökat utrymme sålunda kan finnas för att låta intresset av yttrandefrihet få medföra att ansvar för upphovsrättsintrång inte skall ådömas, kan det dock inte anses att Karl-Erik H på grund härav skall gå fri från ansvar för att ha gett ut *Mein Kampf*. Att det kan vara svårt att få tag i exemplar av detta verk av historiskt intresse är alltså inte, som Karl-Erik H hävdar, tillräckligt för att åtalet skall ogillas.”

Efter *Mein Kampf*-domen har frågan om förhållandet mellan upphovsrätten och informationsfriheten kommit upp i ett flertal underinstansavgöranden.

I *Scientolog-målet*³⁷ som rörde exemplarframställning och tillgängliggörande av olika scientologtexter invände svaranden att allmänhetens intresse av kritisk granskning av dessa texter skulle ges företräde framför Scientologkyrkans upphovsrätt. Hovrätten konstaterade lakoniskt att ”[v]ad Zenon Panoussis [svaranden] har anfört om artikel 10 i Europakonventionen och bristande uppsåt föranleder inte någon annan bedömning.”

I *Lundell-målet*³⁸ hade svaranden återgivit ett brev av författaren och artisten Ulf Lundell i en antologi och invände att återgivningen av brevet var ett viktigt hjälpmedel för framställningen och att det fanns ett betydande allmänintresse i att publicera brevet. Ulf Lundell yrkade inledningsvis förbud att publicera artikeln, något som sedermera frånfölls. Tingsrätten avfärdade dock svarandens invändningar med formuleringen ”[d]et är tänkbart att det finns utrymme att inskränka upphovsrätt till förmån för informationsfriheten. Tingsrätten har svårt att se det allmänna intresset av att få ta del av utform-

³⁷ Svea hovrätts dom i mål nr T 1096-98.

³⁸ Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 7884-99.

ningen av Ulf Lundells reaktion på recensionen. Den tänkta inskränkningen kommer därför inte i fråga i detta sammanhang.”

Hovrätten över Skåne och Blekinge har i *Lundagårds-målet*³⁹ som bland annat rörde frågan om hur undantagsregeln 23 § första stycket 3 p. upphovsrättslagen skulle tolkas med avseende på återgivande av offentliggjorda konstverk i en tidning eller tidskrift i samband med en redogörelse för en dagshändelse intagit en mindre restriktiv hållning till tolkningen av undantagen i andra kapitlet upphovsrättslagen. Av nämnda bestämmelse framgår inte huruvida det skall göras en åtskillnad mellan analoga och digitala verk. Hovrätten konstaterade dock, med hänvisning till att syftet med bestämmelsen är att tillgodose informationsfriheten, att bestämmelsen fick anses omfatta även återgivande i digital form. Avgörandet är, såvitt känt, det enda avgörande där svenska domstolar i upphovsrättsliga mål valt att beakta informationsfriheten.

”Liksom tingsrätten anser hovrätten att tillåtelsen till återgivande i 23 § första stycket 3 upphovsrättslagen inte är begränsad till tidningar eller tidskrifter i analog form. *Med hänsyn till detta och till att bestämmelsens syfte är att tillgodose informationsfriheten får tillåtelsen enligt hovrättens mening anses omfatta även återgivande i digital form.* Publicering på Internet får således i sig anses omfattas av tillåtelsen till återgivande enligt 23 § första stycket 3 upphovsrättslagen om de krav som i övrigt ställs i bestämmelsen är uppfyllda.” [Min kursivering.]

Göta hovrätt⁴⁰ har prövat ett fall där tidningen M2 hade återgivit en debattartikel av journalisten Hanne Kjöllér i facsimil i samband med bemötande av den kritik som framfördes i hennes debattartikel. Tidningen M2 åberopade som grund för publiceringen en långtgående citaträtt.⁴¹ Hovrätten fann att citatet var så omfattande att det inte var i överensstämmelse med god sed. Därefter konstaterade hovrätten, i all korthet med referens till Manifest-målet, att ”[j]ämväl med beaktande av den grundlagsfästa yttrande- och informationsfriheten

³⁹ Hovrättens över Skåne och Blekinge dom i mål nr FT 2090-08.

⁴⁰ Göta hovrätts dom i mål nr T 60/02.

⁴¹ Som kuriosita kan nämnas att kåranden, Hanne Kjöllér, åberopade ett rättsutlåtande författat av professor Jan Rosén.

är den ifrågavarande publiceringen att anse som otillåten (jfr. NJA 1985 s. 893).”

Slutligen har, som nämnts i inledningen, balansen mellan informationsfriheten och yttrandefriheten aktualiserats i två domar rörande *Dagens Medias*⁴² respektive *Göteborgs-Postens*⁴³ publicering av bilder ur en film där en Sverigedemokratisk riksdagsledamot, Kent Ekeroth, ses beväpnat sig med ett järnrör.

Dagens Media publicerade bilder ur filmen omkring ett år efter att Expressen som första media hade publicerat bilder ur filmen. Lunds tingsrätt beaktade det faktum att det inte rörde sig om en publiceringsåtgärd i anslutning till nyheten utan om en återpublicering i samband med en redogörelse för att Ekeroth framställt ersättningskrav på upphovsrättslig grund. Tingsrätten ansåg att det ur journalistisk synpunkt kunde vara mer intressant att illustrera artiklar om Kent Ekeroths krav med bilder ur filmen men att yttrandefriheten eller allmänintresset av att sprida information om Ekeroths ersättningskrav inte påverkades av valet av bild. Ekeroth tillerkännes därför ersättning med 1 000 kronor. Domen överklagades men prövningstillstånd meddelades inte.⁴⁴

I fallet rörande Göteborgs-Postens publicering av bilder ur Ekeroths film var omständigheterna annorlunda genom att Göteborgs-Posten hade publicerat bilder ur filmen dagen efter Expressens första publicering av filmen. Göteborgs-Posten invände att vid en avvägning mellan skyddet för en närstående rättighet och det stora allmänintresset kring järnrörsfilmen, vilket händelseförlopp hade dementerats av de inblandade personerna skulle denna avvägning utfalla till fördel för yttrandefriheten. Tingsrätten konstaterade dock i all korthet att ”Det finns emellertid inget stöd i lag eller praxis för att yttrandefriheten ska ha företräde framför upphovsrätten på ett sådant sätt, när prövningen avser frågan om huruvida ett intrång ska anses ha skett.” Båda parter har sedermera överklagat domen.⁴⁵

⁴² Lunds tingsrätts dom i mål nr FT 1046-14.

⁴³ Göteborgs tingsrätts dom i mål nr FT 2591-14.

⁴⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut den 6 februari 2015 i mål nr FT 128-15. Beslutet att inte meddela prövningstillstånd överklagades i sin tur och Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd (Högsta domstolens beslut den 20 mars 2015 i mål nummer Ö 1225-15).

⁴⁵ Hovrätten för Västra Sverige mål nr FT 2348-15.

Den svenska lagstiftaren, Högsta domstolen och underinstanserna har, med undantag för Hovrättens över Skåne och Blekinge dom i Lundagårds-målet, genomgående anlagt ett *internt* perspektiv på frågan om relationen mellan upphovsrätt och informationsfrihet, d.v.s. att lagstiftaren vid införandet av vissa undantag från ensamrätten i andra kapitlet upphovsrättslagen uttömmande har beaktat de intresse motsättningar som finns och att det, utan en lagändring, inte finns utrymme att tolka in andra undantag än de undantag som följer av andra kapitlet upphovsrättslagen.

I sammanfattning har den svenska synen på avvägning mellan upphovsrätt och informationsfrihet varit att det finns endast ett synnerligen begränsat utrymme för domstolarna att intolka andra inskränkningar än de som följer av andra kapitlet upphovsrättslagen. Undantag har ansetts kunna tolkas in endast om den uppkomna situationen varit atypisk och knappast förutsedd av lagstiftaren och om det förelegat starka samhällsintressen. I övrigt har regleringar av undantag ansetts vara förbehållna lagstiftaren (jfr NJA 1985 s. 893). HD har dock i senare praxis ansett att visst utrymme kan finnas för att beakta Europakonventionen (NJA 1998 s. 838 [Mein Kampf]). När frågan om balansakten mellan upphovsrätt och informationsfrihet kommit upp har domstolarna dock avfärdat frågeställningen utan någon närmare motivering. Göteborgs tingsrätts ovan nämnda bedömning i målet mellan Ekeröth och Göteborgsposten kan knappast vara korrekt eftersom det, som framgått ovan, tydligt följer av såväl Europadomstolens som EU-domstolens praxis att det finns stöd i praxis att informationsfriheten under vissa omständigheter kan gå före upphovsrätten och omständigheterna i detta fall är sådana att upphovsrätten bör stå tillbaka för informationsfriheten.

6. Europeisk nationell praxis rörande gränssytan mellan upphovsrätt och informationsfrihet

Förhållandet mellan artikel 10 Europakonventionen och motsvarande nationella konstitutionella regler och upphovsrätten har prövats i ett flertal intressanta europeiska avgöranden. 2007 konstaterade Jan Rosen⁴⁶ att europeiska domstolar i allmänhet har avstått

⁴⁶ Rosén, Jan. *Freedom of expression in lineage with author's rights*, NIR 2007 s. 9.

från att tillämpa nationella konstitutionella yttrandefrihetsregler eller artikel 10 Europakonventionen före upphovsrätten. Frågan är dock om man inte numera i nationell praxis kan se en tendens till att domstolarna sätter yttrandefriheten framför upphovsrätten.

Tysk praxis

Tysk praxis har utvecklats över tid. Tyska Bundesgerichtshof 1985 prövade i *Lili Marlene*⁴⁷ huruvida återgivandet av hela texten till sången Lili Marlene i ett tidningsreportage rörande en film om nämnda sång var tillåten under den tyska författningens bestämmelser om pressfrihet. Bundesgerichtshof anlade ett internt perspektiv och menade att undantagen i den tyska upphovsrättslagen var resultatet av en balans mellan upphovsrätten och pressens konstitutionella intressen. Bundesgerichtshof uttalade att man i undantagsfall på grund av ovanligt trängande informationsbehov kunde överväga inskränkningar som gick utöver inskränkningarna i upphovsrättslagen men att det inte förelåg sådana omständigheter i detta fall.

Tyska *Bundesverfassungsgericht* bedömde i *Germania 3*⁴⁸ huruvida ett teaterstycke som innehöll extensiva citat (fyra sidor) ur Berthold Brechts verk utgjorde upphovsrättsintrång. Bundesverfassungsgericht som konstaterade att utdragen inte omfattades av citaträtten i den tyska upphovsrättslagen baserade sin bedömning på en avvägning mellan artikel 1 (äganderättsskyddet) och artikel 5(3) (rätten till konstnärlig yttrandefrihet) i den tyska federala konstitutionen. Domstolen konstaterade att vid ett mindre ingrepp i upphovsrätten som inte medför risk för betydande ekonomiska nackdelar måste upphovsrättsinnehavarens kommersiella intressen stå tillbaka för nyttjarnas intresse av konstnärliga utnyttjanden av verket.

Engelsk praxis

I engelsk rätt har gränssytan mellan upphovsrätt och informationsfrihet prövats i *Hyde Park v. Yelland*⁴⁹. Bakgrunden var att den brittiske fastighetsmagnaten Al Fayed drivit en teori om att det fanns en konspiration som hade försakat hans sons och prinsessans av Wales

⁴⁷ Bundesgerichtshof dom den 7 mars 1985 i mål nr ZR 70/82.

⁴⁸ Bundesverfassungsgericht, beslut av den 29 juni 2000 i mål nr 1 BvR 825/98.

⁴⁹ *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland* (2001) Ch. 143 (CA).

död. Till stöd för sina påståenden gjorde Al Fayed gällande att hans son och prinsessan gemensamt hade besökt ett hus, House of Windsor, dit de skulle flytta när de gift sig. Den brittiska tidningen Sun publicerade till stöd för sitt påstående att huset inte var tänkt som parets gemensamma hem bilder från en säkerhetskamera och Hyde Park Residence väckte talan för upphovsrättsintrång. I första instans⁵⁰ ansåg Justice Jacob att informationsfriheten i artikel 10 Europakonventionen skulle balanseras mot artikel 8 Europakonventionen (rätten till privatliv) och upphovsrätten och att upphovsrätten fick stå tillbaka för informationsfriheten. Majoriteten i Court of Appeal ansåg däremot att det inte fanns något allmänt intresse att ta del av fotografierna eftersom den information som framgick genom bilderna kunde ha förmedlats på annat vis, exempelvis genom vittnesmål och fann att återgivandet av bilderna utgjorde upphovsrättsintrång.

I *Ashdown v Telegraph Group Ltd*⁵¹ gjorde Paddy Ashdown, tidigare partiledare för the Liberal Party gällande att tidningen Sunday Telegraph gjorde intrång i hans upphovsrätt genom att publicera dagboksanteckningar rörande ett hemligt politiskt möte. Ashdown yrkade förbud och ersättning i anledning av intrånget. Svaranden gjorde gällande att publiceringen var ”fair dealing”, att den skett för ändamålet att kritisera och att det fanns ett betydande allmänintresse. Court of Appeal noterade att ”Copyright is antithetical to freedom of expression. It prevents all, save the owner of the copyright, from expressing information in the form of the literary work protected by the copyright” och ansåg att artikel 10 Europakonventionen i de flesta fall inte skulle ha någon påverkan på upphovsrättsliga tvister men att det kunde uppstå situationer där informationsfriheten måste beaktas, särskilt om käranden söker förbud. Court of Appeal menade att publiceringen av de tidigare icke offentliggjorda texterna skedde i potentiell konkurrens med upphovsmannen som kunde ha ett intresse i att senare publicera sin dagbok och konkluderade att utdragen ur dagboken hade använts av Sunday Telegraph för att öka artikelns läsvärde och att texterna därför primärt publicerats i ett kommersiellt journalistiskt intresse.

⁵⁰ Hyde park v. Yelland [1999] R.P.C., 655.

⁵¹ [2001] EWCA (Civ) 1142; [2002] 149.

Court of Appeal har även prövat frågan om relationen mellan upphovsrätt och informationsfrihet i *HRH The Prince of Wales v. Associated Newspapers Ltd (No) 3*⁵² där prinsen av Wales yrkade att Associated Newspapers skulle förbjudas att publicera artiklar i The Mail on Sunday vari utdrag ur prinsens dagbok med reflektioner kring det kinesiska övertagandet av Hong Kong återgavs. Justice Blackburne konstaterade, med utgångspunkt i ovan nämnda dom i Ashdown, att textstyckena ur dagboken hade valts ut för syftet att visa att dagboken hade avslöjats och att det skett för att främja Associated Newspapers kommersiella intressen och fann att Associated Newspapers hade gjort upphovsrättsintrång.

Holländsk praxis

Ur holländsk underrättspraxis märks flera intressanta avgöranden rörande gränsytan mellan upphovsrätt och informationsfrihet.

I *De Volkskrant*⁵³ publicerade dagstidningen De Volkskrant en intervju med en välkänd affärsman. Artikeln illustrerades med ett fotografi som hade tagits i intervjupersonens kontor och de konstverk som fanns på kontoret. Av fotografiet framgick särskilt en staty av en bågskytt som föreföll sikta på affärsmannens huvud. Det holländska kollektiva rättighetssällskap som förvaltar upphovsrätt till konstverk, Stichting Beeldrecht, krävde skadestånd av tidningen i anledning av upphovsrättsintrång. Tidningen vitsordade att undantagen i den holländska upphovsrättslagen inte var tillämpliga men åberopade informationsfrihet enligt artikel 10 Europakonventionen. Domstolen noterade att under vissa omständigheter kan upphovsrätten komma i konflikt med informationsfriheten enligt artikel 10 men att det inte var nödvändigt för ändamålet med De Volkskrants nyhetsrapportering att på ett så framträdande vis som skett avbilda konstverket och fann att intrång hade begåtts.

I målet *Scientology v. XS4All*⁵⁴ som rörde en internetleverantörs ansvar för webbsidor som innehöll texter från Scientologkyrkan och som lagrades på dess servrar betonade Gerechtshof-Gravenhage att

⁵² [2006] EWHC 522 (Ch).

⁵³ Arrondissementsrechtbank Amsterdam, dom den 19 januari 1994 (De Volkskrant v. M.A. van Dijk en de Stichting Beeldrecht), återgiven i Informatierecht/AMI 1994, 51.

⁵⁴ Gerechtshof-Gravenhage, dom den 4 september 2003.

webbsidan med texterna var av icke-kommersiell natur och att det allmänna intresset av en debatt rörande scientologi övervägde Scientologkyrkans upphovsrättsintresse vid en avvägning enligt artikel 10 Europakonventionen. Avgörandet kontrasterar tydligt mot det ovan nämnda *Scientolog-målet* som avgjordes av Svea hovrätt där omständigheterna var liknande men där hovrätten kort avfärdade svarandens invändning om yttrandefrihet enligt artikel 10 Europakonventionen.

I målet *Anne Frank Fonds mot Het Parool*⁵⁵ yrkade Anne Frankstiftelsen förbud för tidningarna Het Parool respektive De Volkskrant att publicera fem tidigare opublicerade sidor ur Anne Franks dagbok som saknades vid den ursprungliga publiceringen. Gerechtshof Amsterdam konstaterade att yttrandefriheten enligt artikel 10 Europakonventionen kan ges företräde framför upphovsrätten men att det låg ett kommersiellt yttrandefrihetsintresse bakom publiceringen och att yttrandefrihetsintresset därför fick stå tillbaka för upphovsrätten.

I ett mål mellan den Nederländska staten och *Greenpeace Licensing och Greenpeace BV*⁵⁶ gjorde nederländska staten gällande att Greenpeace, genom att utnyttja en logotyp framtagen av staten i en informationskampanj gjorde intrång i upphovsrätten och varumärkesrätten till logotypen och sökte förbud mot användningen av logotypen. Rechtsbank Amsterdam konstaterade att Greenpeace hade använt logotypen i kampanj som pågick under en valkampanj där miljöfrågor hade en central roll och att domstolen var skyldig att pröva om en inskränkning i informationsfriheten enligt artikel 10 Europakonventionen var nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Domstolen ansåg att det upphovsrättsliga förfogandet över logotypen föll under det nederländska parodiundantaget. I den varumärkesrättsliga delen ansågs Greenpeace användning av logotypen, eftersom det var ansågs nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, inte drog otillbörlig fördel av eller vara till förfång för den nederländska staten och fann att intrång inte hade begåtts.

I målet *Louis Vuitton mot Nadia Plesner*⁵⁷ blev gränsdragningen mellan å ena sidan mönsterrätt och å andra sidan konstnärlig yttran-

⁵⁵ Gerechtshof Amsterdam dom den 8 juli 1999.

⁵⁶ Rechtsbank Amsterdams beslut den 22 december 2006 i mål nr 356985 / KG ZA 06-2120 OdC/JR.

⁵⁷ Rechtsbank's-Gravenhage beslut den 4 maj 2011 i mål nr 389526 / KG ZA 11-294.

defrihet blev särskilt tillspetsad. Avgörandet kunde lika gärna ha rört upphovsrätt som mönsterrätt och är därför av relevans för denna framställning. Konstnärinnan Nadia Plesner hade skapat konstverket "Simple Living" med bland annat ett afrikanskt barn bärandes på en Louis Vuitton handväska och en chihuahua. Konstverket förekom på t-shirtar och posters. Plesner åberopade yttrandefrihet enligt artikel 10 Europakonventionen och Louis Vuitton åberopade artikel 1 i första tilläggsprotokollet och sin mönsterrätt. Rechtsbank's-Gravenhage menade att egendomsskyddet skulle balanseras mot yttrandefrihetsintresset och att Plesner hade ett starkt yttrandefrihetsintresse att uttrycka sin uppfattning genom sin konst. Domstolen menade att Louis Vuitton som ett välkänt företag med ansedda produkter var tvunget att acceptera att bli föremål för kritik på ett mer långtgående vis än andra rättighetshavare och ogillade därför Louis Vuittons yrkande.

Fransk praxis

Franska Cour d' Cassation ansåg i *Utrillo*⁵⁸ som rörde ersättningskrav med anledning av att tolv konstverk hade visats under dryga två minuter i ett TV-reportage om en ny konstutställning att svarandens invändning att verksutnyttjandet var tillåtet enligt artikel 10 med hänsyn till TV-publikens rätt att ta del av information rörande en kulturhändelse var grundlös och fann att intrång hade begåtts.

I målet *HFA v. FIFA*⁵⁹ gjorde den internationella fotbollsorganisationen FIFA gällande att en tidning som använde en bild av WM-pokalen på förstasidan gjorde intrång i FIFA's upphovsrätt. Cour d' Cassation konstaterade att pokalen symboliserade varje fotbollsspelares dröm och att den inte var möjlig att separera från åtgärden att informera allmänheten om förloppet av en sådan betydande nyhets-händelse. Cour d' Cassation fann därför att yttrandefriheten enligt artikel 10 Europakonventionen skulle ges företräde framför upphovsrätten.

⁵⁸ Cour d' Cassation, dom den 13 november 2003, mål nr 200 R.I.D.A. 290 (2003).

⁵⁹ Cour d' Cassation, dom den 2 oktober 2007, mål nr 214 R.I.D.A. 338 (2007).

Österrikisk praxis

Österrikiska Oberster Gerichtshof har intagit ett dynamiskt synsätt när man balanserat informationsfrihet mot upphovsrätt. I målet *Schüssels Dornenkroné*⁶⁰ som avgjordes år 2000 hade tidningen Falter-Stadtzeitung Wien rapporterat om en politisk kampanj som bedrevs av tidningen Neue Kronen Zeitung. I Falter-Stadtzeitung Wiens artikel återgavs fem förstasidor av Neue Kronen Zeitung i facsimil. Oberster Gerichtshof fann inledningsvis att återgivandet av förstasidor inte täcktes av undantaget för återgivande av dagshändelser och inte heller av citatundantaget i den österrikiska upphovsrättslagen. Därefter konstaterade Oberster Gerichtshof att ett bildcitat ofta kan vara lika nödvändigt som ett textcitat och att tidning- och tidskriftsartiklar ofta illustreras på ett kraftfullt vis genom bilder. Domstolen menade i ett centralt uttalande att den österrikiska upphovsrättslagen var ofullständig genom att den inte tog hänsyn till behovet att citera bilder:

”Das Gesetz ist daher unvollständig, wenn es zwar die Wiedergabe einzelner Teile eines Sprachwerks im Interesse der Meinungsfreiheit und das Großzitat im Interesse der freien geistigen Auseinandersetzung in wissenschaftlichen Werken zulässt, nicht aber das Bildzitat als Großzitat im Interesse der Meinungsfreiheit und der freien geistigen Auseinandersetzung in Zeitungen und Zeitschriften, obwohl auch diese Auseinandersetzung im Interesse der Allgemeinheit liegt. Die Unvollständigkeit ist planwidrig, weil der Gesetzgeber diesen Fall nicht bedacht hat (s EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 in Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht 117 f, 129 ff); sie ist daher durch Analogieschluss auszufüllen.”

Oberster Gerichtshof konkluderade att det var nödvändigt att återge förstasidorna för att kritiken mot Neue Kronen Zeitung skulle kunna beläggas och för att läsaren skulle kunna skaffa sig en egen bild och att förstasidorna analogivis rymdes under citatundantaget.

I målet *Wahlkampf*⁶¹ från 2001 hade Oberster Gerichtshof att bedöma huruvida utnyttjandet av bilder av en österrikisk politiker

⁶⁰ Oberster Gerichtshof, beslut av den 12 juni 2001 i mål nr 4 Ob 194/01k.

⁶¹ Oberster Gerichtshof, beslut av den 12 september 2001 i mål nr 4 Ob 224/00w.

på en webbsida som hade använts i politiska plakat med förlöjligande slogans stod i strid med upphovsrättslagstiftningen. Oberster Gerichtshof konkluderade med utgångspunkt i sin tidigare praxis att ett förbud på upphovsrättslig grund kunde stå i strid med artikel 10 Europakonventionen och att ett fotografi av en meningsmotståndare på grundval av nämnda artikel fritt kunde utnyttjas i en politisk valkampanj.

Oberster Gerichtshof har i *Medienprofessor*⁶² prövat huruvida exemplarframställning och tillgängliggörande av 16 tidningsartiklar omfattades av informationsfriheten i artikel 10 Europakonventionen. Käranden, en tidning, yrkade förbud för svaranden att tillgängliggöra artiklarna och skadestånd. Svaranden som ansåg sig utsatt för en mediekampanj åberopade informationsfriheten i artikel 10 Europakonventionen till sitt försvar. Oberster Gerichtshof fann att användningen av tidningsartiklarna låg nära användning för citatändamål och att upphovsrätten i detta fall inte kunde rättfärdiga en inskränkning av yttrandefriheten i ett demokratiskt samhälle.

I en fjärde dom, *Geleitwort*⁶³, från 2002 har Oberster Gerichtshof prövat huruvida en dikt av Christine Busta med hänvisning till informationsfriheten i artikel 10 Europakonventionen fick återges i förordet till en fotobok. Oberster Gerichtshof fann att återgivandet skadade författarens kommersiella intresse, att förlaget inte hade visat att återgivande av dikten var det enda sättet för förlaget att utöva sin informationsfrihet och att syftet med återgivandet var kommersiellt.

I ett femte avgörande, *Passbild*⁶⁴, om avbildningen av en passbild av en mördad flicka i en tidningsartikel sammanfattade Oberster Gerichtshof rättsutvecklingen i sina tidigare domar och konstaterade att intresset att publicera en passbild i syfte att illustrera en artikel om ett mordet inte vägde tillräckligt tungt i förhållande till upphovsrätten eftersom en del av syftet med publiceringen var att väcka läsarens intresse för artikeln.

⁶² Oberster Gerichtshof, beslut av den 12 juni 2001 i mål nr 4 Ob127/01g.

⁶³ Oberster Gerichtshof, beslut av den 9 april 2002 i mål nr 4 Ob 77/02f.

⁶⁴ Oberster Gerichtshof, beslut av den 24 juni 2003 i mål nr 4 Ob105/03z.

7. Analys

Som framgått av analysen ovan ställs informationsfriheten mot upphovsrätten i ett flertal olika sammanhang, nämligen

- (i) Upphovsrätten kontra allmänhetens intresse av att ta del av nyheter och annan information.
- (ii) Upphovsrätten kontra rätten att kritisera annans framställning/citaträtt.
- (iii) Upphovsrätten kontra konstnärligt skapande.
- (iv) Upphovsrätten kontra parodier.
- (v) Upphovsrätt kontra rätten till tillgång till information på Internet.

Av sammanställningen av europeiska nationella avgöranden ovan kan konstateras att flertalet europeiska domstolar har anlagt ett *externt* perspektiv på gränsdragningen mellan upphovsrätt och informationsfrihet enligt artikel 10 Europakonventionen och att pröva huruvida den upphovsrättsliga ensamrätten i det enskilda fallet är förenlig med informationsfriheten. I de ovan refererade nationella avgörandena kan man se vissa linjer, nämligen;

- (i) Om syftet med det upphovsrättsliga förfogandet är att bemöta kritik eller kritisera tredje part med utgångspunkt i ett alster som skyddas av upphovsrätt eller närstående rättigheter ges informationsfriheten företräde framför upphovsrätten.
- (ii) Om det upphovsrättsliga förfogandet i huvudsak är förestavat av ett intresse att illustrera en artikel, öka läsvärdet i en artikel eller annat kommersiellt orienterat intresse ges upphovsrätten företräde före informationsfriheten.
- (iii) Att syftet med kärandens talan måste beaktas vid balanseringen av upphovsrätt och informationsfrihet. Om syftet är att hindra spridning av en nyhet kan det tala för att informationsfriheten ges företräde framför upphovsrätten.

8. Det svenska synsättet på gränsytan mellan informationsfrihet och upphovsrätt behöver moderniseras

HD:s synsätt i NJA 1985 s. 893 (Manifestet) och NJA 1998 s. 838 (Mein Kampf) måste av flera skäl anses obsolet. Uttalandena i NJA 1985 s. 893 (Manifestet) tillkom i en tid då Europakonventionen inte inkorporerats genom lag i Sverige då svenska domstolar tillämpade en dualistisk syn på Europakonventionen vilket i praktiken innebar att den i princip bortsågs från. HD:s uttalanden i NJA 1998 s. 838 (Mein Kampf) tillkom i en rättslig kontext då Högsta domstolen med stor sannolikhet måste ha utgått från att försiktighet skulle iakttas med att underkänna en enligt intern svensk rätt gällande ordning utan *klart stöd* i konventionen eller Europadomstolens praxis (jfr HD:s uttalande i det första *ne bis in idem* avgörandet NJA 2010 s. 168), en uppfattning som HD sedermera nyanserat (se HD:s avgörande i det andra *ne bis in idem* avgörandet NJA 2013 s. 502).

Svenska domstolar har före Europakonventionens inkorporering i svensk rätt haft en allmänt restriktiv syn på konventionsgrundade rättigheter. Under senare år har Högsta domstolen bytt fot och tillämpar numera frekvent Europakonventionen om än i första hand i mål mellan staten och enskilda. Högsta domstolen har bland annat i NJA 2007 s. 747 som gällde skadeståndsansvar för ett privat rättssubjekt i anledning av kränkning av artikel 8 Europakonventionen haft en restriktiv hållning till en ”horisontell” tillämpning av Europakonventionen mellan privata rättssubjekt, en hållning som i ljuset av Europadomstolens avgörande i bl.a. *Söderman mot Sverige*⁶⁵ med största säkerhet måste omprövas. Utifrån Europadomstolens avgörande i *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike* kan det dock inte råda någon tvekan om att artikel 10 Europakonventionen skall ges horisontell tillämplighet vid bedömningen av upphovsrättsliga mål om det finns ett motstående informationsfrihetsintresse.

Under alla omständigheter medför EU-domstolens avgöranden i *Promusicae*, *Satamedia*, *Sabam*, *Sacem* och *UPC Telekabel* att svenska domstolar när man bedömer upphovsrättsliga mål där käranden gör

⁶⁵ ECtHR 12 November 1989, No. 5786/08.

gällande informationsfrihet måste beakta informationsfriheten i artikel 11 i stadgan om de grundläggande rättigheterna och detta oavsett om det finns något tillämpligt undantag i 2 kap upphovsrättslagen. Domskälsformuleringar såsom Svea hovrätts domskälsformulering i Scientologi-målet ”Vad Zenon Panoussis har anfört om artikel 10 i Europakonventionen och bristande uppsåt föranleder inte någon annan bedömning.” eller Göteborgs tingsrätts domskälsformulering ”Det finns emellertid inget stöd i lag eller praxis för att yttrandefriheten ska ha företräde framför upphovsrätten på ett sådant sätt, när prövningen avser frågan om huruvida ett intrång ska anses ha skett.” kan knappast anses uppfylla kravet på nationella domstolar att se till att avvägningen är rimlig mellan skyddet av denna rättighet och skyddet av de grundläggande rättigheter som åtnjuts av de personer som påverkas av dessa åtgärder.

Upphovsrätten skyddar idag alster som utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse vilket sannolikt är en relativt låg tröskel för skydd.⁶⁶ Det finns i rättspraxis flera exempel på när upphovsrättsliga småmynt såsom rapporter⁶⁷ enklare skisser⁶⁸ och teckningar⁶⁹, instruktionsbilder⁷⁰ och kortare texter⁷¹ har ansetts åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Inom området för närstående rättigheter innebär fotografiskyddet, som ger ett femtioårigt skydd för envar som tar en bild eller filmar en film från sin kamera eller telefon, ett mycket långtgående skydd för vad som, i vart fall i många fall, kan anses vara en mycket begränsad prestation. I en situation där upphovsrättigheter och närstående rättigheter enkelt uppstår måste den låga skyddströskeln balanseras genom en rimlig tillämpning av de lagfästa

⁶⁶ Se Kopp, Lisa, *The Evolvement of a European Concept of the protected Work of Authorship* i NIR 2012, s 248.

⁶⁷ AD 2011 nr 11.

⁶⁸ Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 8302-03 (en skiss på en ”nubblast” för byggnadsvårdsändamål). Den bortre gränsen för det upphovsrättsliga skyddet för enklare ritningar har dock fastslagits i NJA 2004 s 149 (ritning av en golvplanka som inte ansågs åtnjuta upphovsrättsligt skydd).

⁶⁹ Stockholms tingsrätts mål nr T 8257-03 (teckningar på fönster för byggnadsvårdsändamål).

⁷⁰ Hovrättens över Skåne och Blekinge beslut den 11 maj 2006 i mål nr Ö 1043-06 (enklare ”innehållsbild” för en eldosa).

⁷¹ Stockholms tingsrätts dom i mål nr 9013-04 (”Ta mig till havet och gör mig till kung”).

undantagen från den upphovsrättsliga ensamrätten men också genom att domstolarna intar en mer generös hållning till informationsfrihetsintresset. I Manifest-målet var ett hovrättsråd vid hovrättens prövning skiljaktig på just den grunden att en närmast formell upphovsrätt till manifestet, som dissidenten ansåg låg i närheten av den upphovsrättsliga skyddströskeln, inte skulle hindra en tidning att publicera material med stort allmänintresse. Den skiljaktiga meningen sammanfattar väl hur man i dagens rättsliga miljö bör se på informationsfrihetsintresset i sådana situationer:

”Ett påstående att denna skiss till ett s.k. manifest utgör ett litterärt verk ter sig först som överraskande. Ur strikt upphovsrättslig synpunkt kan emellertid hävdas att så är fallet. Manifestet måste dock, på grund av de förhållanden under vilka det tillkommit och blivit föremål för en intern debatt, till sin väsentliga del bedömas som ett idé- och nyhetsmaterial och inte som någon form av litteratur. Dess ekonomiska värde – sett då i dess påstådda egenskap av ett litterärt verk – måste också anses mycket begränsat.

Målet visar alltså att konflikt kan uppstå mellan tryckfrihetsförordningens och upphovsrättslagens syften. Bestämmelsen i 1 kap 8 § 2 st tryckfrihetsförordningen skall då tolkas med tryckfrihetsförordningens syfte som grundval.

En upphovsmans s k ideella rätt kan utgöra en begränsning av yttrande- och tryckfriheten, såvida kränkning sker av upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart eller av den andliga odlingens intressen. Någon sådan kränkning har inte skett i förevarande fall. *Därutöver kan det inte ha varit grundlagstiftarens mening att en närmast formell upphovsrätt skulle kunna hindra en tidning från att publicera ett nyhetsmaterial av stort allmänt intresse.*” [Min kursivering.]

9. Slutsats – ett förslag på utgångspunkter för avvägningen mellan upphovsrätten och informationsfriheten

Vid en avvägning mellan informationsfriheten och upphovsrätten bör domstolen göra en nyanserad helhetsbedömning utifrån alla omständigheter i målet. Av redogörelsen ovan rörande europeiska

nationella avgöranden framgår olika parametrar som beaktats av de nationella domstolarna och som är relevanta även för svenska domstolars prövning av mål där upphovsrättsintresset står mot informationsfrihetsintresset. Vid en avvägning bör domstolen enligt min uppfattning beakta följande parametrar:

Karaktern hos det skyddade verket

i) *Rör frågan egentlig upphovsrätt eller närstående rättigheter?*

En upphovsman får typiskt sett anses ha en närmare verksrelation till ett verk som är resultatet av upphovsmannens egna intellektuella skapande än till en närstående rättighet i form av exempelvis en bild eller film snabbt fotograferad med en mobiltelefon. Skyddsintresset för upphovsmannen bakom ett verk som skyddas av egentlig upphovsrätt bör därmed typiskt sett vara högre än skyddsintresset för en närstående rättighet.

ii) *Rör målet "upphovsrättsliga småmynt"?*

Om målet rör alster som balanserar på gränsen till att skyddas av egentlig upphovsrätt bör detta beaktas vid avvägningen mellan upphovsrätt och informationsfrihet. För upphovsmannen närmast av formella skäl ett upphovsrättsligt skydd för ett alster med låg originalitet bör det tala för att informationsfrihetsintresset kan väga över.

Parametrar hänförliga till upphovsmannen

iii) *Har alstret offentliggjorts?*

Inskränkningarna i upphovsrätten avser offentliggjorda verk. Om upphovsmannen inte själv offentliggjort sitt verk bör det i normalfallet tala för att informationsintresset får stå tillbaka för det upphovsrättsliga intresset. Har delar av verket redan offentliggjorts bör bedömningen bli den motsatta.

iv) *Den ekonomiska betydelsen av utnyttjandet av det skyddade alstret för upphovsmannen*

Om utnyttjandet av det skyddade alstret förorsakar upphovsmannen beaktansvärd skada bör det tala för att upphovsrätten skall ges försteg framför informationsfriheten. Om upphovsmannens ekonomiska skada eller obefintlig eller liten bör det

istället tala för att informationsfriheten skall sättas före upphovsrätten.

v) *Utnyttjas alstret i konkurrens med upphovsrättsinnehavaren?*

I de fall informationsfriheten kan gå före upphovsrättsintresset beror det på allmänhetens intresse av att ta del av informationen. Har upphovsmannen själv förmedlat informationen är det inte rimligt att upphovsmannen på grund av informationsintresset skall behöva tåla att en tredje part utnyttjar dennes verk i konkurrens med upphovsmannen.

vi) *Kan upphovsmannen identifieras och tillstånd efterfrågas?*

Om upphovsmannen på förväg är identifierbar och den part som vill utnyttja verket för informationsspridningsändamål har en faktisk möjlighet att mot ersättning få upphovsmannens medgivande bör det tala för att upphovsrätten skall gå före informationsfrihetsintresset. I många fall är det tydligt att det är otänkbart att upphovsmannen om denne tillfrågades skulle lämna sådant tillstånd (jfr exempelvis omständigheterna i de ovan refererade domarna i *Greenpeace Licensing och Greenpeace BV, Medienprofessor* respektive *Wahlkampf*). I sådana situationer kan inte möjligheten att erhålla tillstånd beaktas i någon större utsträckning.

Syftet med och vikten av verksutnyttjandet

vii) *Karaktären hos yttrandet (kommersiell eller icke-kommersiell information)*

Om det primära syftet med verksutnyttjandet är att öka läsvärdet hos en artikel, att öka tittarvärdet hos ett TV-program (jfr de ovan refererade domarna i *Ashdown v Telegraph Group Ltd, Geleitwort* respektive *Passbild* men även Lunds tingsrätts dom rörande den s k järnrörsfilmen i mål nr FT 1046-14) eller att ge attraktionskraft åt en företeelse är verksutnyttjandet primärt förestavat av ett kommersiellt intresse. I dessa fall kan den upphovsrättsliga ensamrätten inte behöva vika för informationsintresset eftersom det inte föreligger ett genuint informationsintresse.

viii) *Har informationsintresset tillgodosetts eller kan det tillgodoses på annat vis?*

En helt central fråga är om ett upphovsrättsligt skyddat alster alls måste utnyttjas för att nyheten skall kunna återges. Ibland är det upphovsrättsligt skyddade alstret nyheten i sig och utan ett återgivande av alstret skulle nyheten inte stå på egna ben. Ett tydligt exempel på ett sådant upphovsrättsligt skyddat alster är bilderna på den misshandel och tortyr som förekom i Abu Graib-fängelset där bilden i sig förmedlade hela nyheten och där bilden hade varit svår att referera. Detsamma gäller för den sk järnrörsfilmen som för närvarande är föremål för prövning i Hovrättens för Västra Sverige mål nr FT 2348-15. Om det däremot är möjligt att återge nyheten genom referat eller beskrivningar eller genom att länka till bilder eller texter (vilket dock endast kan gälla rena internetpublikationer) bör det tala för att upphovsrätten skall väga över informationsfrihetsintresset.

- ix) *Det återgivna alstrets betydelse för att förmedla information eller nyheter*

Om det utnyttjade alstret är helt centralt för den förmedlade nyheten, exempelvis genom att vissa sakförhållanden förnekas av en intervjuperson eller om en bild eller en text är ett tydligt bevis på en händelse- eller ett händelseförlopp bör det tala för att informationsfrihetsintresset väger över upphovsrätten. Om alstret istället används för ändamålet att illustrera en artikel eller ett nyhetsinslag och innehållet hade kunnat förmedlas utan illustration bör det tala för att upphovsrätten väger över yttrandefriheten.

- x) *Allmänintresset kring nyheten som sådan*

Allmänintresset kring en nyhet varierar naturligtvis. Om allmänintresset är högt, exempelvis att nyheten berör statsråd, riksdagsledamöter, myndighetsföreträdare, näringslivsföreträdare eller personer som uttalar i aktuella och omdebatterade frågor bör detta tillmätas betydelse vid avvägningen mellan upphovsrätten och informationsfriheten.

Ändamålet med upphovsmannens talan

- xi) Det förekommer att upphovsrätten används för att hindra att information blir publik (jfr exempelvis avgörandena beträffande Scientologibibeln, Ashdown och HRH Prince of Wales). Om

det egentliga syftet med upphovsmannens talan är att hindra spridning av viss information och upphovsmannen yrkar förbud eller ersättning på upphovsrättslig grund bör detta tala för att informationsfriheten skall prioriteras före upphovsrätten.

Sanktioner i anledning av intrånget

xii) *Sanktioner i händelse av intrång*

Frågan om avvägningen mellan upphovsrätt och informationsfrihet kan tydligt spetsas till om frågan skulle komma upp i ett brottmål. Högsta domstolen har i Manifest-målet uttalat att om yttrandefrihetsintresset gör sig gällande med sådan styrka att det skulle röra sig om ett fall som skulle kunna sägas ha beröringspunkter med nödsituationer enligt 24 kap kan det beaktas. Om frågan huruvida exempelvis en bildpublicering skulle komma upp i ett straffrättsligt mål bör dock informationsfrihetsintresset kunna beaktas i en vidare mån eftersom straffsanktioner, på ett annat vis än civilrättsliga sanktioner kan leda till att enskilda avstår från verksamhet som skulle kunna vara tillåtliga efter en avvägning mellan informationsfrihetsintresset och upphovsrätten.