

60

(NJA 2010 s 559)

Om inte annat klargjorts av upphovsrättsinnehavaren får det, vid ett avtal om upplåtelse av rätt att använda ett verk på förpackningen till en vara avsedd för vidareförsäljning till konsumenter, i regel anses vara underförstått att upplåtelsen även omfattar en rätt för producenten av varan och för försäljare i senare led att utnyttja förpackningen för marknadsföring på vedertaget sätt.

2 §, 27 § och 28 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk; EU-domstolens dom den 4 november 1997 i mål C-337/95, Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV, REG 1997 s. I-06013

Stockholms tingsrätt

G.N. förde vid Stockholms tingsrätt den talan mot Åhléns Aktiebolag som framgår av tingsrättens dom.

Tingsrätten (rådmannen Olle Sörheim) anförde i dom den 16 oktober 2007:

Bakgrund

Musikförlaget EMI Music Sweden AB gav ut en CD-skiva med sång och musik av Evert Taube (O eviga ungdom.). På CD-omslagets framsida förekommer en bild av Evert Taube, tagen av G.N. EMI distribuerade skivan till Åhléns Aktiebolag (Åhléns) som är en av EMI:s återförsäljare. Åhléns hade en s.k. film- och CD-rea i oktober 2003. I samband härmed gav Åhléns ut en reklamkatalog som innehöll titlar på olika filmer och CD-skivor. En av CD-skivorna utgjordes av den nämnda skivan med sång och musik av Evert Taube. I katalogen fanns en bild som återgav

2010:60 s 560

CD-omslagets framsida. Det framgick inte vem som tagit bilden på Evert Taube. Åhléns utnyttjade bilden utan att inhämta samtycke av G.N.

G.N. gjorde gällande att Åhléns inte hade rätt att använda bilden i reklamkatalogen utan hans samtycke och därför skulle betala skadestånd till honom på grund av intrång i hans upphovsrätt. Han gjorde också gällande att han hade rätt till skadestånd på grund av att Åhléns inte namngivit honom som upphovsman i anslutning till bilden. Åhléns tillbakavisade G.N:s krav.

Yrkanden m.m.

G.N. har yrkat att Åhléns skall förpliktas att till honom betala 17 047 kr 50 öre, varav 6 518 kr 75 öre utgör skäligt vederlag för utnyttjandet, 4 010 kr ersättning för annan förlust än uteblivet vederlag, liksom för lidande eller annat förfång och 5 215 kr ersättning för utebliven namngivelse. Av beloppet 6 518 kr 75 öre utgör 1 303 kr 75 öre mervärdesskatt.

Åhléns har bestritt käromålet. Som skäligt vederlag för utnyttjandet har 5 215 kr vitsordats (det yrkade beloppet i denna del exklusive mervärdesskatt). Åhléns har gjort gällande att mervärdesskatt inte skall utgå på detta belopp. I övrigt har inga belopp vitsordats.

Grunder

G.N.

Han är upphovsman till bilden. Han har inte gett Åhléns rätt att utnyttja bilden på sätt som skett. G.N. har inte heller gett EMI rätt att till Åhléns upplåta sådan rätt till nyttjande. Åhléns utnyttjande av bilden utgör därför otillåten exemplarframställning. Detta intrång har skett åtminstone av oaktsamhet. G.N. har således rätt till skadestånd enligt 54 § upphovsrättslagen. Han har inte namngivits i anslutning till bilden i enlighet med god sed enligt 3 § upphovsrättslagen och har också på grund av detta rätt till skadestånd av Åhléns.

Åhléns

Det bestrids att Åhléns begått påstått intrång.

Åhléns åtgärder med bilden utgör inte exemplarframställning i upphovsrättslagens mening.

EMI:s och G.N:s mellanhavande ledde till att G.N. medgav att EMI fick använda bilden fritt. Denna fria användning gällde också EMI:s återförsäljare, bl.a. Åhléns. G.N. har således, åtminstone underförstått, samtyckt till ifrågavarande användning.

Åhléns rätt att använda bilden såsom skett följer vidare av branschpraxis. Enligt branschpraxis har en återförsäljare rätt att marknadsföra en produkt som lovligen satts på marknaden. Produkten har i detta fall lovligen satts på marknaden.

2010:60 s 561

Eventuellt intrång har inte skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Skadestånd enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen kan därför inte utgå.

Det stämmer att G.N. inte namngetts i anslutning till bilden i katalogen. I detta fall kräver inte god sed att namngivning skall ske.

G.N.

Det bestrids att påstådd branschpraxis föreligger.

Utveckling av talan

G.N.

En gång i tiden umgicks han med Evert Taube och tog flera fotografier av denne. På 1960-talet överlämnade G.N. till EMI dessa fotografier och andra fotografier. EMI fick rätt att använda fotografierna om bolaget dessförinnan kontaktade G.N. I oktober 2003 uppmärksammade G.N. att EMI använde den aktuella bilden av Evert Taube på ett CD-omslag. Han hade inte gett EMI rätt till denna användning och kontaktade därför bolaget och framförde detta.

Förhandlingar mellan G.N. och EMI kom till stånd. G.N. företrädde numera av S.T. vilken förde diskussioner med EMI:s J.S. Diskussionerna ledde till en uppgörelse med EMI. Den gick ut på att EMI skulle betala 3 125 kr för att få använda bilden på CD-omslaget. Rätt till ytterligare användning för EMI kom man inte överens om. Man kom inte heller överens om att EMI skulle förvärva någon rätt till förmån för tredje man. I maj 2004 tillställdes EMI en faktura på 3 125 kr i enlighet med överenskommelsen. I fakturan användes uttrycket engångspublicering, vilket syftade på att man kommit överens om att EMI endast skulle få publicera bilden på CD-omslaget.

Hösten 2003 gav Åhléns ut den nämnda reklamkatalogen, vilken spreds till ett stort antal hushåll i Stor-Stockholm. Det rör sig därför om olovlig exemplarframställning i stor omfattning.

Åhléns underlät att före exemplarframställningen söka ta reda på hur det förhöll sig med rätten att använda bilden i reklamkatalogen. Detta innebär att intrånget skett av åtminstone oaktsamhet.

På grund av intrånget är Åhléns skyldigt att till G.N. utge skäligt vederlag för utnyttjandet och allmänt skadestånd enligt 54 § första stycket respektive andra stycket upphovsrättslagen. På grund av den underlåtna namngivningen föreligger skyldighet att utge ideellt skadestånd enligt 3 § upphovsrättslagen. De

yrkade beloppen har beräknats med ledning av Bildleverantörernas Förenings (BLF) prislista för år 2003. Beloppen är lågt beräknade.

Åhléns

Det är riktigt att Åhléns återgivit det aktuella skivomslaget i den nämnda reklamkatalogen. Avbildningen av detta CD-omslag tillsammans med ett stort antal andra CD- omslag i en reklamkatalog utgör emellertid inte otillåten exemplarframställning eller annat otillåtet upphovsrättsligt

2010:60 s 562

förfogande. Det som visas i reklamkatalogen utgörs av produkten och inte av bilden i sig.

Det är riktigt att G.N. på 1960-talet överlämnade den aktuella bilden på Evert Taube och andra bilder till EMI. EMI och G.N. var överens om att EMI hade rätt att använda bilderna fritt; det krävdes således inte något särskilt samtycke från G.N. Det enda som skulle göras upp i efterhand sedan EMI använt en bild gällde priset för användningen.

EMI:s rätt att använda bilder fritt innefattade rätt för EMI att använda bilderna i sin marknadsföring av EMI:s produkter. Rätten att använda bilderna i marknadsföring inkluderade EMI:s återförsäljare. G.N. var väl medveten om förhållandet. Det måste således ha stått klart för honom att EMI:s återförsäljare skulle ha denna rätt. G.N. får därför anses ha samtyckt till Åhléns användning av bilden. Sådant samtycke har i vart fall varit underförstått. Till detta skall läggas, såsom redan nämnts, att Åhléns användning av bilden har skett i enlighet med gällande branschpraxis. Denna branschpraxis framgår också av EG-domstolens dom den 4 november 1997 i mål C-337/95, Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV (Dior-målet).

Av det anförda framgår att G.N. och Åhléns inte haft något avtalsförhållande med varandra men att det inte heller för Åhléns användning av bilden varit erforderligt med samtycke av G.N. Åhléns har haft anledning att tro att EMI:s rätt till bilden gett Åhléns rätt att använda bilden i sin marknadsföring på sätt skett.

Eventuellt intrång har med hänsyn till det anförda inte skett uppsåtligen eller av oaktsamhet.

G.N:s namn har angetts på baksidan av CD-omslaget. Återgivningen av omslaget avser dess framsida. Det är inte förenligt med god sed att i en reklamkatalog av detta slag ange vem som är upphovsman till en bild på CD-omslaget.

Det är riktigt att G.N. och EMI förde förhandlingar med varandra sedan G.N. hört av sig med krav på ersättning för EMI:s användning av bilden. EMI ansåg inte att G.N. hade rätt till sådan ersättning. EMI och G.N. kom emellertid så småningom överens om en förlikning i frågan. EMI betalade i enlighet med förlikningen 3 125 kr till G.N. Förlikningen innebär inte att EMI har accepterat G.N:s ståndpunkt när det gäller hans rätt till ersättning för användning av bilden.

Om tingsrätten finner att Åhléns begått intrång i bilden vitsordas 5 125 kr som skäligt vederlag för utnyttjandet. Någon skada i övrigt har under alla förhållanden inte uppkommit. På grund härav kan inget belopp vitsordas som skäligt avseende allmänt skadestånd och underlåten namngivelse.

Åhléns vitsordar inte att skadestånd skall beräknas med ledning av BLF:s prislista. Denna prislista är inte avsedd för de priser som bör gälla för en återförsäljare i ett fall som detta. Även om det skulle anses att prislistan bör tillämpas på EMI är den inte tillämplig på EMI:s återförsäljare.

Bevisning

Vittnesförhör har på begäran av G.N. hållits med O.W. och R.B. och på begäran av Åhléns med P.S. och C.J. Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

2010:60 s 563

Domskäl

Det har inte bestritts att G.N. är upphovsman till bilden i fråga och att bilden åtnjuter upphovsrättsligt skydd.

Såsom framgår av 2 § upphovsrättslagen (1960:729) innefattar upphovsrätt i princip uteslutande rätt för upphovsmannen att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten.

Exemplarframställning?

G.N. har gjort gällande att Åhléns åtminstone av oaksamhet gjort sig skyldigt till otillåten exemplarframställning av bilden. Åhléns har invänt att de åtgärder som vidtagits med bilden inte utgör exemplarframställning i upphovsrättslagens mening. CD-omslagets framsida har återgivits i reklamkatalogen. Det framgår att omslaget domineras helt av bilden på Evert Taube. Med hänsyn härtill finner tingsrätten uppenbart att mångfaldigandet av bilden intagen i reklamkatalogen utgör exemplarframställning i upphovsrättslagens mening. Den omständigheten att det avbildade CD-omslaget förekommer i en reklamkatalog som också innehåller ett stort antal andra avbildade CD-omslag förändrar inte denna bedömning.

Medgivande att använda bilden på grund av avtal?

P.S., bolagsjurist hos EMI, har uppgivit: Han började sin anställning hos EMI i februari 2005. G.N. gjorde i en tvist med EMI gällande att EMI inte hade rätt att använda den aktuella bilden på EMI:s hemsida. G.N. hävdade att EMI gjorde sig skyldigt till olovlig exemplarframställning, vilket EMI bestred. Parterna träffade en förlikning i frågan. EMI:s inställning i sak är att EMI genom överenskommelse med G.N. medgettts rätt att använda bilden såväl på CD-omslaget som i EMI:s marknadsföring. ”Det är verkningslöst om EMI inte har rätt att använda bilden i reklam för sina produkter.” EMI har inte träffat avtal med Åhléns av innebörd att Åhléns har rätt att använda bilden i reklam.

C.J., anställd hos EMI sedan den 8 oktober 1973, har uppgivit: Han sysslar med framställningen av EMI:s produkter och har inte med EMI:s olika avtal att göra. Han utgår från att EMI får använda bilder av detta slag fritt. C.J. minns att G.N. för länge sedan hörde av sig och framförde ett krav med anledning av en bild som EMI använt. Han bad G.N. att sända en faktura så att EMI kunde ta ställning till kravet. EMI har rätt att använda bilder av detta slag i sin reklam, ”annars är bilden värdelös”. Det är underförstått att också Åhléns får använda sådana bilder i sin reklam. ”Hur skall Åhléns annars kunna visa sina produkter?”

Tingsrätten konstaterar att det är ostridigt att G.N. och Åhléns inte ingått avtal om rätt för Åhléns att använda bilden såsom skett. Enligt Åhléns skall rätten härtill för Åhléns härledas till en överenskommelse mellan EMI och G.N. Denna överenskommelse skulle ha gett också Åhléns rätt att använda bilden i sin marknadsföring.

2010:60 s 564

Inom upphovsrätten gäller vid överlåtelse eller upplåtelse av upphovsrätt den s.k. specifikationsprincipen. Överlåtelsen eller upplåtelsen gäller enligt denna endast det som uppgetts vara föremål för rättshandlingen. Sådant som inte särskilt anges omfattas således inte av överlåtelsen eller upplåtelsen.

Det åligger Åhléns att styrka att ifrågavarande rätt upplåtits till Åhléns genom påstådd överenskommelse mellan G.N. och EMI. Utredningen är oklar när det gäller vad dessa två kommit överens om. Det är också oklart när överenskommelsen skulle ha träffats. Den träffade överenskommelsen har i vart fall gått ut på att EMI skulle ha rätt att använda bilden på det aktuella CD-omslaget. Det är troligt att EMI enligt denna också skulle ha rätt att använda bilden i sin egen marknadsföring. Tingsrätten finner emellertid inte styrkt att Åhléns kan grunda påstådd rätt på överenskommelsen mellan G.N. och EMI.

Medgivande att använda bilden på grundval av branschpraxis?

En av frågorna som var uppe i Diormålet som gällde en begäran om förhandsavgörande var följande:

6) Strider det mot artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget om innehavaren av ett (figur)varumärke eller av upphovsrätten till flaskor och förpackningar som används för hans varor, under återopande av sin varumärkesrätt eller upphovsrätt, hindrar en återförsäljare som har rätt till fortsatt marknadsföring av varorna från att göra reklam för varorna på ett sätt som är vedertaget bland detaljhandlarna i den ifrågavarande sektorn? Förhåller det sig så även när återförsäljaren, till följd av hur han använder varumärket i sitt reklammaterial, skadar den bild av lyx och prestige som är knuten till varumärket eller då spridningen eller återgivningen sker under sådana omständigheter att innehavaren av upphovsrätten kan åsamkas skada?

EG-domstolen besvarade frågan enligt följande.

Den sjätte frågan skall därför besvaras på så sätt att innehavaren av ett varumärke eller en upphovsrätt inte kan motsätta sig att en återförsäljare, som vanligtvis marknadsför produkter av samma slag men inte nödvändigtvis av samma kvalitet som de märkesskyddade varorna, i enlighet med de sätt att göra reklam på som är vedertagna i hans bransch använder dessa för fortsatt marknadsföring av produkterna, såvida det inte visas att användningen av produkterna i detta syfte, på grund av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, allvarligt skadar deras anseende.

Ett avgörande från EG-domstolen väger mycket tungt vid prövning av ett nationellt mål under förutsättning att omständigheterna i målen är likartade. Fråga är därför om förhållandena i detta fall liknar förhållandena i Diormålet. Tingsrätten finner att förhållandena skiljer sig åt på en viktig punkt. Diormålet handlar om en återförsäljare som tillhandahåller en varumärkesinnehavares och upphovsrättsinnehavares (Diors) varor. I detta mål förhåller det sig inte på detta sätt eftersom G.N. befinner sig i en helt annan situation är Dior. G.N. har inte till skillnad från Dior något återförsäljarförhållande.

2010:60 s 565

Av domen i Diormålet framgår också att en reklamåtgärd skall ske på sätt som är vedertaget i branschen. I detta fall finns ingen egentlig utredning om vad som är förenligt med branschpraxis. Ähléns kunde mycket väl ha förebringat sådan utredning genom exempelvis hörande av representanter från andra musikförlag och andra återförsäljare. Detta har emellertid inte skett.

Tingsrätten finner inte att Ähléns har styrkt att påstådd branschpraxis föreligger.

Bedömningen ovan leder till att tingsrätten finner visat att Ähléns begått intrång i G.N:s upphovsrätt till bilden genom påstådd olovlig exemplarframställning.

Fråga är om intrånget skett åtminstone av oaktsamhet. Ähléns har förvärvat produkterna av EMI och måste med hänsyn till omständigheterna anses ha haft fog för uppfattningen att man fick använda bilden i sin reklam på sätt som skett. Tingsrätten finner på grund av detta att intrånget inte kan anses ha skett ens av oaktsamhet.

Skälig ersättning för utnyttjandet

Enligt 54 § första stycket upphovsrättslagen skall skäligt vederlag för utnyttjandet av ett verk utgå när intrång i verket skett. Enligt detta lagrum krävs inte för rätt till ersättning att intrånget skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Det räcker med intrång i sig (i objektiv mening).

G.N:s talan måste uppfattas på så sätt att yrkandet om skäligt vederlag för utnyttjandet framställs även om intrånget skett utan uppsåt eller oaktsamhet.

Tingsrätten finner att skäligt vederlag för utnyttjandet skall utgå med det belopp som Ähléns har vitsordat. Det är inte skäligt att göra tillägg till beloppet med belopp motsvarande mervärdesskatt.

Ersättning för annan förlust än uteblivet vederlag m.m.

Med hänsyn till den bedömning tingsrätten gjort i frågan om intrång skall ersättning enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen inte utgå eftersom kravet på uppsåt eller oaktsamhet inte är uppfyllt.

Ersättning för utebliven namngivelse

Då exemplar av ett verk framställs eller verket görs tillgängligt för allmänheten skall upphovsmannen anges i den omfattning och på det sätt god sed kräver. Detta stadgas i 3 § första stycket upphovsrättslagen.

Åhléns har i en reklamkatalog återgivit framsidan av ett CD-omslag. På CD- omslagets baksida har G.N. angetts som upphovsman till bilden. Namngivning av upphovsmannen i reklamkatalogen skulle förutsätta att man gör ett tillägg till reklam bilden genom påtryck av namnet eller på annat sätt. Ett krav på skyldighet att göra så framstår som onaturligt med hänsyn till sammanhanget.

R.B. har uppgett att det inte är vanligt att fotografen namnges i en reklamkatalog som innehåller flera hundra bilder.

Ifrågavarande bild ingår i en katalog som innehåller flera hundra bilder. Tingsrätten finner inte att god sed kräver att upphovsmannen till bilden skall namnges i ett fall som detta. Skadestånd på grund av underlåten namngivning skall därför inte utgå.

Domslut

Åhléns Aktiebolag förpliktas att till G.N. betala 5 215 kr.

2010:60 s 566

Svea hovrätt

Båda parter överklagade i Svea hovrätt.

G.N. yrkade att hovrätten skulle fastställa det belopp som tingsrätten hade dömt ut som skäligt vederlag men tillägga ett belopp på 1 303 kr 75 öre, utgörande mervärdesskatt. Han yrkade därutöver skadestånd enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen med 4 010 kr.

Åhléns yrkade att hovrätten skulle ogilla käromålet i dess helhet.

Hovrätten (hovrättspresidenten Fredrik Wersäll, hovrättsrådet Roland Halvorsen, referent, och tf. hovrättsassessorn Claes Almberg) anförde i dom den 19 december 2008:

Hovrättens domskäl

I hovrätten har G.N. hörts på nytt liksom vittnena P.S. och C.J. Ljudupptagningen vid tingsrätten av förhören med O.W. och R.B. har spelats upp. Samma skriftliga bevisning som i tingsrätten har återopats.

G.N:s yrkanden i hovrätten innebär att han inte längre gör gällande att Åhléns har kränkt hans rätt enligt 3 § upphovsrättslagen (URL) att anges som upphovsman till fotografiet.

Som har antecknats i tingsrättens dom lämnade G.N. redan på 1960-talet över ett antal fotografier av Evert Taube till musikförlaget EMI Music Sweden AB (EMI). Parterna är oense i frågan om EMI fritt fick använda bilderna varvid ersättningsfrågan skulle regleras i efterhand eller om G.N. måste ge sitt tillstånd inför varje användning. Eftersom EMI har haft bilderna, som enligt vad som har uppgivits var diapositiv (av vilka endast ett exemplar torde finnas), i sin besittning i ungefär 40 år talar det mesta enligt hovrättens mening för att det har förhållit sig så som EMI har gjort gällande. Frågan är dock inte avgörande för bedömningen i målet eftersom ett avtal om EMI:s användning ostridigt har träffats, låt vara förlikningsvis efter användningen.

Den rätt som genom detta avtal tillkom EMI - som inte självt bedriver detaljhandel med CD - måste så länge upphovsmannen inte uttryckligt har motsatt sig detta kunna överlåtas till den eller dem som ska saluföra sådana. Att G.N. inte har ingått något avtal direkt med Åhléns saknar därför betydelse.

Som tingsrätten inledningsvis har antecknat i sina domskäl innefattar upphovsmannens ensamrätt en exklusiv rätt både att göra verket tillgängligt för allmänheten och att framställa exemplar av verket. Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten inbegriper bl.a. rätten att visa verket offentligt. G.N. har inte invänt mot att EMI, genom avtalet som gav rätt att använda bilden av Evert Taube på skivomslaget, också skulle ha fått rätt att i marknadsföringssyfte visa fotografiet offentligt på det sätt som sker när skivorna ställs ut i sina omslag i butiker, skyltfönster osv.

Det naturliga betraktelsesättet måste därvid vara att det vid marknadsföringen inte är fotografiet av Evert Taube som visas offentligt utan

2010:60 s 567

varan i sin förpackning, CD- fodralet. Samma resonemang bör tillämpas när det gäller framställningen av exemplar av en katalog där CD-fodralet avbildas. Det är alltså inte fråga om någon framställning av exemplar av fotografiet och därmed blir inte heller frågan om konsumtion av spridnings- eller visningsrätten enligt 19 och 20 §§ URL, som endast gäller exemplar av verket, tillämplig. Åhléns förfarande utgör, mot denna bakgrund, inte något intrång i G.N:s upphovsrätt. Hans talan ska därför lämnas utan bifall.

Domslut

Med undanröjande av tingsrättens domslut lämnar hovrätten G.N:s talan utan bifall.

Högsta domstolen

G.N. överklagade och yrkade att HD med ändring av hovrättens dom skulle förplikta Åhléns Aktiebolag att till honom betala skälig ersättning för utnyttjande med 5 215 kr, mervärdesskatt på ersättningen med 1 303 kr 75 öre samt skadestånd med 4 010 kr.

Åhléns Aktiebolag bestred ändring.

HD avgjorde målet efter föredragning.

Föredraganden, rev.sekr. Maria Hallqvist, föreslog i betänkande följande dom:

Domskäl

1. Musikförlaget EMI Music Sweden AB (EMI) har gett ut en CD-skiva med sång och musik av Evert Taube ("O eviga ungdom."). På skivans omslag finns ett fotografi av Evert Taube, taget av G.N. Åhléns Aktiebolag (Åhléns) är en av EMI:s återförsäljare och har salufört den aktuella skivan. Under hösten 2003 gav Åhléns ut en reklamkatalog inför sin film- och CD-realisation. Katalogen innehöll titlar och bilder av omslag på olika filmer och skivor som ingick i realisationen. En av bilderna återgav framsidan av omslaget till skivan "O eviga ungdom.".

2. Det är ostridigt i målet att den aktuella bilden av Evert Taube är ett fotografiskt verk som G.N. har upphovsrätt till och att Åhléns utnyttjade bilden utan att inhämta uttryckligt samtycke från G.N. Tvisten i målet gäller frågan om Åhléns hade rätt att utnyttja bilden i reklamsammanhang trots att sådant samtycke inte inhämtats.

Utgör Åhléns förfogande framställning av exemplar?

3. G.N. har gjort gällande att Åhléns utnyttjande av bilden utgör otillåten exemplarframställning. Åhléns har bestritt att återgivningen av CD-skivan i reklamkatalogen utgör framställning av exemplar av det fotografiska verket.

4. Enligt 2 § första stycket lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen) innefattar upphovsrätt, med i lagen angivna inskränkningar, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för

2010:60 s 568

allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik.

5. Framställning av exemplar innefattar enligt 2 § andra stycket upphovsrättslagen varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis. Bestämmelsen infördes genom en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 2005 (SFS 2005:359). Ändringen innebär att rätten till framställning av exemplar numera definieras i nämnda stycke, som utgör en klargörande utfyllnad av bestämmelsen i första stycket (se prop. 2004/05:110 s. 55 och 377). Till större delen innebär definitionen inga nyheter i förhållande till vad som gällde tidigare (se a. prop. s. 377). Någon ändring i sak som har betydelse för

bedömningen i målet har inte skett (jfr punkten 5 i övergångsbestämmelserna till nämnda lagändring samt rättsfallet NJA 2010 s. 135, punkterna 7 och 10).

6. Rätten att framställa exemplar av ett verk tar sikte på framställning av nya materiella föremål i vilka verket är nerlagt. Endast upphovsmannen har rätt att nedlägga eller fixera sitt verk i ett föremål som gör det möjligt för andra att ta del av det. Genom att rätten gäller oavsett i vilken form eller med vilken metod som exemplarframställningen sker, är det likgiltigt i vilken form verket är nedlagt eller fixerat. Ett fotografi kan finnas i original eller reproduktion och ett exemplar kan framställas genom kopiering eller genom att verket tecknas av någon annan. (Se Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, En kommentar, 3 uppl. 2009, s. 58 och 60 f. Jfr rättsfallen NJA 1981 s. 313 och NJA 1989 s. 315.)

7. CD-omslagets framsida, som domineras av bilden på Evert Taube, har återgivits i reklamkatalogen. Åhléns förfogande över bilden utgör exemplarframställning i upphovsrättslagens mening.

Är G.N:s upphovsrätt konsumerad?

8. Om HD finner att Åhléns har framställt exemplar av G.N:s fotografi, har Åhléns gjort gällande att G.N:s upphovsrätt till det aktuella fotografiet är utsläckt genom den immaterialrättsliga principen om konsumtion och att det, i enlighet med en dom från EG-domstolen den 4 november 1997 i mål C-337/95, Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV (det s.k. Diormålet), följer av branschpraxis att en återförsäljare har rätt att marknadsföra en produkt som lovligen satts på marknaden.

9. Principen om konsumtion regleras i 19 och 20 §§ upphovsrättslagen och rör alltid och enbart exemplar av ett verk. Enligt 19 § utsläcks ("konsumeras") upphovsmannens ensamrätt till spridning av ett bestämt verksexemplar i samband med att detta med upphovsmannens samtycke har överlåtits. Motsvarande gäller beträffande ensamrätten till visning för allmänheten sedan ett verk har utgivits (se 8 och 20 §§ upphovsrättslagen). Efter överlåtelsen kan upphovsmannen inte längre bestämma över det överlåtna exemplaret.

10. Konsumtionsreglerna berör således endast spridningsrätten och visningsrätten (jfr 2 § första stycket och tredje stycket 3 och 4 upphovsrättslagen). Förvärvaren får aldrig någon rätt till exemplarframställning eller till offentligt framförande av verket (se Levin, Lärobok i immaterialrätt, 9 uppl. 2007 s. 140 f. och Olsson, a.a. s. 155 och 159 f.). Enligt EG-domstolens dom i det s.k. Diormålet (se ovan punkt 8) har dock en återförsäljare

2010:60 s 569

under vissa förutsättningar rätt att i reklamblad marknadsföra exemplar av ett verk eller en produkt som han saluför.

11. Mellan G.N. och Åhléns råder inte något återförsäljarförhållande.

12. På grund av det anförda, och då Åhléns inte har åberopat någon annan branschpraxis till stöd för sin talan, följer det varken av konsumtionsprincipen eller av EG-domstolens dom i det s.k. Diormålet att Åhléns hade rätt att förfoga över bilden av Evert Taube på sätt som skedde.

Har G.N., genom avtal med EMI, samtyckt till Åhléns förfogande?

13. Åhléns har därefter gjort gällande att G.N. genom sin långvariga avtalsrelation med EMI har insett att CD-skivorna, genom återförsäljare, skulle komma att marknadsföras i exempelvis reklamkataloger, och att han därmed underförstått samtyckt till en sådan marknadsföring.

14. Av 27 § första stycket upphovsrättslagen framgår att rätten att framställa exemplar helt eller delvis får överlåtas. Vid överlåtelse av rätten att framställa exemplar i begränsade hänseenden brukar man tala om upplåtelse av rättigheter (jfr Olsson, a.a. s. 234, Rosén, Upphovsrättens avtal, 3 uppl. 2006, s. 87, och Carlén-Wendels, Upphovsrätt i reklam och media, 2 uppl. 2005, s. 118).

15. I 28 § upphovsrättslagen regleras förvärvarens befogenheter vid överlåtelse- eller upplåtelseavtal. Om inte annat avtalats gäller enligt första meningen att den till vilken upphovsrätt överlåtits inte får

överlåta rätten vidare. Att annat har avtalats kan innefatta både en uttrycklig och en tyst överenskomst i den meningen att förvärvarens rätt kan anses framgå av omständigheterna (se Olsson, a.a. s. 241). Enligt motiven till bestämmelsen ligger det i sakens natur att förvärvaren får överlåta rätten vidare inte bara då upphovsmannen uttryckligen medgett honom detta utan även då omständigheterna annars är sådana att upphovsmannen får anses ha samtyckt till det (se SOU 1956:25 s. 290).

16. För vägledning vid oklarhet om förfoganderättens omfattning i upphovsrättsavtal har, på motsvarande sätt som inom den allmänna avtalsrätten, några avtalstolkningsprinciper kommit att utvecklas. Framför allt är det upphovsmannens ställning, som typiskt sett svagare part i förhållande till den som ska exploatera verket, som har motiverat tolkningsregler med syfte att stärka upphovsmannens avtalsposition. (Se Nordell, Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal, i NIR 2008 s. 307 och 310.)

17. Några i doktrinen och praxis ofta förekommande tolkningsprinciper är dels specialitetsgrundsatsen, dels specialitetsprincipen eller specifikationsprincipen. Enligt den förre ska inte mer av upphovsrätten anses övergå än vad som uttryckligen följer av avtalet och enligt den andra ska omfattande och otydliga eller tysta avtal tolkas restriktivt eller inskränkande till upphovsmannens förmån. (Se Nordell, a.a. s. 313 och 328). Upphovsrätsutredningen har föreslagit att nämnda grundsats och princip ska lagfästas (se SOU 2010:24 s. 41, 102 ff. och 307 f.).

18. Med undantag av att EMI har haft rätt att använda bilden av Evert Taube på det aktuella CD-omslaget är utredningen i målet oklar när det gäller vad G.N. och EMI har kommit överens om. Det ankommer på Åhléns att styrka att avtalet även omfattat en rätt för EMI att vidareöverlåta förfoganderätten över bilden till Åhléns. Den omständigheten att fotografiet av Evert Taube under lång tid förvarats hos EMI för att kunna användas på skivomslag kan inte ensam anses medföra att G.N. samtyckt till att

2010:60 s 570

exemplarframställning och marknadsföring även skulle kunna ske av tredje man. Mot ett sådant avtalsinnehåll talar även den omständigheten att det av utredningen framgår att G.N. inte samtyckt till att betalningen från EMI för dess användning av bilden på CD-omslaget omfattat även Åhléns förfogande. HD finner att utredningen i målet inte ger stöd för att G.N. genom sin avtalsrelation med EMI samtyckt till Åhléns förfogande.

19. Åhléns har sålunda gjort sig skyldigt till otillåten exemplarframställning.

Rätten till ersättning

20. Rätten till ersättning vid upphovsrättsintrång regleras i 54 § upphovsrättslagen. Paragrafen, framför allt dess andra stycke, fick sin nuvarande lydelse genom SFS 2009:109, som trädde i kraft den 1 april 2009. I målet är dock bestämmelserna i deras lydelse före nämnda datum tillämpliga (jfr prop. 2008/09:67 s. 254).

21. Den som i strid mot upphovsrättslagen utnyttjar ett verk ska enligt 54 § första stycket upphovsrättslagen i dess lydelse före den 1 april 2009 till upphovsmannen betala ersättning utgörande skäligt vederlag för utnyttjandet. Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet, ska enligt andra stycket ersättning även utgå för annan förlust än uteblivet vederlag, liksom för lidande eller annat förfång.

22. Eftersom Åhléns har gjort sig skyldigt till intrång i G.N:s upphovsrätt till det aktuella fotografiet är G.N. berättigad till ersättning utgörande skäligt vederlag för Åhléns utnyttjande. Yrkat belopp om 5 215 kr har vitsordats av Åhléns. Endast frågan om mervärdesskatt ska utgå på beloppet är tvistig.

23. Skäligt vederlag bestäms normalt till vad som utgör gängse avgift för utnyttjandet i fråga, dvs. den marknadsmässigt korrekta ersättning som rät- tighetshavaren normalt hade kunnat påräkna vid en frivillig, affärsmässig överenskommelse med avseende på det otillåtna utnyttjandet i fråga. När vederlaget bestäms är det vidare utan betydelse om ett olovligt förfogande har haft vissa positiva verkningar för upphovsmannen t.ex. genom att öka hans eller hennes avsättning. (Se Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 11 uppl. 2009, s. 393, Olsson, a.a. s. 478, och Rosén a.a. s. 319 f.)

24. Ersättning utgörande skäligt vederlag är sålunda att anse som en intäkt i rörelsen och inte som ett skadestånd. G.N. driver yrkesmässig verksamhet och är därmed skyldig att betala mervärdesskatt. Om

frivillig upplåtelse av rätten att framställa exemplar av fotografiet av Evert Taube hade skett till Åhléns skulle mervärdesskatt alltså ha utgått på beloppet. Mot bakgrund av det anförda ska Åhléns förpliktas att utge ersättning även med yrkat belopp om 1 303 kr 75 öre, dvs. med ett belopp motsvarande mervärdesskatt om 25 procent (jfr 7 kap. 1 § första stycket och tredje stycket 8 mervärdesskattelagen [1994:200]).

25. G.N. har vidare yrkat skadestånd enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen med 4 010 kr. I tingsrätten uppgavs yrkandet avse ideell skada. I HD har G.N. uppgett att ersättningen avser rättegångskostnader utöver vad han kan få ersättning för enligt 18 kap. 8 a § RB, dvs. ren förmögenhetsskada. Åhléns har gjort gällande att G.N. har framställt ett nytt yrkande i HD och begärt att G.N:s yrkande ska avvisas.

2010:60 s 571

26. Eftersom yrkandet framställdes redan vid tingsrätten är det inte fråga om ett nytt yrkande. G.N. har emellertid åberopat en ny omständighet till stöd för sin talan. Eftersom han inte har gjort sannolikt att han inte kunnat åberopa omständigheten tidigare eller att han annars haft giltig ursäkt att inte göra det, tillåter inte HD att han åberopar den nya omständigheten till stöd för sin talan (jfr 55 kap. 13 § första stycket RB). Det yrkade beloppet avser därmed fortfarande ideell skada eller enligt tidigare tillämplig terminologi ”lidande eller annat förfång” (jfr Olsson, a.a. s. 480).

27. När det gäller frågan om Åhléns förfarit oäktsamt gör HD följande bedömning.

28. Den som handlar med produkter som kan vara upphovsrättsligt skyddade har en undersökningsplikt beträffande tillkomsten av de produkter han köper in och därefter själv saluför. Denna plikt är anpassad till bl.a. varuslag, leverantör och risken för intrång i upphovsrätt. Vid inköp från en etablerad och välkänd tillverkare är undersökningsplikten emellertid ytterst uttunnad. (Se rättsfallet NJA 1995 s. 165.)

29. Åhléns har haft ett omfattande samarbete med EMI vilket inneburit att Åhléns köpt in stora mängder CD-skivor från EMI för återförsäljning. Även om det i och för sig kan innebära att framställning av exemplar av bilder sker, är det vidare vedertaget att marknadsföra CD-skivor i reklamkataloger av aktuellt slag. Mot bakgrund härav bör det inte läggas Åhléns till last såsom oäktsamhet att bolaget, som återförsäljare, utgått från att EMI:s rätt enligt avtal att använda bilden av Evert Taube på CD-omslaget även innefattat en klarerad rätt för Åhléns att använda bilden i sin marknadsföring på sätt som skett. Ersättning enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen ska därför inte utgå.

Domslut

Med ändring av hovrättens dom förpliktar HD Åhléns Aktiebolag att till G.N. utge 6 518 kr 75 öre. HD (justitieråden Kerstin Calissendorff, referent, Per Virdesten och Lena Moore) meddelade den 23 november 2010 följande dom:

Domskäl

Bakgrund och ramen för processen i HD

1. Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Fotografen G.N. lämnade på 1960-talet över ett antal fotografier på Evert Taube till EMI Music Sweden AB. EMI gav sedermera ut ett skivalbum med sång och musik av Evert Taube (”O eviga ungdom.”). På framsidan av skivans konvolut fanns ett av G.N:s fotografier av Evert Taube. Under år 2003 lät EMI framställa en ny utgåva av albumet på CD-skiva med samma fotografi på konvolutet. Utgivningen uppmärksammades av G.N. som skickade en faktura daterad den 21 oktober 2003 på beloppet 3 125 kr inklusive mervärdesskatt till EMI. På fakturan var angivet: 1 Evert Taube-bild: CD ”O eviga ungdom.”. Sedan EMI först invänt att bolaget på 1960-talet erlagt betalning för all framtida användning accepterade EMI den 3 maj 2004 i brev till G.N:s ombud att betala det krävda beloppet och bad att, då fakturan hade förkommit, ny faktura skulle utställas och att fakturan

2010:60 s 572

gärna skulle markeras ”Taube - konvolutbild till O Eviga Ungdom, för användning i skivutgivning och marknadsföring och promotion därav”. På en ny faktura daterad den 5 maj angavs: ”Ersättning enligt överenskommelse för publicering av bild av Evert Taube på CD ’O eviga ungdom’ av G.N., Movieton. Ersättning för engångspublicering ett för allt.” G.N:s ombud meddelade i brev daterat den 9 maj att han inte tidigare observerat att EMI ville använda bilden även för promotion och marknadsföring, samt

att priset endast inkluderade publiceringen på skivkonvolutet och att ytterligare användning fick överenskommas särskilt. Efter ytterligare korrespondens per e-post betalade EMI fakturabeloppet den 28 maj. Sedan G.N. stämt EMI för upphovsrättsintrång bestående i bolagets eget utnyttjande av skivkonvolutet för marknadsföring av "O eviga ungdom." på Internet förliktes de år 2006.

2. Under hösten 2003 hade Åhléns gett ut en 16-sidig reklamkatalog inför sin film- och CD-realisation, som skulle starta den 24 oktober. Katalogen innehöll titlar och drygt 200 bilder av filmer och CD-album som ingick i realisationen. En av bilderna återgav framsidan av konvolutet till "O eviga ungdom."

3. G.N:s talan grundas på påståendet att Åhléns framställning av reakatalogen utgör ett ersättningsgrundande upphovsrättsintrång genom otillåten exemplarframställning av fotografiet. Det är ostridigt att Åhléns inte har träffat avtal med G.N. inför tryckningen av katalogen. Vidare är det i detta mål ostridigt mellan parterna att det aktuella fotografiet åtnjöt upphovsrättsligt skydd när Åhléns lät framställa reakatalogen.

Har Åhléns framställt exemplar av G.N:s fotografi?

4. Av 1 § och 2 § första stycket lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen) följer att upphovsrätt till ett fotografiskt verk medför en, med i lagen närmare angivna inskränkningar, uteslutande rätt för upphovsmannen att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det i ursprungligt eller ändrat skick eller i annan teknik. Motsvarande ensamrätt tillkommer enligt 49 a § samma lag den som framställt en fotografisk bild.

5. CD-konvolutets framsida, som domineras av bilden på Evert Taube, har i sin helhet återgetts på en sida i Åhléns reakatalog bland bilder på ett 20-tal andra CD- konvolut; reakatalogen har tryckts i ett okänt antal exemplar. Åhléns förfarande utgör en exemplarframställning i upphovsrättslagens mening.

6. För det fall att exemplarframställning anses ha skett har Åhléns gjort gällande att upphovsrättsintrång inte föreligger, eftersom det avtal om användning av bilden som träffats mellan G.N. och EMI gav inte bara EMI utan även EMI:s återförsäljare rätt att använda fotografiet i marknadsföring av EMI:s produkter.

2010:60 s 573

Allmänt om avtal om upplåtelse av rätten att använda ett upphovsrättsligt skyddat alster

7. Av 27 § första stycket upphovsrättslagen följer att rätten att framställa exemplar av ett verk och göra det tillgängligt för allmänheten får överlåtas och upplåtas (licensieras). Omfattningen (genom avgränsningar i tiden eller i rummet eller till olika slag av upphovsrättsligt relevanta befogenheter m.m.) av en förfoganderätt som upplåts kan ha avtalats. Om avtalet är oklart eller tyst i denna del får omfattningen fastställas genom tolkning respektive utfyllning.

8. Om inte annat avtalats får den till vilken upphovsrätt överlåtits eller upplåtits inte överlåta rätten vidare (28 § första meningen upphovsrättslagen). Bestämmelsen motiveras av att upphovsmannens personliga intresse i verket berörs vid upplåtelsen av en rätt att förfoga över det (SOU 1956:25 s. 289). En upphovsman har därför ansetts ha ett ideellrättsligt präglat intresse av att kunna kontrollera vem som utnyttjar den rätt som upplåtits. Upphovsmannens intresse är emellertid olika starkt beroende på typen av verk och den användning upplåtelsen avser, och upphovsmannen kan därför lämna förvärvaren en generell rätt att överlåta den upplåtna rättigheten vidare eller låta förvärvaren medge att även andra utövar den. I motiven till bestämmelsen anges att det ligger i sakens natur att förvärvaren får överlåta rätten vidare inte bara då upphovsmannen uttryckligen medgett honom detta utan även då omständigheterna annars är sådana att upphovsmannen får anses ha samtyckt till det (se a.a. s. 290).

9. När ett avtal om upplåtelse av rättigheter till ett verk ska tolkas eller utfyllas måste särskild hänsyn tas till att fråga är om just ett verk, till det aktuella avtalsobjektets natur (såsom verkets art och graden av ideellrättslig prägel), till reproducerbarheten av en immaterialrätt samt till att upphovsmannen kan ha haft en svag avtalsposition. Hänsyn måste också tas till avtalets syfte och praktiska funktion.

Särskilt om upplåtelse av rätten att använda ett verk på en förpackning av en vara

10. När en rättighetshavare ska upplåta en rätt till en producent att använda ett verk för att pryda en förpackning av varor avsedda för konsumentmarknaden, måste det stå klart för upplåtaren att producentens avsättning av varorna förutsätter att de marknadsförs. Ett vedertaget sätt att marknadsföra varor till konsumenter är att en avbild av varan eller dess förpackning används t.ex. i en annons eller i utomhusreklam. Varan med dess förpackning kan innan den når konsumenten behöva passera genom flera försäljningsled, och marknadsföring kan komma att ske i ett eller flera av dessa led. Upphovsmannens behov att av ideellrättsliga skäl i dessa fall kunna kontrollera vem som kommer att svara för sådan marknadsföring är begränsat. För honom (och för försäljare i senare led) innebär det också praktiska fördelar att ersättningen för det fortsatta utnyttjandet regleras i ett sammanhang.

2010:60 s 574

11. Om inte annat klargjorts av upphovsrättsinnehavaren får det därför, vid ett avtal om upplåtelse av rätt att använda ett verk på förpackningen till en vara avsedd för vidareförsäljning till konsumenter, i regel anses vara underförstått att upplåtelsen även omfattar en rätt för producenten och för försäljare i senare led att utnyttja förpackningen för marknadsföring av varan på vedertaget sätt.

12. Vad nu sagts innebär inte att upphovsmannens rätt konsumeras. Det innebär i stället att denna rätt leds vidare till senare förvärvare av varan.

Kan Åhléns grunda en rätt till sitt förfogande över fotografiet på ett avtal mellan G.N. och EMI?

13. Den omständigheten att det aktuella fotografiet av Evert Taube, liksom ett antal andra, under ett fyrtyotal år förvarats hos EMI för att kunna användas på skivomslag kan inte mot G.N:s bestridande anses medföra att han också har samtyckt till att EMI hade en rätt att utan att först höra honom använda fotografiet för nya utgåvor av albumet. Inte heller har det framkommit att EMI på annat sätt getts en sådan rätt före utgivningen av CD-albumet år 2003.

14. Det finns inget i utredningen i målet som tyder på att det från G.N:s sida klargjorts att oktoberfakturan avsåg endast EMI:s användning av fotografiet på konvoluten och att sedvanlig marknadsföring av CD-albumet genom användning av avbildningar av konvolutet skulle behöva avtalas särskilt. Fakturan angav bara titeln på CD-albumet. Inte heller har det gjorts gällande att det särskilt har avtalats om användning av fotografiet vid marknadsföringen vid något av de tillfällen då EMI använt fotografiet för tidigare utgåvor av albumet. Med hänsyn till detta och till vad som anförts under punkt 11 ovan har EMI genom att den 3 maj 2004 acceptera fakturan fått lov att använda avbildningar av skivkonvolutet i egen och annans marknadsföring av CD-albumet på gängse sätt. Att det därefter framkom att EMI och G.N. hade olika uppfattningar om omfattningen av upplåtelsen ändrar inte den bedömningen.

15. Avtalet mellan G.N. och EMI förelåg ännu inte vid den tidpunkt då Åhléns lät framställa reakatalogen, och ett upphovsrättsintrång ägde därför objektivt sett rum. Det av Åhléns åberopade Diormålet (EU-domstolens dom den 4 november 1997 i mål C-337/95, Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV, REG 1997, s. I-06013) föranleder ingen annan bedömning. På grund av det avtal som ingicks den 3 maj 2004 kan G.N. emellertid inte grunda några ekonomiska krav mot Åhléns med anledning av Åhléns exemplarframställning eftersom avtalet mellan EMI och G.N. i enlighet med det ovanstående får anses ha omfattat även Åhléns användning av fotografiet före det att avtalet träffades.

16. Hovrättens domslut ska därmed fastställas.

2010:60 s 575

Domslut

HD fastställer hovrättens domslut.

Referenten, justitierådet Kerstin Calissendorff, tillade:

Av EU-domstolens dom i Diormålet följer att en försäljare under vissa förutsättningar har rätt att i reklamblad avbilda produkter som lovligt satts på marknaden. En sådan förutsättning får antas ha varit att Dior, som hade tillverkat och sålt en produkt (parfym) i en upphovsrättsligt skyddad förpackning (flaska), var innehavare av rätten att sprida exemplar av den skyddade förpackningen för vidare avsättning

på marknaden. I förevarande mål är förhållandena annorlunda eftersom EMI när CD-albumen bjöds ut till försäljning inte ännu var innehavare av rätten att sprida exemplar av skivkonvoluten. Vid den tidpunkt då Åhléns framställde reakatalogen (såsom en förberedelse till spridningen av den) kunde Åhléns därför inte härleda någon rätt till exemplarframställning från EMI. Av det skälet kan EU-domstolens dom inte utgöra stöd för Åhléns bestridande av att ett upphovsrättsintrång objektivt sett ägt rum. Vilken slutsats som kan dras av Diormålet i ett fall då en upphovsrättsinnehavare vid upplåtelsen av en rätt att använda ett verk på förpackningen till en vara har klargjort att upplåtelsen inte omfattar rätten för försäljare i senare led att framställa och sprida en avbild av förpackningen vid marknadsföringen av varan är en öppen fråga.

Skiljaktig, Justitieråden Torgny Håstad och Göran Lambertz

Justitieråden Torgny Håstad och Göran Lambertz var skiljaktiga i sak på det sätt som framgår av följande yttrande:

Vi är ense med majoriteten fram till och med punkten 12 i skälen. Därefter bör dessa enligt vår mening ha följande lydelse:

Kan Åhléns grunda en rätt till sitt förfogande över fotografiet på ett avtal mellan G.N. och EMI?

13. Den omständigheten att det aktuella fotografiet av Evert Taube, liksom ett antal andra, under ett fyrtiotal år förvarats hos EMI för att kunna användas på skivomslag kan inte mot G.N:s bestridande anses medföra att han också samtyckt till att EMI hade en rätt att utan att först höra honom använda fotografiet för nya utgåvor av albumet. Inte heller har det framkommit att EMI på annat sätt getts en sådan rätt före utgivningen av CD-albumet år 2003.

14. Frågan är då om det härefter ingåtts ett avtal mellan G.N. och EMI som gett Åhléns rätt att använda fotografiet.

15. Genom att G.N. sände fakturan daterad den 21 oktober 2003 till EMI får han anses ha avgett ett anbud om användning av fotografiet för det angivna priset. Vad som sagts i punkt 12 ovan innebär att EMI i och för sig hade rätt att utgå från att anbudet inrymde en rätt för EMI, och för dess försäljare i senare led, att använda fotografiet även i marknadsföringen av CD-skivan.

16. Efter diskussioner i frågan om EMI redan på 1960-talet hade erlagt betalning för all framtida användning av fotografiet, meddelade EMI i brevet den 3 maj 2004 till G.N:s ombud S.T. att EMI accepterade att betala fakturan men att den hade förkommit, varför EMI bad om en ny. Härefter tilllades: Markera gärna fakturan ”Taube - konvolutbild till O Eviga Ungdom, för användning i skivutgivning och marknadsföring och promotion därav”. Genom detta tillägg framgår att EMI, trots vad som angetts i punkt 15 ovan, inte tog för givet att G.N. var införstådd med att EMI utnyttjade fotografiet

2010:60 s 576

till att framställa nya exemplar vid marknadsföringen av CD-skivan (jfr 32 § första stycket avtalslagen).

17. När fakturan daterad den 5 maj 2004 översändes till EMI innehöll den orden ”Ersättning för engångspublicering ett för allt”. Genom uttrycket engångspublicering får G.N. anses ha preciserat sitt anbud på ett sådant sätt att EMI inte längre kunde utgå från att användning av fotografiet i marknadsföringen ingick. I S.T:s brev den 9 maj klargjordes sedan att G.N:s avsikt var att det angivna priset bara skulle avse användningen av fotografiet på konvoluten. I korrespondensen härefter bekräftades att parterna hade olika uppfattningar om vad betalningen skulle omfatta.

18. EMI betalade fakturan den 28 maj utan att meningsskiljaktigheterna hade klarats ut och utan att EMI samtidigt angav att betalningen förutsatte att EMI och dess försäljare i senare led fick använda fotografiet vid marknadsföringen av CD-skivan. Därmed får EMI anses ha godtagit G.N:s ståndpunkt. Ett avtal i enlighet med dennes uppfattning har därmed kommit till stånd. Det innebär att Åhléns inte genom avtalet fick någon rätt att använda fotografiet i sin marknadsföring.

19. Åhléns har således - och då domen i det s.k. Diormålet inte föranleder någon annan bedömning - gjort sig skyldigt till ersättningsgrundande exemplarframställning.

Ersättning

20. Den som i strid mot upphovsrättslagen utnyttjar ett verk ska enligt 54 § första stycket upphovsrättslagen i dess lydelse före den 1 april 2009 till upphovsmannen betala ersättning utgörande skäligt vederlag för utnyttjandet. Åhléns ska i enlighet härmed utge ersättning till G.N. med 5 125 kr, vilket belopp har vitsordats av Åhléns. På beloppet ska utgå mervärdesskatt.

21. Utnyttjandet kan inte anses ha skett uppsåtligt eller oaktsamt. Någon ersättning för ytterligare skada enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen ska därför inte utgå.

HD:s dom meddelad: den 23 november 2010.

Mål nr: T 352-09.

Lagrum: 2, 27 och 28 §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Rättsfall: EU-domstolens dom den 4 november 1997 i mål C-337/95, Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV, REG 1997 s. I-06013.