

**Det upphovsrättsliga
originalitetskravet
- verkshöjd eller upphovsmannens
egen intellektuella skapelse?**

Ross Rydén

Examensarbete i *Civilrätt (Immaterialrätt)*, 30 hp
Examinator: Jan Rosén
Stockholm, Höstterminen 2015



Sammanfattning

Upphovsrätten har, likt många andra av de juridiska disciplinerna, gett upphov till många diskussioner. En av de mer omfattande rör det mest centrala i upphovsrätten, det upphovsrättsliga verket. Under stora delar av 1900-talet debatterades det i nordisk rättsdoktrin vad som skulle förstås med ett verk. Olika riktningar med olika inställningar till verket uppenbarades, en med fokus på verkets inre form och tillhörande yttre uttryck och en med fokus på dess funktion, men inget konkret svar nåddes i denna fråga varpå den till slut dog ut.

Ett upphovsrättsligt verk når verksstatus om det har verkshöjd: ett samlingsnamn för den nivå av originalitet och självständighet ett verk måste ha uppnått för att omfattas av upphovsrättsligt skydd. Begreppet har använts av svenska domstolar sedan det introducerades i svensk rätt år 1969. År 2009 kom detta begrepps tydliga plats i den svenska upphovsrätten att ifrågasättas till följd av två avgöranden, ett i Högsta domstolen (HD) och ett i Europeiska Unionens domstol (EUD). En partiell harmonisering hade skett genom att ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” hade lagts fram som originalitetskrav i tre EU-direktiv i förhållande till databaser, datorprogram och fotografier. HD, som i sitt avgörande bedömde om en ficklampa omfattades av upphovsrättsligt skydd, valde att avfärda det direktivbaserade originalitetskravet eftersom domstolen ansåg att det var begränsat till de alster som angavs i direktiven till följd av deras särskilda art. Endast några månader senare gjorde dock EUD det direktivbaserade originalitetskravet gällande över alla verkskategorier.

HD har sedan år 2009 inte prövat om ett alster omfattas av upphovsrättsligt skydd, varför frågan om vilket originalitetskrav som i dag ska vara det gällande inte har prövats. HD är till följd av vårt EU-medlemskap skyldig att följa EUD:s avgöranden, men detta är ingen garanti för att det faktiskt kommer att ske, som till exempel har demonstrerats av Høyesterett i Norge. Vid en närmare studie verkar det dock inte vara allt för stor skillnad mellan det nordiska verkshöjdskravet och det EU-autonoma originalitetskravet, vilket bland annat har visats av att bedömningarna har kommit fram till liknande slutsatser i snarlika frågor. Flertalet svenska underinstanser har de senaste åren börjat använda det EU-autonoma originalitetskravet och åsikterna i doktrinen talar övervägande för att introducera detta begrepp i rättsväsendet, Levin anförde till exempel att verkshöjds läran är förbjuden till följd av EUD:s avgörande. Trots att vissa element av bedömningarna skiljer sig åt, lämnas prognosen att HD vid nästa originalitetsbedömning kommer att använda sig av upphovsmannens egen intellektuella skapelse som originalitetskrav, mycket till följd av att verkshöjd ryms inom det EU-autonoma originalitetskravet på grund av dess allmänna hållning.

Innehåll

Sammanfattning	s. 2
1. Inledning	s. 6
1.1 Bakgrund	s. 6
1.2 Syfte och frågeställningar	s. 6
1.3 Avgränsningar	s. 7
1.4 Material och metod	s. 7
1.5 Tillkomsten av EU-autonoma begrepp	s. 10
1.6 Disposition	s. 11
2. En kortfattad sammanfattning av upphovsrättens ”moderna” historia	s. 13
3. Det nordiska verksbegreppet	s. 15
3.1 Verk	s. 15
3.2 Riktningar	s. 16
3.2.1 Idealistiska riktningen	s. 16
<i>3.2.1.1 Eberstein och Knoph</i>	<i>s. 17</i>
<i>3.2.1.2 Lund</i>	<i>s. 18</i>
3.2.2 Realistiska riktningen	s. 19
<i>3.2.2.1 Ross</i>	<i>s. 19</i>
<i>3.2.2.2 Bergström</i>	<i>s. 20</i>
<i>3.2.2.3 Karnell</i>	<i>s. 21</i>
<i>3.2.2.4 Kockvedgaard</i>	<i>s. 22</i>
<i>3.2.2.5 Strömholm</i>	<i>s. 23</i>
<i>3.2.2.6 Ljungman</i>	<i>s. 24</i>
3.3 Debatten kommer till ett slut	s. 25
4. Den upphovsrättsliga skyddsförutsättningen verkshöjd	s. 27
4.1 Inledning	s. 27
4.2 Självständighet och originalitet	s. 28
4.3 Individualitet	s. 28

4.4 Skapande	s. 29
4.5 Kvalitet	s. 30
4.6 Inre och yttre form	s. 31
4.7 Subjektivt vs objektivet nyhetskrav	s. 32
4.8 Dubbelskapandekriteriet	s. 33
5. Upphovsmannens egen intellektuella skapelse på väg in?	s. 37
5.1 Inledning	s. 37
5.1.1 NJA 2009 s. 159 (<i>Mini Maglite</i>)	s. 37
5.1.2 C-5/08 (<i>Infopaq</i>)	s. 38
5.2 Den fortsatta utvecklingen av det EU-autonoma originalitetskravet	s. 39
6. Högsta domstolen och det upphovsrättsliga originalitetskravet	s. 42
6.1 Inledning	s. 42
6.2 Verkshöjdskravet i förhållande till det EU-autonoma originalitetskravet	s. 43
6.2.1 <i>Nordisk upphovsrättslig originalitet jämförd med det EU-autonoma originalitetskravet – är bedömningarna så olika egentligen?</i>	s. 44
6.2.1.1 <i>Valda verkshöjdsavgöranden</i>	s. 45
6.2.1.2 <i>Verkshöjdsbegreppet inbegripet i upphovsmannens egen intellektuella skapelse?</i>	s. 48
6.2.1.3 <i>Skillnader i bedömningarna</i>	s. 51
6.2.2 <i>Upphovsmannens egen intellektuella skapelse tar plats i rättstillämpningen</i>	s. 54
6.2.3 <i>Uppfattningen i den svenska doktrinen</i>	s. 58
7. Sammanfattande kommentarer	s. 61
8. Källor	s. 65

1. Inledning

1.1 Bakgrund

”Få lagar är så direkta och omedelbara i anslaget som upphovsrättslagen. ”Den som skapar ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket”. Med dessa tolv ord inleds lagen och redan av dessa tolv ord följer kärnan i lagens tillämpning. ”Den” är subjektet, ”skapat” är ett krav på originalitet, ”litterärt eller konstnärligt” anger ett bestämt område och en signal om angelägenhet, ”verk” är ett begrepp som är avgörande för lagens tillämpning, ”har upphovsrätt” anger med en självklarhet i ordvalet, vad den som skapat har. Med dessa tolv ord som fundament preciseras och utvecklas sedan den rätt varom är fråga; med de inskränkningar som är motiverade utifrån motstående samhällsintressen; bland dessa den för ett samhällsskick nödvändiga kritikrätten.”¹

Stycket ovan är taget från en artikel skriven av Peter Danowsky. Detta citat aktualiserar ett antal frågor som är av vikt för denna utredning. Danowsky skriver bland annat att ”skapat” är ett krav på originalitet samt att ”verk” är ett begrepp som är avgörande för lagens tillämplighet. Dessa två aspekter av upphovsrätten är ytterst fundamentala, eftersom upphovsrätten överhuvudtaget inte blir aktuell om det inte har skapats något originellt - ett verk. De upphovsrättsliga begreppen verk och originalitet är två begrepp som har varit långt ifrån statiska sedan tillkomsten av lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Begreppen har utvecklats i takt med samhällsutvecklingen, inkluderande den teknologiska framväxten. Vad som ska förstås med ett upphovsrättsligt verk samt den upphovsrättsliga skyddsförutsättningen originalitet har diskuterats flitigt i doktrinen och har än i dag inget klart svar. Det är ett faktum som visar på att upphovsrätten, likt juridiken i övrigt, är levande och anpassar sig efter de framsteg som görs i samhällets övriga sektorer.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med min undersökning är i första hand att ge underlag för en prognos om vad Högsta domstolen (HD) kommer att uttala om förhållandet mellan det traditionella nordiska verks-höjdskravet och det harmoniserade originalitetskravet, samt varför. Detta ställer emellertid krav på en historisk återblick på det nordiska verksbegreppet och den nordiska upphovsrättsliga skyddsförutsättningen verkshöjd, vilket följs av att nordisk doktrin och svensk praxis samt den unionsrättsliga upphovsrätten från 2000-talet och framåt undersöks. För att kunna svara på hur

¹ Danowsky, Peter, Upphovsrättslagen i tillämpning, NIR 2011 s. 130.

HD kan antas utforma sin bedömning nästa gång domstolen måste ta ställning till denna fråga kommer likheter och skillnader mellan verkshöjdsbegreppets element och det harmoniserade originalitetskravet att undersökas. Detta görs för att se om det finns förutsättningar att behålla verkshöjdskravet eller förutsättningar för att övergå till det harmoniserade originalitetskravet och att därmed anpassa den svenska upphovsrättsliga originalitetsbedömning till de rådande EU-rättsliga förhållandena och med detta överge ett begrepp som är fast förankrat i nordisk rättstradition.

En förutsättning för ett fungerande rättsväsende är att rättssäkerhet tillgodoses. Det centrala elementet i rättssäkerheten är att det är möjligt att förutse rättsliga besluts utfall. Vikt läggs på att rätten är bestämd eller entydig, det vill säga att den är förutsägbar.² Därför åskådliggörs den utveckling som har skett rörande originalitet inom den nordiska och unionsrättsliga upphovsrätten, samt hur vetenskapsmän och andra verksamma inom detta område bedömer denna utveckling, och efter en sammanvägning av dessa olika element ges en prognos för hur HD kan tänkas göra sin bedömning i framtiden.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen begränsas till det upphovsrättsliga verksbegreppet sådant det kommit till uttryck i den nordiska upphovsrätten under 1900-talet och framåt, samt till den upphovsrättsliga skydds-förutsättningen originalitet/verkshöjd inom ramen för den unionsrättsliga och svenska utvecklingen på detta område. Eftersom verkshöjdsbegreppet inte introducerades förrän år 1969 kommer endast avgöranden efter denna tid att behandlas. Andra immaterialrättsliga discipliner utelämnas i denna undersökning.

1.4 Material och metod

Undersökningen inleds med en genomgång av verksbegreppets historia för att skapa en bakgrund till frågeställningen. Från början av 1900-talet och framåt fördes en debatt, som till naturligt följd resulterade i flertalet skrifter, såväl böcker som artiklar, av de deltagande vetenskapsmännen. Eftersom vår upphovsrättsliga lagstiftning kom till efter ett nordiska samarbete finns det likheter mellan de nordiska ländernas lagstiftning på detta område,³ varför rättsvetenskaplig litteratur från våra nordiska grannar är av intresse. En rättshistorisk metod blir aktuell i detta fall med ändamålet att sprida ljus över verksbegreppets historiska utveckling; den centrala

² Zila, Josef, Om rättssäkerhet, SvJT 1990 s. 284.

³ Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 13 u, Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm, 2013, s. 40 f. (cit. Bernitz m.fl.).

frågeställningen förstås bättre med en grundläggande förståelse för hur verksbegreppet har debatterats samt vuxit fram i den rättsvetenskapliga doktrinen. Dock är även den rättsdogmatiska metoden central, eftersom det samtidigt handlar om att upphovsrättens ”objekt” har diskuterats i samband med vad som ska anses vara gällande rätt. I detta avsnitt av arbetet används huvudsakligen doktrin. Den redogör för de andra rättskällorna och sammanställer detta material, och kan därför konstruera det som är, eller ansetts vara, gällande rätt på området vid en viss tidpunkt.⁴

Nära relaterat till verksbegreppet är dess skyddsförutsättning originalitet, som i nordisk rätt gått under samlingsbegreppet verkshöjd. Detta begrepp introducerades i svensk rätt år 1969, vilket resulterar i att det primärt är rättskällematerial från detta år och framåt som används, även om hänvisningar görs till ämnesspecifikt material från tiden innan begreppets introduktion. Den rättsdogmatiska metoden används för att fastställa gällande rätt på detta område, varpå rättskäl-
leläran tillämpas i syfte att använda de källor som är relevanta för detta ändamål.

Den rättsdogmatiska metoden är en kvalitativ metod vars huvudsyfte är att fastställa just gällande rätt genom att tolka rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin. Validiteten av de nämnda rättskällorna är inget problem enligt denna metod, eftersom validiteten av materialet redan är förutbestämd. Även materialets inbördes auktoritet är förutbestämd, med lagtext högst i rang. Prejudikat och doktrin är dock de källor som tillämpas i störst utsträckning när verkshöjdsbegreppet utreds, eftersom detta begrepp inte har definierats i lagtext.

De senare delarna av undersökningen innebär ett större fokus på praxis från Europeiska Unionens domstol (EUD) och HD rörande upphovsrättslig originalitet. Den svenska praxis som behandlas är från 1990-talet och framåt och den unionsrättsliga är från 2000-talet och framåt. Praxis från de två domstolarna undersöks i syfte att åskådliggöra likheter och skillnader i bedömningarna. Ett antal verkshöjdsavgöranden från HD behandlas även i syfte att visa vilka av de begrepp som vanligen ingår i en verkshöjdsbedömning som domstolen har använt mest frekvent i sina avgöranden, och ett antal vägledande originalitetsavgöranden från EUD behandlas för att visa på hur originalitetskravet har utvecklats inom EU-rätten. Numera ska bland annat lag och prejudikat förstås i vid mening, vilket innebär att utövandet av den rättsdogmatiska metoden även kan inbegripa europarättsligt material och unionsrättsligt material.⁵ Att lag och prejudikat ska förstås i vid mening är en följd av att Sveriges medlemskap i EU har gjort att den svenska rättstillämpningen inbegriper EU-direktiv samt praxis från EUD. EU-direktiv på upp-

⁴ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 3 u, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015, s. 43 ff.

⁵ Sandgren, a.st.

hovsrättens område måste - även när direktiven inte har hunnit implementeras i svensk lagstiftning - tas i beaktande vid tolkning av upphovsrättsliga frågor i enlighet med principen om direktivkonform tolkning. I tillägg till detta måste EUD:s praxis tas i beaktande när domstolar tolkar lagen eftersom domstolens praxis är bindande.⁶

Den centrala frågeställningen innebär även att den rättsanalytiska metoden delvis tillämpas i förhållande till HD:s eventuella tillämpning av det harmoniserade originalitetskravet, eftersom denna metod är mer öppen för ett spelrum åt värderingar. Att värderingar får spelrum i denna undersökning är nödvändigt, eftersom frågan om vilket originalitetskrav som kommer att användas fortfarande är i avsaknad av ett ”korrekt” svar, vilket leder till att skilda åsikter samt värderingar måste diskuteras för att klargöra potentiella vägar framåt. Till skillnad från den rättsdogmatiska metoden som är bunden till de källor som omnämns ovan, är den rättsanalytiska metoden friare, eftersom den inte är begränsad i förhållande till vilket material som är tillåtet för analysen. Denna metod tillåter att material som inte skapar gällande rätt används, till exempel utländsk rätt och ”soft law”. Möjligheten att använda ”soft law” tillåter även att rättsutvecklingen i de lägre instanserna, det vill säga icke prejudicerande domar, undersöks för att bedöma riktningar som har uppenbarats på senare tid, vilket undersökningen tar hänsyn till. Den rättsanalytiska metoden finner inte att rättsvetenskapen eller rättssystemet är slutna, utan att de är fria och öppna samt i avsaknad av ett korrekt svar på den aktuella frågan som metoden behandlar.⁷

Eftersom detta arbete resulterar i en prognos av hur HD kan antas göra sin nästa originalitetsbedömning blir det naturligt att nämna prognosteorin. Prognosteorin härstammar från den amerikanska realismen, och formulerades av domaren Oliver W. Holmes med meningen ”The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. Denna åskådning strävar inte bara efter att täcka rättstillämpningen som har tagit plats vid domstolarna, och som därmed kan bekräftas av rättsfallssamlingar, utan täcker även, och framförallt, vad domstolarna kommer att göra. Underlaget för att göra denna prognos hämtas från sådana element som har återkommit regelbundet och som har kunnat iakttas i domstolarnas tidigare beteende. Prognosteorin är sociologisk på så sätt att rättsordningen observeras utifrån och karakteriseras av en behavioristisk inriktning: det är endast yttre, för observatören konstaterbara regelbundenheter i beteende som godkänns som stöd för konklusioner om domstolarnas

⁶ Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt, 11 u, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015, s. 31 och 41.

⁷ Sandgren, a.a., s. 45 ff.

framtida beteende.⁸ Både EUD:s och HD:s beteenden vid upphovsrättsliga originalitetsbedömningar analyseras i syfte att jämföra och undersöka vilka element som är återkommande samt deras betydelse för originalitetsbedömningen, med intentionen att presentera en prognos av hur domstolens beteende kan antas se ut i framtiden.

1.5 Tillkomsten av EU-autonoma begrepp

EUD har i ett antal avgöranden konstaterat nödvändigheten av att rätten ska tillämpas med en enhetlig och gemensam terminologi, detta trots att de olika direktiven som existerar på upphovsrättens område behandlar objekt av olika art. EUD har vid ett flertal tillfällen uttalat att det är en nödvändighet att ord och uttryck som figurerar i unionslagstiftningen ska uppfattas på samma sätt oavsett var lagstiftaren har valt att placera dem, förutsatt att domstolen inte redan har givit en distinkt definition av ordet eller uttrycket. EUD:s ambition att nämnda ord och uttryck ska uppfattas på samma sätt oavsett var de har fått nedslag har sin grund i det EUD kallar för en ”enhetlig tolkning” av unionsrätten.⁹ I till exempel Infopaq-avgörandet¹⁰ bekräftade EUD i sina inledande anmärkningar att det följde av både kravet på just en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten samt likhetsprincipen att gemenskapsbestämmelser, som artikel 2 a i Infosoc-direktivet,¹¹ vilken behandlar upphovsmannens ensamrätt, som inte innehöll någon uttrycklig hänvisning till medlemsstatens rättsordning vid bestämmandet av gemenskapsbestämmelsernas betydelse och räckvidd normalt skulle ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen. EUD menade att detta särskilt gällde Infosoc-direktivet, mot bakgrund av formuleringarna i direktivets skäl 6 och 21 som behandlar vikten av harmonisering på upphovsrättens område för den inre marknadens funktion.¹² Resonemanget i detta avgörande var dock rörande det upphovsrättsliga verket i förhållande till begreppet mångfaldigande. EUD kom i samband med detta att ge en självständig och enhetlig tolkning vad gäller upphovsrättslig originalitet.

Antalet domar där EUD tolkar de existerande direktiven har ökat märkbart sedan mitten av 2000-talet. Många av dessa fall rör relativt fundamentala aspekter av upphovsrätten. Ökningen av upphovsrättsliga fall kan förklaras med att Infosoc-direktivets bredd ger upphov till frågor

⁸ Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära, 5 u, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1996, s. 97 f.

⁹ Rosén, Jan, EU-domstolen och svensk rättspraxis – upphovsrätt och närstående rättigheter 2003-2012, SvJT 2013 s. 548, se även EUD den 6.2.2003 i mål C-245/00 (cit. Sena), p. 23 och EUD den 7.12.2006 i mål C-306/05 (cit. SGAE), p. 31.

¹⁰ EUD den 16.7.2009 i mål C-5/08 (cit. Infopaq), p. 30 f.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. (cit. Infosoc-direktivet).

¹² Infopaq, p. 27-28.

rörande nationell rätts förenlighet med direktivets bestämmelser. En trend som har uppstått under senare tid är att EUD har slutat att begränsa sig till att tolka existerande direktiv på området, utan även har fallit för lockelsen att fylla vissa luckor som fortfarande förekommer i den harmoniserade upphovsrätten.¹³ Ett exempel på ett fall där EUD har ”fyllt en lucka” i den harmoniserade upphovsrätten var just när domstolen i Infopaq-avgörandet, trots att originalitetskravet upphovsmannens egen intellektuella skapelse var begränsat till datorprogramsdirektivet,¹⁴ databasdirektivet¹⁵ och skyddstidsdirektivet,¹⁶ valde att göra upphovsmannens egen intellektuella skapelse till en generell originalitetsnorm för alla verkskategorier. Till följd av en rad avgöranden som har lämnats av EUD rörande betydelsen av ”överföring till allmänheten”, artikel 3.1 Infosoc-direktivet, har det även i detta fall skapats ett EU-autonomt begrepp.¹⁷

Innebörden av EUD:s dom i Infopaq är att frågan om skyddsförutsättningarna för ett upphovsrättsligt verk inte längre är en fråga för nationell bedömning, utan omfattas istället av ett EU-autonomt begrepp.¹⁸ Som anges ovan är de nationella domstolarna skyldiga att följa EUD:s praxis, varför det EU-harmoniserade originalitetskravet ska tillämpas av svenska, samt övriga medlemsstaters, domstolar. Frågan är i vilken utsträckning HD anpassar sig efter kravet?

1.6 Disposition

Uppsatsen har följande disposition:

Kapitel 2 ger en översiktlig beskrivning av upphovsrättens historia i Europa, Sverige och Norden, för att ge en kortare och mer allmän introduktion till huvudämnet för uppsatsen.

I kapitel 3 är det upphovsrättsliga verksbegreppet i centrum. Under stora delar av 1900-talet förekom en livlig debatt om upphovsrättens natur och hur upphovsrättens objekt skulle karakteriseras. Flertalet av den nordiska rättsvetenskapens främsta namn tog del i denna diskussion med både avhandlingar och debattartiklar. Kapitel 3 avser att belysa diskussionen kring det upphovsrättsliga verket i syfte att underlätta förståelsen för den fortsatta framställningen.

¹³ Kur, Annette & Dreier, Thomas, *European Intellectual Property Law*, 2013, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, s. 290 f.

¹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version). (cit. Datorprogramsdirektivet).

¹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser. (cit. Databasdirektivet).

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (kodifierad version). (cit. Skyddstidsdirektivet).

¹⁷ Kur & Dreier, a.a., s. 291.

¹⁸ Bengtsson, Henrik, EU-harmonisering av det upphovsrättsliga originalitetskriteriet, Infotorg Juridik, publicerad 7 maj 2012, URL: <http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/praktikerartiklar/article178575.ece?format=print>. (2015-10-12), under rubriken ”EU-domstolens domar rörande ett EU-autonomt originalitetskriterium”.

Kapitel 4 undersöker det svenska verkshöjdsbegreppet, vilket innefattar en närmare undersökning av de olika egenskaper som ett upphovsrättsligt verk behöver besitta för att anses vara just ett verk, enligt doktrinen och HD. Syftet med kapitlet är att åskådliggöra de kvalitativa krav som innefattas i en verkshöjdsbedömning för att förstå vilka element denna bedömning beaktar.

Kapitel 5 avhandlar NJA 2009 s. 159, som både kom i nära samband med Infopaq-avgörandet och är det senaste avgörandet i vilket HD behandlade verkshöjdskravet. Även Infopaq-avgörandet redogörs för och utöver detta presenteras ett antal vägledande avgöranden från EUD vilka har bidragit till utvecklingen av det EU-rättsliga originalitetskravet.

Kapitel 6 behandlar uppsatsens huvudfråga genom att sammanfatta ett urval av EUD:s och de svenska domstolarnas praxis i förhållande till upphovsrättslig originalitet. Jämförelser görs mellan det nordiska verkshöjdsbegreppet och det harmoniserade originalitetskravet. En undersökning av doktrinen på området görs i syfte att se vad den rådande uppfattningen är för att ge en prognos om verkshöjds-/originalitetskravets framtid.

I kapitel 7 presenteras en sammanfattande diskussion för att lämna en prognos om hur HD:s framtida originalitetsbedömningar kan komma att utformas mot bakgrund av det som presenterats i uppsatsens tidigare kapitel.

2 En kortfattad sammanfattning av upphovsrättens ”moderna” historia

Den europeiska upphovsrätten kan delas in i två olika synsätt. Det ena synsättet härstammar från den engelska upphovsrätten, som år 1709 gav liv till den första moderna upphovsrättslagen: the Statue of Anne. Innan denna Statue hade boktryckarna i England ett monopol på trycksaker; ett monopol som både tillgodosåg den dåvarande regeringens behov av censur och boktryckarnas kommersiella intressen. The Statue of Anne var i huvudsak en branschreglering, med syfte att klargöra konkurrensförhållandena inom tryckeri- och bokförlagsbranschen. Det hade funnits nödvändigt att stödja eftertrycksskyddet på en hos författaren grundad rättighet, istället för de nämnda förlagsmonopolen. Censurens avskaffande, författarens inledande frigörelse, och därmed dennes fulla ansvar för deras meddelanden till offentligheten, samt naturrättsliga uppfattningar som författarens rätt till sitt eget verk gjorde att ett privilegiesystem inte längre var ett realistiskt alternativ. Författaren fick genom denna upphovsrättslag en ensamrätt till tryckning av sitt verk; en ”copyright”. The Statue of Anne var en verklig milstolpe och dess praktiska tillämpning banade vägen för utformningen av en äkta föföfattarrätt.¹⁹ Copyright-systemet tillkom alltså som ett kommersiellt inriktat system med fokus på rätten att bestämma över de ekonomiska aspekterna av upphovsrätten, till exempel tryckning och distribution.²⁰

Motpol till detta synsätt blev den inställning till upphovsrätten som växte fram i Frankrike och övriga kontinentala Europa. ”Droit d’auteur” grundades i upphovsmannens inneboende, personliga rätt att bestämma över de verk denne skapat. Denna inställning till upphovsrätten var alltså inte baserad på ett kommersiellt motiverat privilegium, likt den engelska, och kom till uttryck genom två dekret under den franska revolutionen.²¹ Ett av dessa dekret antogs år 1793 och jämfördes då med den år 1789 framlagda deklARATIONEN om mänskliga rättigheter, varför dekretet presenterades som ”deklARATIONEN om geniets rättigheter”. DeklARATIONEN om mänskliga rättigheter hade bland annat i två artiklar uttryckt att en av människans mest dyrbara rättigheter var friheten att utbyta tankar och åsikter, vilket inbegrep rätten att tala, skriva, trycka och låta trycka fritt. Även äganderätten slogs fast som en mänsklig rättighet, vilken var okränkbar och helig; endast om det hade konstaterats ett i lag bestämt allmänintresse, och mot en rättvis och dessförinnan bestämd ersättning, kunde en medborgare bli berövad sin äganderätt. Upphovsrättslagstiftningen som tillkom under revolutionen kom att uppfattas på flera sätt. En av

¹⁹ Petri, Gunnar, Författarrättens genombrott, Atlantis AB, Stockholm, 2008, s. 74 och 107.

²⁰ Olsson, Henry, Copyright – svensk och internationell upphovsrätt, 9u, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015, s. 32 f.

²¹ Olsson, a.a., s. 33.

uppfattningarna var att den skulle uppfattas som en radikal och tidig bekräftelse på att upphovsmannen redan vid skapelseögonblicket hade rätt till sitt eget verk.²²

Sverige fick sin första grundläggande upphovsrättsliga lagstiftning i och med 1810-års tryckfrihetsförordning. Flertalet lagar tillkom under 1800-talet, som i sin tur kom att ersättas av tre lagar år 1919. Dessa tre lagar reglerade rätten till litterära och musikaliska verk, rätten till verk av bildande konst och en tredje rätten till fotografiska bilder. Renodlade upphovsrättslagar uppstod i samtliga nordiska länder förutom Island åren 1960 och 1961, som var nära på identiska till följd av att nämnda lagar tillkommit efter ett nära samarbete de nordiska länderna emellan. Sakkunnigutredningar tillsattes mot slutet av 1930-talet i de olika nordiska länderna, Island undantaget, i syfte att ge form åt gemensamma nordiska upphovsrättslagar. Auktorrättskommittén (AK) var den benämning som de svenska sakkunniga gav sig. AK avgav sitt betänkande år 1956²³ som innehöll förslag till lag om det upphovsrättsliga skyddet samt lag om skydd för fotografier; lagar utan föregångare i Sverige.²⁴

De centrala begreppen för detta arbete, kraven på att verket ska vara ett resultat av individuellt andligt skapande, en viss originalitet och självständighet, har behandlats i flera av URL:s förarbeten.²⁵ I 1914 års betänkande uttrycktes kravet på originalitet som att verket skulle vara en produkt av andligt arbete som höjde sig till en viss grad av självständighet och originalitet och som i någon mån gav uttryck för auktors individualitet.²⁶ I 1956 års motiv förklarade AK att det som skyddades av upphovsmannarätten var det originella och självständiga nyskapandet på det litterära och konstnärliga området, samt att upphovsmannarättsligt skydd borde beredas individuell andlig verksamhet.²⁷ Betänkandet lade grunden för den svenska upphovsrättslagen och är fortfarande relevant i dag, även om lagen genomgått omfattande revisioner sedan 1970-talet. 1985 års utredning om upphovsrätt och datorteknik slog fast att mänskligt andligt skapande var avgörande ur upphovsrättslig synpunkt; verkshöjd uppnåddes om programmet var resultatet av ett individuellt andligt skapande. Att hitta ett tydligare sätt att beskriva graden av originalitet eller individualitet som krävdes för att ett datorprogram, ett upphovsrättsligt verk, skulle föreligga förmodades enligt 1985 års utredning vara omöjligt.²⁸

²² Petri, a.a., s. 160 ff.

²³ SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk – lagförslag av Auktorrättskommittén.

²⁴ Olsson, a.st.

²⁵ Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, Avgivna den 28 juli 1914 av därtill inom Kungl. justitiedepartementet förordnande sakkunniga (cit. 1914 års betänkande), SOU 1956:25 och SOU 1985:51, Upphovsrätt och datorteknik.

²⁶ SOU 1956:25, s. 66 med hänvisning till 1914 års betänkande, s. 57.

²⁷ SOU 1956:25, s. 133.

²⁸ SOU 1985:51, s. 88 f.

3. Det nordiska verksbegreppet

3.1 Verk

Upphovsrättens föremål och innehåll behandlas i URL:s första kapitel. Upphovsrättens skyddsobjekt, verket, omnämns redan i lagens första paragraf som stadgar att den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket. Där förklaras vare sig vad som avses med ett verk eller att det är litterärt eller konstnärligt. Ledning för hur man ska tolka dessa uttryck återfinns dock i motiven till URL. Där uttrycker AK att orden litterär och konstnärlig ska ges en vid tolkning, samt att de verk som anges i paragrafen endast ska anses vara en exemplifiering av vad som kan anses vara ett verk.²⁹ Varken Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (BK) eller Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-avtalet) förklarar vad ett verk är eller dess ytterligare skyddskvalifikationer. Det har inte heller förklarats, vare sig i lagen, förarbeten eller doktrin, hur dessa uttalanden från förarbetena skulle tolkas.³⁰

Det finns inte heller någon definition eller redogörelse för verkets skyddsförutsättning, det vill säga för vad kravet på originalitet eller verkshöjd innebär. Detta ligger istället dolt i begreppen ”skapat” och ”verk”.³¹ Att verkshöjdskravet ligger dolt i begreppet ”skapat” styrktes av AK som slog fast att ordet ”skapat” hade en avgörande betydelse i detta sammanhang. AK menade att det resultat som skulle skyddas enligt upphovsrättslagstiftningen - den andliga verksamheten - var tvunget att vara av en skapande natur, men att detta samtidigt inte skulle tolkas allt för strängt.³² Lagrådet i sin tur uttalade i förhållande till den då föreslagna 4 § 2 st URL att det redan i verket skapa fanns ett krav på att verket uppfyllde kraven på självständighet och originalitet.³³

AK behandlade verket och dess betydelse relativt utförligt. Kommittén fastställde att ordet verk var av central betydelse i 1 § URL och förklarade genom en hänvisning till 1914 års betänkande, som nämns ovan, att det i ordet verk fanns ett krav på att produkten skulle ”hava höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet, den måste åtminstone i någon mån vara uttryck för auktors individualitet; en rent mekanisk produktion är icke tillfyllest”.³⁴ AK fortsatte med att konstatera att det var en komplicerad uppgift att fastställa var gränsen skulle gå för vad

²⁹ SOU 1956:25, s. 65 och 69.

³⁰ Nordell, Per Jonas, Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 1990, s. 34.

³¹ Olsson, a.a., s. 55.

³² SOU 1956:25, s. 66 f.

³³ Proposition 1960:17, Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, s. 379.

³⁴ SOU 1956:25, s. 66 med hänvisning till s. 57 i 1914 års betänkande.

som skulle anses vara självständigt och originellt. Kommittén uttryckte en önskan om att lagtexten skulle innehålla en tydligare markering än ordet ”verk” för vad som krävdes för att självständighet och originalitet skulle vara uppfyllt, eftersom det endast var i allmänna ordalag man kunde förklara vad som var avgörande för denna bedömning.³⁵

Verksbegreppet aktualiserar flertalet viktiga frågeställningar. Trots detta måste den principiellt viktigaste frågan vara den som behandlar hur man skiljer mellan ett verk som omfattas av det upphovsrättsliga skyddet och en produkt som inte anses vara ett verk och därmed inte omfattas av nämnda skydd, varpå denna produkt kan utnyttjas obehindrat.³⁶ Ännu har dock ingen renodlad definition av vad ett verk är lagts fram. Det har inte gått rättsvetenskapen förbi att det saknas en definition av detta begrepp, utan en livlig debatt har förekommit i den nordiska doktrinen, vilken har sysselsatt en rad betydande rättsvetenskapsmän.

3.2 Riktningar

Verksbegreppet har debatterats i den nordiska doktrinen från slutet på 1800-talet. Under den tid som denna debatt pågick uppstod två olika riktningar: den idealistiska och den realistiska. Den idealistiska riktningen var den dominerande riktningen före 1945, varefter den realistiska tog över.³⁷ Synen på verket skilde sig åt under dessa perioder. Den idealistiska perioden kom att präglas av en objektsnatur-orienterad syn på verket, medan en renodlad objekts-orienterad syn på verket präglade den realistiska perioden. Det återspeglas i hur synen på verket gick från att ha varit fokuserad på det immateriella, verkets inre form och tillhörande yttre uttryck, till en uppfattning av verket som lade sin tyngdpunkt på verkets funktion.³⁸

3.2.1 Idealistiska riktningen

En idé om en äganderätt till själva verket uppkom efter det att boktryckarkonsten upptäckts. Idén gick ut på att verket på något vis var tvunget att existera, oavhängigt exemplaren verket blivit manifesterat i. Denna uppfattning följdes av att Kohler presenterade sin teori om verket i form av ett ”immateriellt verk”; ett verk som var något påtagligt och i sig existerande. Teorierna i denna riktning samlades kring Kohlers syn på verket, vilken innebar en distinktion mellan verkets yttre och inre form. Kohler fick i den nordiska debatten främst stöd av Eberstein och Knoph. Tiden då den idealistiska riktningen var den rådande på området kännetecknades av

³⁵ SOU 1956:25, a.st.

³⁶ Bernitz m.fl., s. 54.

³⁷ Nordell, a.a., s. 24.

³⁸ Törngren, Peter, Den nordiska verksdebatten – en sammanfattning och kommentar, TfR 1986 s. 366 f.

naturrättsläran som under denna period hade ett starkt fäste. Nämnda lära förespråkade uppfattningen att upphovsmannen hade en av naturen given rätt till de verk denne skapat, en uppfattning som kan vara till stöd för tanken om immaterialrättsläran som en idealistisk riktning.³⁹

3.2.1.1 Eberstein och Knoph

När Eberstein gav sig in i diskussionen rörande den litterära äganderättens objekt var han tydlig med att denna äganderätt inte var att jämföra med den traditionella äganderätten, med vilket menas äganderätt till ett föremål. Eberstein gjorde en liknelse mellan författarens tryckta bok och själva föfarrätten, upphovsrätten, som samma författare hade till det som materialiserats genom boken och menade att föfarrättens objekt var något helt annat. Föfarrättens objekt utgjordes istället av föfattarens skapelse och inte det materiella ting i vilket det hade gestaltats. Enligt Eberstein fanns det inget bättre sätt att uttrycka objektet för föfarrätten än ”föfarrättens inre form”.⁴⁰

Frågan om rättens objekt var enligt Knoph ett kärnproblem inom immaterialrätten. Knoph konstaterade att rättigheten stundtals saknade all anknytning till ett förkroppsligat ting. Detta var till exempel fallet vid ett muntligt föredrag eller vid en musikalisk improvisation, även om man oftast hade att göra med föremål man kunde känna på, som en bok. I samband med denna utläggning markerade dock Knoph mycket tydligt sin syn på frågan när han slog fast att ”... det er ikke disse fysiske tingene som er rettighetens gjenstand”. Enligt Knoph var det inte exemplaren som var rättens objekt, utan den immateriella rättigheten som låg bakom. Knoph menade att det inom hela immaterialrätten var viktigt att skilja mellan själva rättsobjektet (verket) och det enskilda, förkroppsligade exemplaret.⁴¹

Knoph uttryckte själv att denna fråga var väldigt abstrakt och att den innehöll en del säregna egenskaper. I ett försök att sammanfatta problemet om upphovsrättens objekt slog Knoph fast att skyddet tillämpades på verket i den individuella form som upphovsmannen hade givit det. Skyddet täckte inte bara den yttre och inre formen, utan även själva tankeinnehållet som fanns i verket.⁴²

Både Eberstein och Knoph visade tydligt att de stöttade immaterialrättsteorin, eftersom föfarrättarna gjorde en klar distinktion mellan verket och dess yttre förkroppsligande.

³⁹ Nordell, a.st.

⁴⁰ Eberstein, Gösta, Om den litterära äganderättens objekt enligt gällande svensk rätt, TfR 1916 s. 377 ff.

⁴¹ Knoph, Ragnar, Åndsretten, Nationaltrykkeriet, Oslo, 1936, s. 97 f.

⁴² Knoph, a.a., s. 101.

3.2.1.2 Lund

Torben Lund deltog framförallt i verksdebatten med sin avhandling ”Billedkunsten i retlig belysning” samt med två artiklar i NIR vid namn ”Prioritetsproblem i ophavesretten” och ”Om ophavsrettens grundbegreber”.

Lund konstaterade att det inte var ett okänt fenomen att det förekom tankekonstruktioner i rättsordningen, vilka var kopplade till begrepp. Som exempel angav Lund fordringen; den muntliga fordringen var ett begrepp som inte utgjorde eller kunde sägas vara kopplat till ett fysiskt objekt, men ändå kunde en muntlig fordring vara pantsatt. Panträttens objekt blev således bara det begrepp som uppstod i människors medvetande: fordringen. Med detta ville Lund visa att rättsordningen inte var främmande för tankekonstruktioner, varför det inte var något egendomligt att komma fram till att upphovsrättens objekt också var ett begrepp: en tankekonstruktion.⁴³

Gällande verket slog Lund fast att hans uppfattning var att verket i egenskap av upphovsrättens objekt var det uttänkta verk som uppstod i upphovsmannens hjärna. Detta verk var en realitet, eller i vart fall en andlig realitet, varför frågan om det var en fysisk realitet fick lämnas öppen. Att verket kunde få olika utformningar och manifesteras på diverse sätt var en sak, men Lund konstaterade att dessa manifestationer endast var ”exemplar” och att rätts objekt var upphovsmannens hjärnverksamhet när han skapade verket; manifestationerna var endast ett bevis på verkets existens.⁴⁴

I sina bidrag till verksdebatten var Lund, likt de andra vetenskapsmännen, även inne på de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna. Bland annat behandlade Lund självständighetskravet, som han menade inte ställde något krav på konstnärlig kvalitet. Även en nybörjares eller en amatörs prestation skulle erhålla upphovsrättsligt skydd, förutsatt att det representerade något särpräglat; en självständig skapelse. Självständighet som krav för upphovsrättsligt skydd innebar att verket skulle vara ett resultat av ett skapande arbete med konstnärligt föremål. Lund konstaterade att när ett verk vägrades skydd till följd av att det inte uppfyllde nyhetskravet, eftersom det var en kopia av ett redan existerande verk, var det i verkligheten endast för att lagen ville skydda den självständiga ”åndelige” insatsen.⁴⁵

Självständighetskravet återfinns i 4 § 2 st URL som behandlar bearbetningar av ett verk. Nordell konstaterade i anslutning till detta lagrum att kravet på att ett verk måste vara ett resultat av ett självständigt skapande sannolikt innebar att verket skulle ha tillkommit utan allt för stor

⁴³ Lund, Torben, Om ophavsrettens grundbegreber, NIR 1954 s. 132.

⁴⁴ Lund, a.a., s. 146.

⁴⁵ Lund, Torben, Billedkunsten i retlig belysning, G.E.C. Gads Forlag, Köpenhamn, 1944, s. 109.

inverkan av andra människor.⁴⁶ Det som avses med självständighetskravet är i grund och botten att det är tillåtet att hämta inspiration från tidigare verk, men det nya verket ska stå fritt från det äldre.⁴⁷ En förutsättning för denna regels tillämpning är alltså att det nya verket ska ligga så pass långt ifrån det äldre verket att upphovsmannen inte ska ha ansetts tagit över innehållet i det tidigare verket på ett vis som överensstämmer med det sätt den tidigare upphovsmannen utformade verket; verkets inre form ska inte återfinnas i det nya verket (plagiat).⁴⁸

3.2.2 Realistiska riktningen

Debatten skiftade efter den idealistiska riktningen från en debatt som fokuserade på det immateriella verket till en debatt som istället lade fokus på att försöka anpassa upphovsrätten till de krav som ställdes av lagstiftningen och samhället.⁴⁹ Till följd av detta började kopplingen mellan upphovsrättens objekt och rättens innehåll luckras upp, vilket i sin tur ledde till att intresset för rättens natur falnade. Istället ökade intresset för de realiteter som låg bakom objektet.⁵⁰

Inom den realistiska riktningen uppstod två olika inställningar till verksdebatten; den objektsrelaterade riktningen och teorier som inte var objektsrelaterade. Den objektsrelaterade riktningen grundade sina åsikter på att objektet fungerade som en bas för de upphovsrättsliga förfogandena. En förutsättning för detta var att verket på något vis hade åskådliggjorts. Till denna kategori hörde Svante Bergström och Gunnar Karnell medan Mogens Koktvedgaard och Stig Strömholms teorier hörde till de icke objektsrelaterade som förkastade synen på att upphovsrätten skulle vara en rätt med avseende på ett visst objekt. Den icke objektsrelaterade teorin utgick istället ifrån att verket inte hade någon fysisk existens, utan fokuserade istället på verkets funktion.⁵¹

3.2.2.1 Ross

Ross skrev en artikel 1945⁵² som i grunden var en anmälan av Lunds avhandling om Billedkunsten, vilken Ross var opponent på. Artikeln förde verksdebatten bort från den idealistiska riktningen och såg istället till att det realistiska betraktelsesättet blev det rådande. I denna artikel framförde Ross sin syn på det immateriella verket. Ross menade att synen på det immateriella

⁴⁶ Nordell, a.a., s. 36.

⁴⁷ Adamsson, Peter m.fl., Lagarna inom immaterialrätten – en kommentar (1 jan 2008), Zeteo, kommentaren till 1 kap 4 § 2 st URL.

⁴⁸ Olsson, Henry & Rosén, Jan., Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar (20 jan 2014), Zeteo, kommentaren till 1 kap 4 § 2 st URL, under rubriken ”Andra stycket”.

⁴⁹ Nordell, a.st.

⁵⁰ Törngren, a.a., s. 367.

⁵¹ Törngren, a.a., s. 373 f och 378 f.

⁵² Ross, Alf, Ophavsrettens Grundbegreber, TfR 1945 s. 321.

verket hade sina frågetecken och konstaterade att det fanns en farlig koppling mellan äganderätten och teorin om det immateriella verket som berodde på oklarheter i den senare. Om Kohlers teori stämde, att rättens objekt var ett immateriellt verk, var språnget till äganderätten inte stort. Äganderätten skulle enligt Ross störta samman om teorin om det immateriella verket skulle visa sig vara falsk, eftersom äganderättsteorin utgick från att det immateriella verket var en realitet, vilket ledde till att detta objekt borde ha kategoriserats på samma sätt som om det vore ett materiellt föremål.⁵³

Härifrån gick Ross vidare till att slå fast att det immateriella verket inte kunde sökas i den fysiska världen utan att detta var något varje individ upplevde i sitt sinne som ett medvetenhetsfenomen. Verket i sig var ett idéinnehåll som inte kunde existera som en realitet på annat sätt än som en upplevelse hos en individ. Ross tydliggjorde att verket var en abstraktion; det var en enhet i en serie av upplevelser. Att råda över verket var enligt Ross detsamma som att råda över dess upplevelser. Materiella omständigheter eller objekt var en förutsättning för att upphovsmannen skulle kunna förmedla sagda upplevelser till andra. Förmedlingen i sin tur skedde antingen i formen av ett mångfaldigande av verket eller ett framförande av verket.⁵⁴ Upphovsmannen kunde även genom särskilda inskränkningar utöva en förbuds rätt vilken tog sig uttryck i dennes rätt att begränsa ägarens sedvanliga rådighet över sitt exemplar.⁵⁵

3.2.2.2 Bergström

Bergström presenterade sin syn på verket dels i sin monografi om uteslutande rätt, dels i en festskrifts artikel i *Mélanges Åke Malmström 1972*. Bergström kategoriserade handlingar och objekt som var uppfattbara utåt för ”yttre” eller ”fysiska” och tankar som endast kunde upplevas av en själv som ”inre” eller ”psykiska”. Det hade betydelse för Bergströms framställning, där han försökte fastställa om man bakom lagtextens ”verk” kunde finna ett föremål och vilket detta föremål i sådana fall skulle vara. Bergström ansåg att en ensamrättshandling var tvungen att ta plats i det yttre, eftersom en handling som företagits i det inre inte kunde bevisas. Vidare slog Bergström fast att om en handling var tvungen att ta plats i det yttre för att kunna bedömas, måste logiskt sett även handlingens objekt kunna upplevas i det yttre. En annan lösning hade komplicerat bedömningen av om en ensamrättshandling överhuvudtaget företagits, samt om handlingen hade riktat sig mot det i lagen angivna objektet: verket.⁵⁶

⁵³ Ross, a.a., s. 344.

⁵⁴ Ross, a.a., s. 344 f.

⁵⁵ Ross, a.a., s. 349.

⁵⁶ Bergström, Svante, Uteslutande rätt att förfoga över verket, Uppsala Universitets årsskrift 1954:8, s. 48 ff.

Bergström delade in det upphovsrättsliga objektet i tre kategorier av yttre objekt som kunde föras in under benämningen verket. Den första kategorin var beständiga objekt vilka var saker, föremål som på något vis kunde besittas. Den andra kategorin var obeständiga objekt som inte var saker, utan flyktiga objekt som ständigt skiftade identitet. Exempel på obeständiga objekt var filmbilden, musiken och talet. Den tredje kategorin var saker i vardande. Dessa objekt kunde inte vara föremål för äganderätt och kunde inte heller betraktas som obeständiga objekt, utan Bergström beskrev denna kategori av yttre objekt som att en framställning av en sak var en handling, riktad mot en sak i vardande.⁵⁷

Bergström framförde vidare hur verket kunde delas in i ett inre och yttre verk. Det inre verket kunde upplevas på ett aktivt sätt när det skapades i upphovsmannens inre, men det kunde även upplevas passivt när det färdiga verket upplevdes av någon utomstående. Det yttre verket var den yttre form uphovsmannen gav sitt verk för att andra skulle kunna uppleva det. Motiveringen till varför den yttre manifestationen kunde kallas verket var att den var ägnad att överföra upplevelsen av det inre verket, vilket gjorde att dessa manifestationer kunde kallas ”medier” för verket. Här skilde Bergström mellan primärmedium och sekundärmedium. Ett primärmedium var det första medium som hade tillkommit för verket och var av fundamental betydelse eftersom det angav tidpunkten för rättsskyddets inträde. Sekundärmedier var i sin tur senare skapade medier som primärmediet kunde överföras till.⁵⁸ Bergström konstaterade sedan att verket innefattade alla medier som kunde hänföras till ett och samma verk, vilket innebar att förfoga över verket inbegrep alla tänkbara förfoganden över alla medier av verket.⁵⁹

3.2.2.3 Karnell

Karnells bidrog till denna debatt med sin licentiatsavhandling ”Upphovsrättens jämförelseobjekt”, artikeln ”Verksbegrepp och upphovsrätt” i TfR 1968 samt med sin doktorsavhandling ”Rätten till programinnehållet i TV”. Karnells bidrag till verksdebatten kom till stor del att handla om upphovsrättslig jämförelse, varav ett av dessa bidrag inleddes med att slå fast att det avgörande för att bedöma om en åtgärd är upphovsrättsligt relevant ligger i jämförelsen mellan två resultat. En eventuell likhet mellan två objekt konstituerade rättsligt beroende medan olikhet resulterade i rättsligt oberoende. Karnell konstaterade att med verk avsågs objekt i jämförelse och att verket var att söka i just jämförelsen.⁶⁰

⁵⁷ Bergström, a.a., s. 52 f.

⁵⁸ Bergström, a.a., s. 63 ff.

⁵⁹ Bergström, a.a., s. 129 ff.

⁶⁰ Karnell, Gunnar, Verksbegrepp och upphovsrätt, TfR 1968 s. 401.

Karnell delade upp jämförelsens olika led i två grupper: primär- och sekundärföreteelser. Primärföreteelsen beskrevs som ett juridiskt anspråksunderlag eftersom det var något som kunde göras gällande i förhållande till andra som ”bärare av faktiskt underlag för upphovsrätt”. Sekundärföreteelsen var en företeelse som stod i beroendeförhållande till primärföreteelsen eftersom den inte självständigt kunde åberopas som grund för upphovsrätt gentemot upphovsmannens rätt till primärföreteelsen. Att konstatera primärföreteelser var därför av vikt eftersom det var nödvändigt för att kunna göra åtskillnad mellan rättsinnehavares anspråksunderlag.⁶¹

Karnell syftade inte till att definiera ett upphovsrättsligt objekt, utan kom istället fram till slutsatsen att ordet ”verk” inte rymdes under något enhetligt begrepp annat än om det brukades i en given bedömningssituation. Skulle ett verksbegrepp av detta slag inte vara tillfredsställande slog Karnell fast att det enda alternativ som kvarstod var att skapa ett begrepp som täckte hela det ”komplicerade sammanhang med varierande faktiska underlag, vilket skulle utgöras av alla verkliga och hypotetiska fall av upphovsrättslig erforderlig likhet vid en verksbedömning som till utgångspunkt skulle ha en uppsättning egenskaper hos en given primärföreteelse, vilka varierade från det ena bedömningsfallet till det andra.”⁶² Detta var dock inte det sista Karnell bidrog med till denna debatt.

3.2.2.4 Koktvedgaard

Koktvedgaard presenterade sin realistiska syn på immaterialrätten i sin avhandling från år 1965, där immaterialrätterna framställdes som konkurrenspräglade ”positioner” snarare än objekt. Koktvedgaard diskuterade om ”verket” enbart skulle ses som ett språkbruk. Man kunde då förmodligen se verket som ett sammanfattande uttryck för samtliga exemplar som kunde ge iakttagaren samma estetiska upplevelse. Koktvedgaard ifrågasatte nyttan av ett sådant allmänbegrepp, och menade istället att det var svårt att inte falla för frestelsen att ge verksbegreppet substans när man utnyttjade ett sådant talesätt. Den huvudinvändning som Koktvedgaard hade mot verksterminologin var att dess språkbruk hade en tendens att skymma den faktiska och rent konkreta sammanläggningsprocess som var immaterialrättens livsnerv. Denna livsnerv stod i förgrunden vid diskussioner rörande upphovsrättens metod och struktur.⁶³

Koktvedgaard sammanfattade denna diskussion med att konstatera att den upphovsrättsliga problemställningen alltid tog sin utgångspunkt i en bestämd avdelning av den yttre, fysiska

⁶¹ Karnell, a.a., s. 402 f.

⁶² Karnell, a.a., s. 444.

⁶³ Koktvedgaard, Mogens, *Konkurrensprägede Immaterialretspositioner*, Juristförbundets forlag, Köpenhamn, 1965, s. 114 f.

världen; manifestationerna. Upphovsrätten var beroende av den mänskliga upplevelsen, och upphovsrättens egendomliga metod var baserad på upplevelser och ovan nämnda sammanläggning. Upphovsrättens uppgift kunde vara varaktig eller föränderlig, men det avgörande var om den som betraktade denna avdelning av den yttre fysiska världen, manifestationerna, hade möjlighet att förstå när två verk var identiska eller besläktade.⁶⁴

3.2.2.5 Strömholm

Strömholm skrev boken Upphovsrättens verksbegrepp år 1970, som baserades på material och reflektioner i samband med hans doktorsavhandling. Han angav att syftet med hans undersökning var att svara på frågorna om vad som enligt gällande svensk rätt skulle anses vara de upphovsrättsliga befogenheternas objekt samt om det ens var lämpligt att arbeta med förutsättningen ”rättsobjektet” som en föreställning.⁶⁵ Tidigt aviserade Strömholm att undersökningen skulle lämna läran om det immateriella verket därhän.⁶⁶ Det förklarades även att det problem som undersökningen skulle komma att fokusera på var av en kunskapsteoretisk karaktär och inte ett ontologiskt sådant. Strömholm anförde att det inte var verket ”i sig” som skulle studeras; istället var det verksiakttagelsen som skulle vara föremål för studierna. För att kunna studera verksiakttagelsen krävdes svar på frågan om vad ett verk var. Strömholm konstaterade att den frågan kunde besvaras endast i förhållande till ”det reella underlaget för iakttagelser”: fysiska fenomen som kunde ses eller höras vilka återgav verket sådant det iaktogs i det första fenomenet av angivet slag.⁶⁷

Undersökningens fokuserade alltså inte på ”andliga existensmodaliteter” utan Strömholm valde att undersöka iakttagelseunderlaget – de fysiska fenomen som nämns ovan – och iakttagelseprocessens resultat: verksföreställningen. Strömholm slog fast att verksbegreppet hjälpte att beteckna ett i sig redan abstrakt föreställningsinnehåll, eftersom det fungerade på de språkliga abstraktionernas plan. Därifrån gick Strömholm vidare med att bedöma om verksbegreppet kunde fungera som rättsobjekt.⁶⁸

Strömholms undersökning resulterade i två slutsatser: den första var att ordet ”verk”, som det anges i lagtexten, inte kunde anses vara åtskilt från exemplar på ett klart och uniformt vis. Inte heller fungerade verket som ett objekt för förfoganden och borde på grund av detta inte betecknas som rättsobjekt. Att verket inte borde betecknas som rättsobjekt motiverades med att

⁶⁴ Kocktvedgaard, a.a, s. 123.

⁶⁵ Strömholm, Stig, Upphovsrättens verksbegrepp, Norstedts, Stockholm, 1970, s. 7.

⁶⁶ Strömholm, a.a., s. 49.

⁶⁷ Strömholm, a.a., s. 110.

⁶⁸ Strömholm, a.a., s. 136.

det ansågs vara ett abstrakt allmänbegrepp grundat på dess föreställningsinnehåll: verksiakttagelsen. Strömholm konstaterade avslutningsvis att ”verket” var olämpligt som rättsobjekt redan på grund av bristen på enhetlighet gällande begreppets användning till följd av att begreppet användes som ett kollektivt namn för olikartade företeelser.⁶⁹

Strömholms undersökning anmäldes av Gunnar Karnell.⁷⁰ Han reflekterade över det materiella innehållet, som bland annat täckte Strömholms ”föreställningslära”. Karnell ansåg ”föreställningsläran” utgöra en framställningsteknisk komplikation för upphovsrätten och att Strömholm inte tydliggjort dess möjliga praktiska och teoretiska värde på ett tillfredsställande sätt.⁷¹

3.2.2.6 Ljungman

Ljungmans position i denna debatt kan möjligen ifrågasättas eftersom han inte förde en diskussion om upphovsrättens objekt på samma sätt som de ovan nämnda vetenskapsmännen. I en festskrift till Carl Jacob Arnholm år 1969 konstaterade Ljungman att det pågått en livlig debatt om realiteten bakom verksbegreppet i den nordiska upphovsrättsliga doktrinen, men att den hade varit fokuserad på verket såsom objekt för rättsliga förfoganden och lämnade frågan om vilka kvalitativa krav som ställs på ett skyddat verk utanför.⁷² Det är i denna artikel som begreppet verkshöjd presenteras. Ljungman ansåg att termen verkshöjd var en neutralare samt bättre term är skaparhöjd. Nämnda term stämde även bättre överens med patenträttens uppfinningshöjd, vilket var det krav som angav den nedre gränsen för vad som skulle anses vara en uppfinning.⁷³

I Ljungmans festskrift till Arnholm presenterade Ljungman diverse länders syn på ett verks kvaliteter, vilket fortsatte in på vilka kriterier som skulle kunna anses som tillräckliga för att bedöma ett verks originalitet. Ljungman ansåg att en avgränsning som fokuserade på om verket visade sådan ”egenart” att risken för att någon annan skulle ha presterat ett liknande verk var minimal, att det förelåg en frånvaro av risk för dubbelskapande, hade accepterats som ett avgörande kriterium för tillräcklig individualitet i den svenska doktrinen.⁷⁴ Ljungman ansåg att detta

⁶⁹ Strömholm, a.a., s. 226 ff.

⁷⁰ Karnell, Gunnar, Begreppet verk i upphovsrätten – en bokanmälan och några reflexioner av bitr. professor Gunnar Karnell, NIR 1971 s. 368.

⁷¹ Karnell, Begreppet verk i upphovsrätten, s. 378.

⁷² Ljungman, Seve, Något om verkshöjd, Nordisk Gjenklang; Festskrift till Carl Jacob Arnholm, 1969, s. 179 här återgiven i NIR 1970 s. 21 ff.

⁷³ Ljungman, a.a., s. 32.

⁷⁴ Ljungman, a.a., s. 26.

dubbelskapandekriterium var ett säkrare bedömningsunderlag eftersom kravet på ”andligt skapande” som förutsättning för skydd hade resulterat i att det ställdes relativt låga krav för att hålla upphovsrättsligt skydd och att detta skydd varierade mellan verkskategorierna.⁷⁵

Med bland andra Ljungman i tanken konstaterade Nordell att dubbelskapandekriteriets entré i svensk upphovsrättslagstiftning på ett tydligt sätt verkar slå fast en objektiviserad syn på verkshöjdsbedömningen, en syn som stämmer överens med den objektiviserade synen på det upphovsrättsliga verksbegreppet såsom det uttryckts i verksdebattens realistiska riktning.⁷⁶

3.3 Debatten kommer till ett slut

Med Karnells anmälan av Strömholms bok ”Upphovsrätten verksbegrepp” tycks verksdebatten, med inriktning på idealistiska eller realistiska synsätt, ha avstannat.⁷⁷ Törngren försökte då sammanfatta verksbegreppet såsom dess definition hade vuxit fram i den nordiska rättsvetenskapliga debatten/doktrinen. I egenskap av rättsobjekt var ”verket” ingenting faktiskt eller substantiellt och hade inte heller någon ontologisk existens. Verket hade alltså inte förmåga att fungera som objekt för rättsliga förfoganden i det Törngren benämnde en traditionell sakrättslig bemärkelse. Verket fyllde dock en funktion som ett språkligt abstraherande uttryck: ”Det betecknar det från fall till fall varierande skyddsvärda i en mångfald av heterogena företeelser. Denna abstraktion fungerar vidare som ett anknytningsfaktum i lagtexten”. Som avslutning angav Törngren att det centrala var att objektet inte existerade såsom en realitet i den yttre världen, men att det existerade i lagtexten i det avseendet att det där hade givits en funktion.⁷⁸

Debatten fortsatte dock till viss del när Marianne Levin genom sin artikel ”Skapande som skyddsförutsättning” diskuterade om det upphovsrättsliga skapandekriteriet skulle bedömas objektivt eller subjektivt. Levin anförde i denna artikel stöd för ett subjektivt synsätt genom att hänvisa till uttalanden i upphovsrättsutredningar och den nordiska doktrinen. Detta ger intrycket av att Levin vid den tidpunkten inte fann det självklart att svensk upphovsrätt applicerade ett subjektivt skapandebegrepp.⁷⁹

När Levin några år senare lämnade ett rättsutlåtande i det uppmärksammade Smultron-avgörandet⁸⁰ var hennes uppfattning mycket tydligare. Levin anförde att upphovsrätten endast var ett skydd mot efterbildning och att till skillnad från patenträtten och mönsterrätten, som hade

⁷⁵ Ljungman, a.a., s. 31 f.

⁷⁶ Nordell, a.a., s. 41.

⁷⁷ Törngren, a.a., s. 384.

⁷⁸ Törngren, a.a., s. 384 f.

⁷⁹ Levin, Marianne, Skapande som skyddsförutsättning, Ulf 50, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 1986, s. 53 f.

⁸⁰ NJA 1994 s. 174 (cit. Smultron).

karaktären av monopol, så innebar upphovsrätten ingen prioriteringsrätt. Hade en liknande produkt kommit till självständigt så innebar detta att det inte var upphovsrättsintrång i det tidigare skapade verket. Den som hade skapat något liknande var dock tvungen att göra det sannolikt att detta inte hade tillkommit genom efterbildning, vilket då skulle tas i beaktande vid bedömningen av upphovsrättsintrång. Levin anförde även att upphovsrätten rent teoretiskt presenterade möjligheten att två parallellskapelser båda kunde åtnjuta upphovsrättsligt skydd samtidigt.⁸¹ Levin talade alltså tydligt för ett subjektivt synsätt på verkskriterierna.

Nordell sammanfattade verksdebatten med att konstatera att begreppet ”verk” kunde ges olika mening eller tillerkännas olika betydelser beroende på under vilka omständigheter och i vilket sammanhang det förekom.⁸² Nordell ställde flera frågor om upphovsrättens verksbegrepp och verkshöjdskravet år 1990, vilka i och för sig var relevanta, men samtidigt svåra att besvara då, eftersom påverkan av nordisk rättsrealism var i avtagande, men samtidigt ingen ny väg hade uppenbarats. Han anförde att det upphovsrättsliga klimatet hade förändrats, bland annat till följd av att Sverige blivit en del av en europeisk marknad. Vid en närmare syn på de upphovsrättsliga fall HD hade bedömt under 1990-talet menade dock Nordell att HD till följd av lagens öppenhet hade vidtagit de åtgärder domstolen hade möjlighet att vidta gällande tolkningen av vad som kunde vara ett verk och vad som kunde vara skapande, främst med Smultron-avgörandet samt introduktionen av dubbelskapandekriteriet i åtanke.⁸³ Eklöf uttryckte några år senare att den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen fortsatt var en källa till osäkerhet och menade att HD hade en obenägenhet att utveckla sig i frågan. Eklöf menade att verkshöjdsbegreppet inte var ett nödvändigt begrepp, utan anförde istället att det var oväsentligt vilket begrepp man använde, så länge man i stort menade samma sak och framhöll att HD inte hade varit helt konsekvent med de begrepp som domstolen hade använt vid upphovsrättsliga prövningar. Det direktivbaserade originalitetskravet berördes av Eklöf men han konstaterade att det vid artikelns publicering endast var harmoniserat i förhållande till de alster som var angivna i direktiven. Sammanfattningsvis ställde sig Eklöf tveksam till vilket begrepp och vilken bedömning det var som skulle användas vid originalitetsbedömningen, men uttryckte samtidigt att verkshöjdskravet än så länge var av fortsatt relevans.⁸⁴ Det är således först på senare tid som man – i ljuset av EUD:s praxis – kan se en väg framåt.

⁸¹ Levin, Marianne, Utlåtande i fråga om upphovsrättsligt skydd till smultronmönstrat tyg, ritat av textilkonstnärinnan Lena Boije, till vilket Borås Wäveri AB, Borås (nedan ”Borås Wäveri”) har alla rättigheter och huruvida ett annat företag, A.G Pehrson Modegrossisten AB, Mölndal (nedan ”Modegrossisten”) genom marknadsföring av ett jordgubbsmönstrat tyg skall anses göra upphovsrättsintrång (NJA 1994 s. 174), s. 9 ff.

⁸² Nordell, a.a., s. 28.

⁸³ Nordell, Per Jonas, Intrång i upphovsrätten till byggnadsritningar, JT nr 3 1998/99 s. 656 ff.

⁸⁴ Eklöf, Dan, Upphovsrätt till ritningar, JT nr 1 2004/05 s. 145 ff.

4. Den upphovsrättsliga skyddsförutsättningen verkshöjd

4.1 Inledning

Ljungman introducerade termen verkshöjd i svensk rätt år 1969. Begreppet verkshöjd har i nordisk rätt varit allmänt accepterat som benämning på det krav på originalitet som måste framträda i ett alster för att påräkna skydd. Termen inspirerades av den patenträttsliga termen uppfinningshöjd, och dess ursprung kan spåras till den tyska doktrinen. I den tyska doktrinen fungerade den som skyddsnorm på brukskonstområdet och uttrycktes som Schöpfungshöhe, Leistungshöhe eller Gestaltungshöhe.⁸⁵

För tolkning av kraven som ställs i nordisk rätt har de nordiska kommittébetänkandena varit av nytta. De sakkunnigas i 1914 års betänkande framställda krav på att verket skulle vara en produkt av ett andligt arbete som höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet och som i åtminstone någon mån var uttryck för auktors individualitet har använts till nämnda tolkning. Av kraven på andligt skapande, individualitet, självständighet och originalitet följer att det omöjliga skulle ges skydd till verk som skapats genom en mekanisk produktion eller genom efterbildning av en annan individs förefintliga verk.⁸⁶

Med detta sagt måste det nämnas att det ännu inte finns någon klar beskrivning av vad verkshöjd innebär. Termen har behandlats i såväl lagens motiv som i rättspraxis, men utan att det har givits en definition av begreppet. Det har ofta varit omständigheterna i det enskilda fallet som fått avgöra om något ska skyddas eller inte. Generellt sett har originalitetskravet legat väldigt lågt i de anglosaxiska länderna, där ett verk ofta har ansetts vara originellt så fort det inte har ansetts vara en kopia av ett annat verk. Överlag anses de skandinaviska och kontinentaleuropeiska upphovsrättslagarna ha ett mer kvalificerat krav på verkshöjd, även om det i Sverige numera får anses ligga tämligen lågt.⁸⁷

I det följande behandlas de olika element som varit del av verkshöjdsbedömningen över tid. Fokus ligger på element som HD brukar använda som del av den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen. Det innefattar kraven på skapande, individualitet, självständighet och originalitet. Utöver dessa krav avhandlas ”hjälpregeln” dubbelskapandekriteriet såväl som nyhetskravet samt en redogörelse för om skilda kvalitativa krav kan ställas på ett verk samt vad det innebär

⁸⁵ Nordell, Per Jonas, *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 1995 s. 631.

⁸⁶ Nordell, Per Jonas, *Rätten till det visuella*, Jure, Stockholm, 1997, s. 51 f med hänvisning till 1914 års betänkande, s. 57.

⁸⁷ Olsson & Rosén, a.a., kommentaren till 1 kap. 1 § URL, under rubriken ”Allmänt om verksbegreppet (upphovsrättens objekt)”.

att upphovsrätten är ett formskydd, vilket görs i syfte att tydliggöra de parametrar som har beaktats av HD utöver ”standardbegreppen” skapande, individualitet, självständighet och originalitet. Även praxis behandlas för att se hur HD har bedömt de olika kraven.

4.2 Självständighet och originalitet

Karnell avhandlade kraven på självständighet och originalitet, och döpte dessa två krav tillsammans till självständighetskravet. Han menade att det enligt svensk rätt skulle betraktas som en form av nyhetskrav, vilket uttryckts klart genom kravet på att verket ska ha givit uttryck åt auktors individualitet till ett krav på nyskapande. Självständighetskravets funktion som nyhetskrav kunde enligt Karnell ges olika innebörd beroende på vad ens inställning till nyhet var. Antingen ansåg man att produkten till någon grad skulle skilja sig från allt tidigare framställt (objektivt nyhetskrav) eller så ansåg man att det räckte med att ha skapat en produkt utan kännedom om eller möjlighet till kännedom om att detta liknade en annan individs redan existerande verk (subjektiv nyhet). Karnell konstaterade att det i detta fall rörde sig om något som han kallade kronologisk nyhet; nyhet i förhållande till vad som fanns när produkten tillkom.⁸⁸

Nordell anförde att det tidigare hade diskuterats om originalitet samt de övriga upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna skulle ses ur ett subjektivt eller objektivt perspektiv. Den subjektiva uppfattningen har sin grund i en verksuppfattning som är idealistisk och tar som utgångspunkt att verket ska sökas i upphovsmannen och hans relation till skyddsobjektet. Motpol till detta synsätt är den objektiva uppfattningen som har förstärkts av den nordiska rättsrealismen, som behandlas ovan i samband med verksdebatten. Den objektiva uppfattningen utgår istället ifrån det skapade objektet och relationen mellan objekt och tredje man. Nordell menade att skyddsbarheten var tvunget att relateras till båda dessa synsätt; till den skapande insatsen såväl som till resultatet.⁸⁹

4.3 Individualitet

HD anförde i NJA 1998 s. 563 (Byggnadsritningar) att i teckning eller grafik utförda verk av beskrivande art ska hänföras till de litterära verken som nämns i 1 § URL andra stycket. Domstolen konstaterade att individualitet och särprägel även för dessa verk var en förutsättning för upphovsrättsligt skydd. Individualitet var som angivits ett av kraven för verkshöjd skulle kunna uppnås enligt 1914 års betänkande. Formuleringen av meningen i 1914 års betänkande och

⁸⁸ Karnell, Gunnar, Rätten till programinnehållet i TV, Jurist – och samhällsvetareförbundets Förlags AB, Nyköping, 1970, s. 54 f.

⁸⁹ Nordell, Rätten till det visuella, s. 52 f.

framförallt individualitetskravets roll i nämnda mening hade dock kunnat ge en person intrycket av att det var det avgörande kravet för att uppnå verkshöjd, eftersom den uttrycker att ett verk ska vara av en viss självständighet och originalitet, men att den ”åtminstone” i någon mån måste vara ett uttryck för auktors individualitet. Att individualitet på egen hand skulle vara en tillräcklig egenskap för att uppnå verkshöjd i det fall verket inte uppnått tillräcklig självständighet och originalitet är dock inte särskilt sannolikt. Istället ska detta krav troligtvis tolkas som att verket på något vis måste vara präglad av upphovsmannens personlighet.⁹⁰

4.4 Skapande

Nordell menade att det upphovsrättsliga skapandet skulle kunna förstås som en själslig eller inre verksamhet; skapandet härrörde inifrån upphovsmannen eller bearbetades av densamme. Det fordrades med andra ord att verket var en produkt av upphovsmannens ”inre intellektuella verksamhet”, och inte bara en efterbildning av ett alster som redan existerade. Vidare konstaterade Nordell att det var svårt att uttala sig om i vilken mån det upphovsrättsliga skapandebegreppet hade ett eget juridiskt meningsinnehåll fristående från de psykiska skapandeförloppen, eftersom de i stort var otillgängliga, vilket gjorde att ansatser till att tydliggöra de psykiska skeenden som tog sig uttryck i konstnärligt skapande ofta misslyckades. Nordell slog fast att det inte gick att sätta en generell standard för vad som skulle avses med skapande i en given situation, eller om skyddet var beroende av en viss grad skapande verksamhet, utan menade att detta fick avgöras från fall till fall.⁹¹

Ett klagörande av skapandebegreppet hade möjligen kunnat underlätta förståelsen för de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna: ”Skapandet är kanske den black box om vars innehåll nödvändig kunskap saknas för att generella uttalanden om upphovsrättens förutsättningar alls ska kunna göras.”⁹² Nordell vidareutvecklade ”black box”-liknelsen när han diskuterade om originalitet som begrepp var överflödigt. Nordell menade att om vi skulle överge originalitet som begrepp så skulle vi bli lämnade med ett verk som var skyddat oavsett; men att vi fortfarande skulle vara i behov av något som kunde skilja det som skulle tillerkännas upphovsrättsligt skydd från det som inte skulle det, varpå Nordell föreslog ”originality” som begrepp. Originalitet är till största delen en definitionsfråga och är inte heller ett rent statiskt begrepp, varför upphovsrättsligt skyddade verk förefaller hamna i nämnda ”black box” vars innehåll vi inte vet någonting om. Vi vet bara att vi kan stoppa ner ett uttryck eller alster och att det som kommer

⁹⁰ Nordell, Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, s. 36.

⁹¹ Nordell, Rätten till det visuella, s. 50.

⁹² Nordell, Dubbelskapande i teori och praktik, s. 632.

ut antingen är ett verk eller ingenting alls. Det vi vanligen har letat efter i denna box är det traditionella originalitetskonceptet, men idag tas även områden som otillbörlig konkurrens och investeringar i beaktande. Utöver detta varierar originalitetsbegreppet från land till land och från verk till verk. Till följd av originalitetsbegreppets utveckling med nya områden att ta i beaktande, och omgivningens förståelse för detta, torde ”originality” vara ett funktionellt begrepp för innehållet i the ”black box”. Nordells slutsats blev att originalitet som koncept inom vissa av de upphovsrättsliga områdena verkade ha förlorat sin betydelse, medan det i andra områden hade lyckats bära andra bördor till följd av nya funktioner som hade blivit inbakade i en modern definition av ”verket”. Originalitet som koncept var alltså inte överflödigt.⁹³

4.5 Kvalitet

I 1956 års utredning framhölls det att trots att krav ställdes på självständighet och originalitet i ett verk, skulle detta inte tolkas som att det var tal om någon litterär eller konstnärlig värdesättning utan att ”även ett dåligt verk är ett ”verk”.⁹⁴ AK:s uttalande i denna utredning förtydligades ytterligare av bland andra Olsson & Rosén som klargjorde att verkets litterära eller konstnärliga kvalitet eller moraliska värde var likgiltigt för upphovsrättsligt skydd. Det som en gång har ansetts vara ett verk av en väldigt låg standard kan vid en senare tidpunkt anses vara ett högtstående verk. Som exempel på detta angav Olsson & Rosén att *Mein Kampf* av HD hade ansetts omfattas av upphovsrättsligt skydd⁹⁵ samt att pornografiska bilder och filmer mycket väl kunde anses vara skyddade verk.⁹⁶

Dock har det framförts uppfattningar i doktrinen om att det, trots ovan gjorda uttalanden av AK, görs en form av kvalitativ undersökning när domstolen bedömer verkshöjd. En av dessa uppfattningar kom från Godenhielm som frågade sig om det inte *de facto* var så att domstolarna gjorde en kvalitetsbedömning när de utredde verkshöjdskravet. I sitt resonemang kring om domstolarna vidtog en kvalitetsbedömning hänvisade Godenhielm till 1956 års utredning som i relation till uttalandet om att verkets kvalitet inte var av vikt även uttryckte att verkets kvalitet kunde påverka dess köpkraft. Godenhielm ställde sig frågande till detta påstående och undrade om det någonsin var så att alster som inte uppnådde verkshöjd efterbildas. Han ställde sig även frågande till varför en dålig oljemålning skulle vara föremål för upphovsrättsligt skydd medan en banal soffa eller vas inte var det. För att svara på denna fråga målade Godenhielm upp ett

⁹³ Nordell, Per Jonas, *The Notion of Originality – Redundant or not?*, NIR 2001 s. 85 f.

⁹⁴ SOU 1956:25, s. 67.

⁹⁵ NJA 1998 s. 838.

⁹⁶ Olsson & Rosén, a.st.

scenario där det fanns en dålig oljemålning och en banal soffa eller vas, och menade att eftersom den dåliga oljemålningen aldrig blev föremål för efterbildning blev den inte heller föremål för en intrångstalan. Vasen och soffan blev däremot föremål för en intrångstalan eftersom de plagerades av konkurrenter, varpå dessa föremål blev analyserade av parternas advokater, sakkunniga och domstolen. Godenhielm menade att detta skulle kunna förstås som att det i denna situation fanns en kvalitet som kom till uttryck i ett ekonomiskt värde.⁹⁷

4.6 Inre och yttre form

Vid en jämförelse av de immaterialrättsliga disciplinerna brukar det åskådliggöras skillnader i bland annat skyddsföremål, skyddsförutsättningar och så vidare. Vad gäller skillnaderna mellan patenträtten och upphovsrätten brukar en ofta uppmärksammas skillnad vara att patenträtten är ett skydd för idéer, medan upphovsrätten är ett skydd för utformning av idéer. I anslutning till detta anförde AK att skyddet inte omfattade det som kunde kallas verkets innersta kärna, dess ämne, motiv eller idé. Inte heller omfattade upphovsmannarätten de tankar, erfarenheter eller faktauppgifter som läggs i verket, utan dessa var enligt AK att anse som allmän egendom.⁹⁸

I samband med att AK redogjorde för dess syn på verkets innersta kärna hänvisade kommittén både till Eberstein och Knoph. Eberstein, som var sakkunnig i utredningen, aktualiserades när AK uttalade att svensk rättsvetenskap betraktade upphovsmannarättens objekt vara upphovsmannens ”individuella syn på ämnet”, som kunde vara av antingen estetisk eller vetenskaplig art – sådan den framträtt i det föreliggande uttryckssättet för denna syn.⁹⁹ Knoph, å andra sidan, behandlades när den norska rättsvetenskapens syn på ämnet avhandlades. AK konstaterade att det hade förekommit en liknande formulering till Ebersteins i norsk litteratur, och citerade därvid Knoph som uttalade att rättsskyddet gäller verket ”i den individuella form og skikkelse som ophavsmanden har gitt det”.¹⁰⁰

Idag är det klarlagt att upphovsrätten i grunden är ett formskydd som inte har för avsikt att ge skydd åt de idéer eller fakta som verket innehåller, utan endast den säregna utformning som upphovsmannen har givit verket. Detta synsätt har även förankrats i internationell rätt; artikel 9.2 i TRIPS-avtalet samt artikel 2 i WIPO Copyright Treaty (WCT) är två av de artiklar som uttrycker detta. Artikel 2 i WCT stadgar ”Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such”.¹⁰¹ Detta framgår

⁹⁷ Godenhielm, Berndt, Verkshöjd såsom allmän förutsättning för upphovsrättsligt skydd, NIR 1981 s. 285 f.

⁹⁸ SOU 1956:25, s. 68 f.

⁹⁹ SOU 1956:25, s. 69 med hänvisning till Eberstein, TfR 1916 s. 381.

¹⁰⁰ SOU 1956:25, a.st. med hänvisning till Knoph, Åndsretten (Oslo 1936) s. 101.

¹⁰¹ Olsson & Rosén, a.st.

även av det vägledande Smultron-avgörandet. HD slog i detta avgörande fast att skyddet som tillkom ett mönster enligt URL inte inbegrep idén att avbilda något, utan det var istället hur idén hade kommit till uttryck i skaparens individuella utformning av verket som var relevant. Vidare konstaterade HD att skyddet inte innefattade motivet som sådant; upphovsrätten skulle istället karakteriseras som ett formskydd vilket gav skydd mot efterbildning av den konkreta, bestämda form som skaparen hade presterat.

Värt att nämna i detta sammanhang är dock att det upphovsrättsliga skyddet inte endast står i förhållande till den utformning som verket har givits av upphovsmannen; skyddet omfattar även verkets överföring till andra former. Väljer en upphovsman till exempel att tillåta skapandet av en film baserad på dennes novell, är det fortfarande tal om samma verk när filmen är färdig, vilket framgår av BK samt 4 § URL. Alltså omfattar inte det upphovsrättsliga skyddet verket endast i dess ”yttre form”, utan också verkets ”inre form”. Dessa två former kan alltså se olika ut men ändå vara baserade på samma verk.¹⁰²

4.7 Subjektivt vs. objektivt nyhetskrav

Bland de diskussioner som har rört det upphovsrättsliga verket och dess skyddsförutsättning(ar) återfinns diskussionen om ett subjektivt eller objektivt nyhetskrav ska tillämpas. Ett objektivt nyhetskrav går ut på att verket måste vara nytt i förhållande till allt som tidigare skapats oberoende av upphovsmannens kunskaper om verk som har producerats av tidigare upphovsmän. Det subjektiva nyhetskravet, å andra sidan, medför att man beaktar upphovsmannens kunskaper om tidigare skapade verk samt hans uppfattning om verk som kan komma att skapas i framtiden, man beaktar med andra ord vad upphovsmannen kan förväntas veta om dessa tidigare och framtida verk.¹⁰³

Karnell konstaterade att bakom skillnaden mellan subjektiv och objektiv nyhet låg frågan om hur problem som rör dubbelskapande ska lösas.¹⁰⁴ Båda nyhetskraven medför svårigheter i förhållande till dubbelskapande. Ett objektivt nyhetskrav leder till vissa svårigheter rörande prioritet eftersom detta nyhetskrav förutsätter att det har fastställts vilket verk som har skapats först, vilket är en följd av att upphovsmannen till det senare verket anses ha vetskap om tidigare skapade verk. Ett subjektivt nyhetskrav resulterar helt enkelt i en risk att det uppstår fler upphovsmän till samma verk.¹⁰⁵

¹⁰² Olsson & Rosén, a.st.

¹⁰³ Nordell, *Dubbelskapande i teori och praktik*, s. 632 f.

¹⁰⁴ Karnell, a.a., s. 55.

¹⁰⁵ Nordell, *Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten*, s. 42 f.

Levin behandlade nyhetskravet i samband med den upphovsrättsliga skyddsförutsättningen originalitet, vilket även Karnell och Nordell gjorde,¹⁰⁶ och anförde att nyhetskravet inom upphovsrätten skilde sig från kraven på en absolut (global) nyhet, och en uppenbar skillnad till det som tidigare skapats, som uppställts i patenträtten. Levin konstaterade att det var viktigt att förstå originalitetskravet eftersom detta krav var förklaringen till varför det upphovsrättsliga skyddet aldrig resulterade i ett absolut skydd mot alla andra. Bristen på absolut skydd mot alla andra förklarades i sin tur med att upphovsrätten skyddar mot oauktoriserat eftergörande och utnyttjande; det var alltså tillräckligt med ett subjektivt nyhetskrav. Hade en person skapat ett verk genom en egen personlig insats kunde den också göra anspråk på ensamrätt, oberoende av om det senare konstaterades att någon annan tidigare hade skapat något liknande.¹⁰⁷

Att det subjektiva nyhetskravet är det rådande i svensk rätt har bekräftats även på annat håll i doktrinen. Rosén uttalade att man i svensk upphovsrätt har haft den allmänna uppfattningen att kraven på originalitet och självständighet inte anknöt till om objektet ifråga skilde sig från alla tidigare skapade litterära eller konstnärliga verk, vilket skulle ha resulterat i ett objektivt nyhetskrav, utan att det var tillräckligt att upphovsmannen hade skapat ett alster utan någon möjlighet till kunskap om att någon annan tidigare hade skapat ett överensstämmande verk. Det vill säga att det var tillfyllest med subjektiv nyhet.¹⁰⁸ Att upphovsrätten använder ett subjektivt nyhetskrav framgick även av Smultronavgörandet, eftersom HD där slog fast att upphovsrätten var ett efterbildningsskydd, vilket utesluter ett objektivt nyhetskrav.

4.8 Dubbelskapandekriteriet

Redan år 1925 anförde Eberstein att det skulle vara otänkbart att två upphovsmän oberoende av varandra skulle kunna skapa två överensstämmande verk.¹⁰⁹ Knoph behandlade detta begrepp år 1936 när han resonerade kring ett objektivt nyhetskrav – likt det som fanns i patenträtten – men menade att detta inte var absolut nödvändigt i upphovsrätten eftersom ”Vanligtvis vil det dog være tilfellet, fordi en virkelig skaperinnsats er så individuelt preget at dubletter er lite tenkelige, såvel i fortid som nutid.”¹¹⁰ Det är alltså tänkt att fungera som en form av nyhetskrav där nyheten är riktad både framåt och bakåt i tiden.¹¹¹

¹⁰⁶ Se 4.2.4 ovan.

¹⁰⁷ Levin, Lärobok i immaterialrätt., s. 53.

¹⁰⁸ Rosén, Jan, Svensk rättspraxis – upphovsrätt och närstående rättigheter 1977-2002, SvJT 2004 s. 152. I samband med denna redogörelse hänvisar Rosén till Stockholms tingsrätt dom 1999.01.21 i mål nr T 7-451-96 som prövade det subjektiva nyhetskravet. Stockholms tingsrätt konstaterade i detta mål att det på populärmusikens område verkar vara godtagbart med en verkshöjd som inte uteslöt dubbelprestation.

¹⁰⁹ Eberstein, Gösta, Författarrätten II, PA. Norstedt & Söner, Stockholm, 1925, s. 100.

¹¹⁰ Knoph, a.a., s. 66.

¹¹¹ Nordell, Dubbelskapande i teori och praktik, s. 634.

Ljungman deltog i utvecklingen av dubbelskapandekriteriet genom att förtydliga dess innebörd; han anförde att en avgränsning av verkshöjden skulle göras med hjälp av dubbelskapandekriteriet. Avgränsningen skulle gå till så att en bedömning skulle göras om verket visade sådan särprägel att risken var närapå utesluten att ytterligare verk med samma innehåll eller liknande innehåll skulle kunna framställas av en annan person.¹¹² Bergström presenterade i sin tur ett begrepp han benämnde ”unicumprincipen”, som innebar att ett alster var unikt och därmed ett verk om två människor oberoende av varandra inte hade kunnat komma fram till liknande resultat.¹¹³ Vidare formulerade Nordell dubbelskapandekriteriet som att ett alster var unikt och därför uppnådde verkshöjd såvida det i realiteten var uteslutet att en annan person skulle kunna skapa någonting nära överensstämmande.¹¹⁴

Det är klarlagt att dubbelskapandekriteriet inte på egen hand kan avgöra en verkshöjdsbedömning utan att det antingen kan ses som en generell regel för var originalitetsribban bör ligga, eller som en hjälpregel för att fastställa bevisbördan. Att så är fallet konstaterades av HD i NJA 2004 s. 149 (Pergo) som behandlade frågan om en ritning av en golvskena, sedd både underifrån och uppifrån, kunde uppnå verkshöjd. I målet hade åberopats att dubbelskapandekriteriet var uppfyllt eftersom det fanns 49 olika punkter som samtliga lämnade utrymme för olika val för hur illustrationen kunde utformas vilket medförde att det fanns ett ”astronomiskt antal variationsmöjligheter”. I och med detta ansåg parten att risken för oberoende dubbelskapande var uteslutet och att ritningen därmed åtnjöt upphovsrättsligt skydd. HD konstaterade att dubbelskapandekriteriet hade utformats på olika sätt men att det i princip innebar att skydd förutsatte att verket hade sådan originalitet och självständighet att risken för att någon skulle kunna framställa ett överensstämmande eller liknande verk oberoende av det tidigare verket tedde sig ytterst liten. Domstolen tydliggjorde även det faktum att ett alster som kunde antas bli föremål för oberoende dubbelskapande inte uppfyllde kraven på verkshöjd, samt att ett dubbelskapandekriterium kunde vara till hjälp med att avgränsa ett verks skyddsområde. Däremot kunde dubbelskapandekriteriet inte, enligt HD, i sig ge svar på frågan om verkshöjd var uppfyllt i det enskilda fallet. Från rättsfallet följer att bedömningen av dubbelskapande kan medföra att ett negativt verkshöjdsbesked ges, förutsatt att en risk för dubbelskapande föreligger, men inte

¹¹² Ljungman, a.a., s. 26.

¹¹³ Nordell, *Dubbelskapande i teori och praktik*, s. 634 med hänvisning till Bergström i *Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Åke Malmström* 1972 s. 13.

¹¹⁴ Nordell, *Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten*, s. 40.

ett positivt sådant.¹¹⁵ Domstolen refererade även till tidigare avgöranden och slog fast att dubbelskapandekriteriet i dessa inte framstod som mer än en hjälpregel för bevisbedömningen. Den aktuella ritningen ansågs inte uppfylla kravet på verkshöjd.

Av betydelse för dubbelskapandekriteriet är även Smultron-avgörandet, i vilket parterna i målet hade skapat och marknadsfört varsitt tyg med nära på identiska mönster, varpå talan om upphovsrättsintrång väcktes. Av detta avgörande följer den allmänna rättssatsen att den som har gjort gällande att en efterbildning har skett även har bevisbördan för detta. En framträdande likhet med det skyddade verket kan dock utgöra ett starkt stöd för att det senare tillkomna alstret är en efterbildning. Den som påstås ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt att hans alster har framtagits självständigt för att efterbildning inte ska anses föreligga.

I domskälen till Pergo-avgörandet berörde HD att dubbelskapandekriteriet hade vunnit visst insteg i lagstiftningsarbetet och i rättspraxis, samt att det hade introducerats i doktrinen och där vunnit stor acceptans som en hjälpregel för att kunna bedöma om verkshöjd hade uppnåtts. Domstolen uttalade dock att begreppet även hade utsatts för en del kritik, varpå Nordell nämndes som en av kritikerna. Nordell menade att behovet av att ha ett så generellt begrepp som dubbelskapandekriteriet för att bedöma ett alsters verkshöjd kunde kritiseras utifrån både en praktisk och teoretisk synpunkt. Dubbelskapandekriteriet kunde antagligen inte ha någon praktisk funktion eftersom många verk var bearbetningar av alster som redan var skapade i kombination med det faktum att majoriteten av intrångssituationer där verkshöjd skulle bedömas hade sin grund i bearbetningssituationer i olika utsträckning. Nordell konstaterade att dubbelskapandekriteriet till följd av sin konstruktion inte var särskilt effektiv i bearbetningssituationer eftersom den tog sin utgångspunkt i originaliteten hos ett nyskapat alster. Vidare anförde Nordell att kriteriet även kunde kritiseras eftersom det var ett komplicerat begrepp att använda i praktiken, varpå han åskådliggjorde omständigheten att objektet som angavs i kriteriet, verket, inte hade definierats. Detta medförde att det saknades ett individualitets – eller originalitetskrav av någon form, varför kriteriet hade en ”dold originalitetsfaktor”. Utöver detta menade Nordell att det följde av 4 § URL att absolut identitet inte kunde krävas hos de alster som var i fråga, eftersom detta hade resulterat i att dubbelskapandekriteriet skulle blivit en form av prioriteringsregel när dubbelskapande endast skulle kunna konstateras vid ren kopiering.¹¹⁶

¹¹⁵ Se Olin, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §, Lexino 2015-01-01, under rubriken ”Verksbedömningen i praktiken” med underrubrik ”Dubbelskapandekriteriet”.

¹¹⁶ Nordell, Dubbelskapande i teori och praktik, s. 634.

Dubbelskapandekriteriet har befast en objektiviserad syn på verkshöjdsbedömningen, särskilt på viset Ljungman la fram sin syn på denna hjälpregel.¹¹⁷ Som ovan nämns stämmer denna syn överens med objektiviseringen av verksbegreppet som det presenterats i verksdebattens realistiska riktning. I sin kritik av dubbelskapandekriteriet anförde Nordell att den introducerades i svensk rätt under en tid när det i doktrinen ansågs att objektiv nyhet borde göras till en skyddsförutsättning. Dock konstaterade han att den nordiska rättsrealismen hade försvagats och att diskussionen om de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna hade försvunnit, vilket medförde att när frågor om verkshöjdsbedömningen togs upp i förhållande till nya verkstyper och ny praxis verkade det inte längre vara lika nödvändigt att ha en förståelse för uttalanden i äldre doktrin. Nordell menade att den möjligen hade glömts bort till följd av juridikens förändring i praktiken och ställde sig undrande till om kriteriet ens var tänkt att användas i enskilda fall annat än som en bevisbörderegulering. Enligt motiv – och doktrinuttalanden hade dubbelskapandekriteriet snarare presenterats som en regel vilken skulle användas på ett mer teoretiskt plan; mer specifikt som en generell regel för var verkshöjdsgränsen skulle gå. Alltså skulle man använda subjektiva bedömningsnormer och inte ett dubbelskapandekriterium. Nordell slog fast att normen bör läggas i syfte att utesluta dubbelskapelser eftersom upphovsrätten behöver säkras som ett fortsatt skydd för sanna skaparinsatser, och att domstolens bedömning i det enskilda fallet görs av människor varför denna måste vara subjektiv i den meningen att skyddsfrågan ska avgöras av människor. Avslutningsvis menade Nordell att oavsett hur bedömningen av verkshöjd gjordes, så borde endast verk som var upphovsmannens egen intellektuella skapelse skyddas, och för detta ändamål var dubbelskapandekriteriet knappast till någon hjälp.¹¹⁸

Nordells kritik kan sammanfattas med att han ansåg att dubbelskapandekriteriet fungerade bra som en generell, teoretisk norm, men att den inte gick att använda i praktiken. Frågan blir var ”originalitetsribban” bör läggas. Normen bör, precis som Nordell anförde, läggas så pass högt att det utesluter risken för dubbelskapande, eftersom upphovsrätten i grunden är en belöning för det arbete/investeringar en upphovsman har lagt på/i ett verk, varför denne borde garanteras ett erforderligt skydd. Trots att dubbelskapandekriteriet fungerar bra på ett teoretiskt plan, lämnar den en del att önska på ett praktiskt plan. Vad händer till exempel om ett faktiskt dubbelskapande sker i praktiken? Det är ett scenario som inte går att lösa med dubbelskapandekriteriet, eftersom det som kriteriet ämnar att förhindra redan har skett i detta fall. Dubbelskapandekriteriet har alltså ett värde som en teoretisk, generell regel, men för att kunna uppmuntra skapande verksamhet behöver normen läggas högre än vad kriteriet föreslår.

¹¹⁷ Ljungman, a.a., s. 26 ff.

¹¹⁸ Nordell, *Dubbelskapande i teori och praktik.*, s. 638 f. Jfr även NJA 2009 s. 159.

5. Upphovsmannens egen intellektuella skapelse på väg in?

5.1 Inledning

Verkshöjdläran har en fast förankring i den nordiska rättstraditionen, ett faktum som har be-lysts av genomgången ovan. Begreppet verkshöjd har i svensk rätt fungerat som en samlande beteckning på vad som krävs för att ett alster ska uppnå tillräcklig originalitet och därmed av-görande faktor för vad som ska anses omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Men precis som inom de flesta juridiska disciplinerna fortsätter den rättsliga utvecklingen. År 2009 fälldes två avgöranden som är av stort intresse för verkshöjdsbegreppets fortsatta användning, samt för upphovsrätten överlag. Det ena avgörandet fälldes av HD i NJA 2009 s. 159 (Mini Maglite) och det andra i det ovan nämnda Infopaq-avgörandet. Dessa två avgöranden, men framför allt Infopaq-avgörandet, blev startskottet för en ny diskussion rörande den upphovsrättsliga skydds-förutsättningen originalitet. I det närmaste kommer dessa avgöranden återges, med fokus på de delar som är relevanta för denna undersökning.

5.1.1 NJA 2009 s. 159 (Mini Maglite)

I Mini Maglite-avgörandet tog HD ställning till om Mag Instrument, Incs (Mag) så kallade Mini Maglite ficklampa uppnådde verkshöjd och därmed upphovsrättsligt skydd. Nämnda prövning hade sin grund i, som i de flesta fall när verkshöjd prövas, en intrångssituation. IKEA hade under en tid marknadsfört och sålt en ficklampa vilken Mag ansåg gjorde intrång i deras upp-hovsrätt. Mag väckte talan om upphovsrättsintrång mot IKEA, som i sin tur anförde att de inte hade begått upphovsrättsintrång eftersom Mini Maglite ficklampan inte uppfyllde verks-höjdskravet. IKEA menade att formen på Mini Maglite ficklampan var för banal för att den skulle uppnå den originalitet och självständighet som krävdes för att täckas av upphovsrättsligt skydd. Helsingborgs tingsrätt (TR) ansåg att ficklampan uppfyllde kravet på verkshöjd medan Hovrätten (HovR) över Skåne och Blekinge var av motsatt åsikt.

HD meddelade prövningstillstånd i frågan om Mini Maglite ficklampan var upphovsrättsligt skyddad. Domstolen konstaterade att ficklampan täcktes av upphovsrättsligt skydd efter att ut-rett om ficklampan uppfyllde verkshöjdskravet. Gällande ficklampans skyddsomfång slog HD fast att när ett verk visserligen uppfyller kraven för upphovsrättsligt skydd men samtidigt inte uttrycker någon högre grad av originalitet, begränsar detta skyddsomfånget som likväl sträcker sig längre än att vara ett rent avbildningsskydd.

Av stor betydelse för denna utredning är det uttalande HD gjorde i sina domskäl rörande de harmoniserade originalitetskriterierna som återfinns i datorprogramsdirektivet, skyddstidsdirektivet och databasdirektivet. HD anförde att det fanns skäl att beröra den utveckling som skett inom upphovsrätten och mönsterrätten inom gemenskapsrätten och listade därpå originalitetskriteriet i de tre nämnda direktiven. Enligt datorprograms – och skyddstidsdirektivet ska datorprogram och fotografier omfattas av upphovsrättsligt skydd bland annat under förutsättningen att alstret är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. HD slog även fast att det tilläggs att inga andra bedömningsgrunder än att verket är upphovsmannens egen intellektuella skapelse ska tillämpas för rätten till skydd, samt att originalitetskriteriet i databasdirektivet hade fått en liknande utformning.

Av störst intresse för denna utredning är dock det uttalande HD gjorde i sina domskäl rörande motiveringen till varför domstolen inte ansåg att originalitetskriteriet i de tre direktiven skulle appliceras på Mini Maglite ficklampan. Enligt HD var den partiella harmonisering som följde av datorprogramdirektivet, databasdirektivet samt skyddstidsdirektivet begränsad till dessa alster och fick anses motiverad av dessa alsters särskilda art. HD anförde att det inte fanns anledning att gå in på frågan om vad som låg i den i direktiven angivna förutsättningen om originalitet, och att det saknades stöd för att under gällande rätt – och under intryck av direktiven – avvika från de på brukskonstområdet hittills tillämpade kraven för upphovsrätt. Alltså höll HD fast vid det traditionella verkshöjdsbegreppet.

Nu kunde inte HD veta att det endast tre månader efter detta måls avslutande skulle komma ett avgörande från EUD som skulle sprida nytt ljus över den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen.

5.1.2 C-5/08 (Infopaq)

Den 16 juli 2009 lämnade EUD sitt avgörande i ett mål mellan parterna Infopaq International A/S (Infopaq) och Danske Dagblads Forening (DDF). Danske Højesteret hade av EUD begärt ett förhandsavgörande som bland annat rörde tolkningen av Infosoc-direktivets artikel 2 a. Tvisten hade sin grund i att Infopaq, som var ett företag vilket arbetade med mediabevakning och mediaanalys, genom en automatiserad process där företaget skannade in tidningsartiklar som omvandlades till textfiler efter att de behandlats elektroniskt, skickade ut utdrag från tidningsartiklar till företagets kunder i form av sammanfattningar på elva ord. År 2005 fick DDF, de danska tidningarnas branschorganisation, reda på att Infopaq gjorde utdrag ur tidningsartiklarna, som utöver detta spreds i ett kommersiellt syfte utan samtycke från tidningsartiklarnas upphovsrättsinnehavare. Infopaq valde att väcka en negativ fastställetalan hos Østre Landsret

där Infopaq anförde att deras insamlingsprocess inte krävde samtycke från tidningsartiklarnas upphovsrättsinnehavare eller DDF. Østre Landsret ogillade talan varpå Infopaq överklagade till Højesteret, som valde att begära förhandsavgörande av EUD.

En av frågorna Højesteret ställde till EUD var rörande mångfaldigande, eftersom Højesteret fann det klarlagt att nämnda datainsamlingsprocess innefattade två olika former av mångfaldiganden.¹¹⁹ EUD inledde med att slå fast att Infosoc-direktivets artikel 2 a föreskriver en rätt för upphovsmännen att helt eller delvis förbjuda mångfaldiganden av sina verk. Skyddet i detta avseende avser alltså ett verk, varpå EUD sökte klarlägga vad ett verk innefattade. Domstolen slog fast att det av artikel 2.5 och 2.8 i BK framgick att en förutsättning för skydd av litterära och konstnärliga skapelser var att de utgjorde intellektuella skapelser, samt att ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” var den upphovsrättsliga skyddsförutsättningen som gällde i databasdirektivet, datorprogramdirektivet och skyddstidsdirektivet och att Infosoc-direktivet var grundat på samma princip. Mot bakgrund av detta kom EUD fram till slutsatsen att den upphovsrätt som avses i artikel 2 a i Infosoc-direktivet endast skulle tillämpas med avseende på alster som var originella på så sätt att de var upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹²⁰

EUD la alltså med detta avgörande fram ett nytt originalitetskriterium som får anses omfatta alla verkskategorier, möjligen med undantag för en mer speciell kategori av verk som brukskonst till exempel,¹²¹ och inte endast dem angivna i databasdirektivet, datorprogramdirektivet och skyddstidsdirektivet.

5.2 Den fortsatta utvecklingen av det EU-autonoma originalitetskravet

Infopaq-avgörandets inverkan på europeisk upphovsrätt är svår att såväl förbise som förutse, men nämnda mål har följts av en rad avgöranden från EUD som vidare har utvecklat det EU-rättsliga originalitetskravets generella tillämplighet. I BSA-avgörandet behandlade EUD bland annat datorprogramdirektivets artikel 1.3 som stadgar att ett datorprogram ska skyddas om det är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse samt att inga andra bedömningsgrunder ska tillämpas vid fastställandet av om det ska komma i åtnjutande av skydd. Enligt artikel 1.2 i datorprogramdirektivet omfattar det upphovsrättsliga skyddet ett datorprograms alla uttrycksformer. En av frågorna som ställdes till EUD i detta mål var

¹¹⁹ Infopaq, p. 30 f.

¹²⁰ Infopaq, p. 36, med hänvisning till skäl 4, 9-11 och 20 i Infosoc-direktivet och p. 37.

¹²¹ Axhamn, Johan, EU tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande, NIR 2010 s. 346.

om en dators grafiska användargränssnitt ansågs ingå i uttrycket ”ett datorprogramms alla uttrycksformer”. Vid besvarandet av denna fråga inledde EUD med att konstatera att ett grafiskt användargränssnitt inte var en uttrycksform för ett datorprogram i den mening som avses i artikel 1.2 i datorprogramsdirektivet och omfattades därmed inte av det upphovsrättsliga skyddet som ges enligt detta direktiv. Däremot fann EUD att ett sådant gränssnitt kunde omfattas av upphovsrättslig skydd i egenskap av verk, enligt Infosoc-direktivet, förutsatt att gränssnittet utgjorde upphovsmannens egen intellektuella skapelse. EUD slog fast att den nationella domstolen vid bedömningen av om gränssnittet utgjorde upphovsmannens egen intellektuella skapelse skulle se till det särskilda arrangemanget eller gestaltningen av alla de komponenter som utgjorde det grafiska användargränssnittet, för att bedöma vilka av dessa som uppfyllde originalitetskravet. Originalitet kunde inte uppnås av de komponenter i användargränssnittet som endast kännetecknades av sin tekniska funktion.¹²²

Premier League-avgörandet var två förenade mål som täckte en rad olika frågor, däribland överföring till allmänheten samt inskränkning av upphovsrätten. I samband med att EUD besvarade en fråga angående inskränkningar i upphovsrätten fick domstolen även behandla en fråga om en fotbollsmatch kunde anses vara ett upphovsrättsligt verk. På detta svarade EUD att upphovsrätt inte kunde göras gällande för en fotbollsmatch eftersom den inte kunde anses utgöra ett verk. EUD motiverade denna slutsats med att konstatera att ett idrottsevenemang inte kunde anses utgöra sådana intellektuella skapelser som kunde klassificeras som verk i den mening som avses i Infosoc-direktivet. Enligt EUD omgärdades särskilt fotbollsmatcher av spelregler som inte tillät den kreativa frihet som var nödvändig för upphovsrättsligt skydd. Även i detta mål bekräftade EUD att skyddskravet som ställs på ett verk är att det är så pass originellt att det kan anses vara upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹²³

I Painer-avgörandet var bland annat frågan om ett porträttfotografi kunde anses upphovsrättsligt skyddat i enlighet med artikel 6 i skyddstidsdirektivet. EUD framhöll att det framgick av skäl 17 i skyddstidsdirektivet att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen om den avspeglar hans eller hennes personlighet. EUD anförde att upphovsmannens personlighet avspeglades i skapelsen när upphovsmannen i samband med skapandet av sitt verk hade haft utrymme att göra fria och kreativa val, varpå EUD tydliggjorde att detta var *e contrario* till deras slutsats i Premier League-målet. EUD konstaterade att upphovsmannen på flera sätt hade möjlighet att göra fria och kreativa val vid skapandet av ett porträttfotografi; upphovsmannen kunde till exempel välja iscensättning och belysning. Till följd av dessa möjligheter till

¹²² EUD den 22.12.2010 i mål C-393/09 (cit. BSA), p. 21, 41, 45 – 48 samt 51.

¹²³ EUD den 4.10.2011 i de förenade målen C-403/08 & 429/08 (cit. Premier League), p. 95 – 99.

fria och kreativa val kunde upphovsmannen sätta sin personliga prägel på det skapade verket, och dennes kreativitet var inte heller onödigt begränsad vid utformningen av ett porträttfotografi. Domstolen avslutade med att slå fast att ett porträttfotografi kunde omfattas av upphovsrättsligt skydd enligt artikel 6 i skyddstidsdirektivet under förutsättning att det utgjorde upphovsmannens egen intellektuella skapelse som avspeglade dennes personlighet samt att upphovsmannen hade gjort fria och kreativa val i samband med skapandet av fotografiet.¹²⁴

Av dessa tre EUD-avgöranden framgår det att EUD håller fast vid det den kommit fram till i Infopaq-avgörandet; i samtliga avgöranden hänvisar EUD uttryckligen till Infopaq-avgörandet och det faktum att upphovsmannens egen intellektuella skapelse numera gäller som generell norm för upphovsrättslig originalitet.¹²⁵ Det är dock viktigt att påpeka att EUD i dessa avgöranden har lagt den slutgiltiga skyddsbedömningen på de nationella domstolarna.¹²⁶

Ser man till EUD:s praxis rörande det EU-autonoma originalitetskravet hittills, kan det sammanfattas på följande vis: verket ska vara originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Detta i sin tur ska tolkas så att upphovsmannen har haft möjligheten att uttrycka sin kreativa kapacitet på ett originellt och egenartat sätt genom att han har kunnat göra fria och kreativa val och därmed satt sin personliga prägel på verket.¹²⁷

¹²⁴ EUD den 1.12.2011 i mål C-145/10 (cit. Painer), p. 85-94.

¹²⁵ BSA, p. 30., Premier League, p. 97 och Painer, p. 87. Se även EUD den 2.05.2012 i mål C-406/10 (cit. SAS Institute Inc) där EUD i p. 65-67 hänvisade till Infopaq-avgörandet.

¹²⁶ Se till exempel Infopaq, p. 51., Painer, p. 99 och Premier League, p. 104.

¹²⁷ Se Olin, a.a., under rubriken ”Verkshöjd och originalitet” med underrubrik ”EU-rättens originalitetskrav”.

6. Högsta domstolen och det upphovsrättsliga originalitetskravet

6.1 Inledning

Frågan om vilket originalitetsbegrepp HD ska använda - och hur domstolens bedömning kommer att ta sig uttryck - nästa gång domstolen ska vidta en originalitetsbedömning av ett alster har inte debatterats särskilt i doktrinen, men det har likväl framförts en del åsikter i detta ämne. Advokat, sedermera justitieråd, Kerstin Calissendorff skrev redan år 2001 en artikel där hon diskuterade verkshöjdskravets tillämpning i svensk rätt och en möjlig tillämpning av det EU-rättsliga originalitetskravet upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Hon konstaterade att det mellan åren 1997 – 2001 hade förts resonemang om just verkshöjd hade förelegat i nästintill samtliga domar från HD och hovrätterna (HovR) där frågan varit om ett konstnärligt eller litterärt alster skulle anses vara upphovsrättsligt skyddat. Mot bakgrund av detta slog Calissendorff fast att verkshöjdsbegreppet var fast rotat i svensk rätt.¹²⁸

Calissendorff anförde även att en tid passerat sedan originalitetskriteriet sådant det kommit till uttryck i datorprogramsdirektivet, databasdirektivet samt skyddstidsdirektivet presenterats, men att domstolarna ännu inte hade tagit till sig detta begrepp. Begreppet hade även diskuterats i doktrinen så det fanns inte heller någon anledning till att tro att domstolarna missat detta begrepp. Calissendorff landade i slutsatsen att det inte hade skett någon ändring i det upphovsrättsliga språkbruket till följd av implementeringen av dessa tre direktiv.¹²⁹

Mer än 14 år har passerat sedan Calissendorff skrev denna artikel. Till följd av de ovan behandlade EUD-domarna har upphovsmannens egen intellektuella skapelse på allvar börjat att utmana verkshöjdsbegreppet som det gällande originalitetskravet. I det följande kommer olika faktorer att undersökas i syfte att se hur HD kan komma att ställa sig i frågan rörande förhållandet mellan verkshöjdskravet och det EU-autonoma originalitetskravet upphovsmannens egen intellektuella skapelse. En aspekt av denna undersökning blir att bedöma om det i praktiken är särskilt stora skillnader mellan de två originalitetsbedömningarna. Skulle det visa sig att bedömningarna inte avviker från varandra i någon större mån skulle detta kunna tala för en större villighet för HD att introducera det EU-autonoma originalitetskravet, eftersom det i praktiken inte skulle innebära något annat än en språklig förändring. Till följd av detta blir det även intressant att se till skillnaderna begreppen emellan. Underinstansernas bedömningar under senare år tas också upp för att se vilken riktning svensk rätt har tagit i denna fråga.

¹²⁸ Calissendorff, Kerstin, Verkshöjdsbegreppets tillämpning under senare tid i Sverige och från Gustaf Frödings Mer brev till ”man känner sig som en ödla”, NIR 2001 s. 538.

¹²⁹ Calissendorff, a.a., s. 539 f.

6.2 Verkshöjdskravet i förhållande till det EU-autonoma originalitetskravet

Karnell behandlade verkshöjdskravet i förhållande till upphovsmannens egen intellektuella skapelse i en artikel år 1998. I den framförde Karnell en misstro gentemot en harmonisering av det upphovsrättsliga originalitetskravet, som när hans artikel skrevs endast hade harmoniserats i förhållande till databaser, datorprogram och fotografier i enlighet med databasdirektivet, datorprogramsdirektivet samt skyddstidsdirektivet. Karnell uttryckte att han var av uppfattningen att det inte skulle vara möjligt att konstatera några effekter av originalitetskriterierna annat än om de nationella domstolarna begick misstag i sitt språkbruk, samt att det skulle förvåna honom om det skulle ske ett klarläggande från EUD rörande detta. EUD skulle inte veta vad den skulle ändra på så länge den nationella domstolen höll tungan rätt i munnen.¹³⁰ Syftet med hans artikel var att åskådliggöra att det inte skulle ske någon materiell harmonisering till följd av direktiven. Ett argument för att domstolarna, i Karnells åsikt, kunde fortsätta på samma vis som innan var att parterna kunde vara vana vid språkbruket.¹³¹

Karnell var tidigt ute med denna slutsats. EUD har sedan denna artikel skrevs genom ett antal avgöranden klargjort vad domstolen anser ska ingå i det upphovsrättsliga originalitetskravet, vilket ger Karnell fel i hans tes om att det inte skulle ske något klarläggande från EUD. Dock kan Karnell ha haft rätt i att det inte finns något att ändra på för HD annat än språkbruket om domstolen bara ser till att använda en harmoniserad terminologi när upphovsrättslig originalitet utreds.

Axhamn anförde att det direktivbaserade kriteriet upphovsmannens egen intellektuella skapelse anses vara en sammanvägning eller kompromiss mellan det ”låga” originalitetskravet i den brittiska rätten och det ”höga” originalitetskrav som traditionellt har ställts i den kontinentaleuropeiska upphovsrätten. Den kontinentaleuropeiska upphovsrätten uttrycks i det direktivbaserade originalitetskravet genom ”intellektuell skapelse” till följd av att den kontinentaleuropeiska upphovsrätten anser att upphovsrättsligt skapande är ett uttryck för upphovsmannens person. Den brittiska upphovsrätten uttrycks i sin tur med orden ”upphovsmannens egen” i enlighet med det brittiska originalitetskravet som anser att det som är originellt per definition inte är en efterbildning av någon annans verk.¹³²

¹³⁰ Karnell, Gunnar, Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär, NIR 1998 s. 157 f.

¹³¹ Karnell, a.a., fotnot 4, s. 158.

¹³² Axhamn, a.a., s. 347.

I samband med detta ställde sig Axhamn frågan om EUD:s harmonisering av originalitets-kriteriet hade någon egentlig, praktisk betydelse för originalitetsbestämningen i medlemsstater-nas domstolar. Kriteriet ”intellektuell skapelse” var redan etablerat genom BK, vilket EUD konstaterade i bland annat Infopaq-avgörandet.¹³³ Uttrycket ”intellektuell skapelse” har i den internationella doktrinen ansetts lämna ett stort utrymme för de anslutna medlemsstaterna att i sin nationella rättspraxis utforma sitt eget originalitetskriterium, eftersom det inte har fastställts hur ”kvantitativt omfattande” det intellektuella skapandet måste vara för att anses uppfylla kra- vet på originalitet. Axhamn konstaterade även att begreppet ”upphovsmannens egen intellektu- ella skapelse” hade behandlats i nordisk doktrin, varpå han angav Karnell som exempel på en av dem som hade behandlat begreppet.¹³⁴ Karnell hade som sagt en skeptisk inställning till det direktivbaserade originalitetskriteriet och dess harmonisering, men uttryckte samtidigt att be- greppet var så pass allmängiltigt att det skulle kunna förekomma som inbyggt i andra nationella uttryckssätt än dem som använts i direktiven, men att domstolens ordval skulle kunna baseras på direktivens kriterier.¹³⁵ På grund av detta blir det intressant att utreda om det nordiska verks- höjdskravet ryms inom det EU-autonoma originalitetskravet ”upphovsmannens egen intellek- tuella skapelse”. Att verkshöjdskravet ryms inom det EU-autonoma originalitetskravet skulle innebära att domstolen i stort skulle vidta samma bedömning som tidigare, bara med ett an- norlunda språkbruk än det som traditionellt varit fallet.

6.2.1 Nordisk upphovsrättslig originalitet jämförd med det EU-autonoma originalitets- kravet – är bedömningarna så olika egentligen?

Frågor om upphovsrätt uppstår sällan avskilt från ett konkret spörsmål. Istället tenderar de att uppstå i konkreta intrångssituationer som till exempel kan röra situationer relaterade till en otillåten exemplarframställning eller ett otillåtet tillgängliggörande av verket. När denna in- trångssituation uppstår ska domstolen på ett välformulerat samt väl underbyggt sätt presentera ett avgörande som beskriver det som är upphovsrättsligt skyddat i det konkreta fallet, samt hur pass omfattande nämnda skydd är.¹³⁶ För att bedöma om ett alster är upphovsrättsligt skyddat, och därmed uppnår ”verksstatus”, måste domstolen vidta en originalitets-/verkshöjdsbedöm- ning. De olika delarna av verkshöjdsbedömningen har redogjorts för ovan. Denna bedömning har av domstolarna formulerats efter en viss struktur och metod som nu ska undersökas för att

¹³³ Se avsnitt 5.1.3.

¹³⁴ Axhamn, a.a., s. 348.

¹³⁵ Karnell, a.a., s. 161.

¹³⁶ Levin, Lärobok i immaterialrätt., s. 53.

se om ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” kan anses inbegripa den. Ett antal av HD:s avgöranden från både 1990-talet och 2000-talet behandlas för att få en överblick över hur HD i praktiken har motiverat verkshöjd i upphovsrättsliga tvister, vilket inbegriper en undersökning av vilka begrepp domstolen använt mest frekvent vid dessa bedömningar.

6.2.1.1 Valda verkshöjdsavgöranden

HD har inte behandlat en överdriven mängd verkshöjdsavgöranden under 1990-talet och framåt, men den har likväl behövt avgöra frågan om ett verk omfattas av det upphovsrättsliga skyddet vid ett antal tillfällen. De avgöranden som behandlas i detta avsnitt är sådana som har avhandlats flitigt i den upphovsrättsliga doktrinen och som fortfarande berörs i läroböcker och domstolars avgöranden idag, vilket gör att de fortsatt är av intresse. Dessa avgöranden kommenteras även kort.

I NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika) hade HD att reda ut en tvist mellan Katarina R-L och bolaget vilka Katarina R-L ansåg utgöra intrång i hennes upphovsrätt. Katarina R-L hade skapat en tunika som hon ansåg var ett alster av brukskonst. Bolaget i sin tur menade att tunikan inte uppfyllde de krav på självständighet och originalitet som upphovsrättslagen uppställer, vilket i sin tur ledde till att HD fick bedöma tunikans upphovsrättsliga status. Efter att ha anfört diverse anledningar till ett förstärkt skydd för modeprodukter, bland annat skydd mot långtgående efterbildning, slog HD fast att *originellt* och *självständigt* skapade plagg som fått en *individuell* och *konstnärlig* formgivning skulle omfattas av upphovsrättsligt skydd. Rörande den i målet aktuella tunikan kom HD fram till att den uppvisade en *individuell* och *konstnärlig* gestaltning till följd av balansen mellan olika sticktekniker samt kombinationen mellan överdelen och den utsvängda underdelen. HD fann att tunikan var ett upphovsrättsligt skyddat alster av brukskonst.

Domstolen konstaterade alltså att upphovsrättsligt skydd för modeprodukter krävde något speciellt; produkten skulle vara originell och självständigt skapad med en individuell och konstnärlig formgivning för att uppnå verksstatus. Svea HovR bedömde att en Fjällrävenjacka omfattades av upphovsrättsligt skydd med samma motivering som HD gav i Tunika-avgörandet, men uttalade samtidigt att kravet på verkshöjd måste anses vara relativt lågt ställt inom detta slag av brukskonst.¹³⁷ Frågan uppstår därför om tröskeln HD satte upp för upphovsrättsligt skydd av modeprodukter i Tunika-avgörandet idag ska uppfattas som lägre.

NJA 1995 s. 256 (Nummerbanken) rörde en så kallad nummerbank som utgjorde en systematiserad förteckning över tusentals artiklar som förekom i elbranschen och var upprättad av

¹³⁷ Svea hovrätt, dom 2006.12.21 i mål T 8982-05.

Sveriges Elgrossisters Förening (SEG). Denna nummerbank utnyttjades av medlemmarna för bland annat produktkataloger och administrativa system. Tvisten i detta mål uppstod när Direkt-El i Göteborg AB (Direkt-El) upprättade en produktkatalog vilken SEG ansåg utnyttjade deras nummerbank. Den del som var karakteristisk för nummerbanken var det sju-siffriga nummer som identifierade en enskild artikel. För att avgöra om intrång hade skett var HD tvungen att vidta en verkshöjdsbedömning. Domstolen kom fram till att nummerbanken fick anses vara uttryck för ett sådant tekniskt kunnande och att den hade en sådan logisk uppbyggnad att det fick betraktas som nära nog uteslutet att en arbetsprestation av liknande slag skulle få samma form. Sammanlagt fann HD att SEG:s nummerbank uppvisade sådan *originalitet* och *självständighet* att den uppnådde verkshöjdskravet och därmed åtnjöt skydd som upphovsrättsligt verk enligt 1 § URL.

Avgörandet kommenterades kritiskt av Karnell, som menade att HD hade försummat att redogöra för om de delar av nummerbanken som hade återskapats i katalogen utgjorde skyddsförtjänta formelement i nummerbanken, eftersom de enskilda numren inte omfattades av något skyddsanspråk. Domstolen avvisade även katalogskyddet i 49 § URL, eftersom den behandlade ett rent prestationsskydd som inte krävde verkshöjd. Mot slutet av domskälen uttalade HD att ”Katalogen omfattar för övrigt så gott som hela det varusortiment som Direkt-El erbjuder sina kunder och torde kunna ses som en normal bas för en grossists försäljning”. Karnell menade att detta uttalande inte kunde relateras alls till den upphovsrättsliga bedömning domstolen vidtagit i detta avgörande och därför var onödigt, men att det möjligen hade kunnat vara av betydelse om domstolen hade önskat bestämma omfattningen av det som hade kunnat vara ett arbete som inbegrep en så betydande sammanställning av en annan uppställning av uppgifter att detta hade aktualiserat 49 § URL.¹³⁸ Inte heller behandlade HD frågan om vem som skulle anses vara upphovsman till nummerbanken i tillräckligt stor utsträckning, vilket är en förutsättning för att skydd överhuvudtaget ska aktualiseras enligt URL.¹³⁹

Några år längre fram bedömde HD verkshöjd i NJA 2002 s. 178 (Drängarna). Tvisten handlade om melodin ”Om du vill bli min fru” av musikgruppen Drängarna kunde anses göra intrång i den tidigare skapade melodin ”Tala om vart du ska resa” av musikgruppen Landslaget. Regatta, som representerade Drängarna och innehade rättigheterna till ”Om du vill bli min fru”,

¹³⁸ Karnell, Gunnar, Debatt. Igen! Kort kommentar till Högsta domstolens dom den 20 april 1995, Svenska Elgrossisters Förenings Serviceaktiebolag (SEG) ./. Direkt-El i Göteborg Aktiebolag (Direkt-El), NIR 1995 s. 243.

¹³⁹ Karnell, Gunnar, Debatt. Återigen? En ytterligare kommentar till Högsta domstolens dom den 20 april 1995, NIR 1996 s. 80 ff.

menade att deras melodi var influerad av en ännu tidigare skapad folkmelodi vid namn ”Oxdansen” som var upphovsrättsligt fri, samt att melodierna i ”Tala om vart du ska resa”, som EMI ägde rättigheterna till, och i ”Om du vill bli min fru” i förhållande till Oxdansen inte uppvisade sådan självständighet och särprägel att de uppnådde verkshöjd. HD inledde domskälen med att slå fast de krav som ställs på ett alster för att det ska uppnå verkshöjd: för att erhålla skydd enligt URL ”*skall den litterära eller konstnärliga prestationen uppvisa ett mått av självständighet och individuell särprägel, eller, med ett annat uttryck, ha originalitet. Vad som vid denna bedömning saknar betydelse är bl.a. prestationens kvalitet, kvantitet, stil eller manér.*” HD kom i detta fall fram till att det rörde sig om ett upphovsrättsligt intrång. Domstolen gjorde en helhetsbedömning av melodierna och fastställde att det i allt väsentligt rörde sig om samma verk.

En jämförelse kan göras mellan Drängarna- och Infopaq-avgörandet. HD uttalade i domskälen att det inte endast förelåg skydd för verk av en viss omfattning, utan även för ett mindre antal toner vilka tillsammans givit ett tillräckligt originellt resultat. Det överensstämmer med EUD:s slutsats i Infopaq-avgörandet; EUD slog i detta avgörande fast att delar av ett verk inte skulle behandlas annorlunda än hela verk och att de skulle omfattas av upphovsrättsligt skydd om de i sig bidrog till originaliteten hos verket i dess helhet.¹⁴⁰

Det torde avslutningsvis vara av relevans att redovisa för HD:s bedömning när domstolen senast hade att pröva om ett verk uppnådde verkshöjd, vilket var i det ovan behandlade Mini Maglite-avgörandet. HD fann att ficklampan uppnådde verkshöjd, men med ett begränsat skyddsomfång. Vid en jämförelse med tidigare ficklampor konstaterade HD att Mini Maglite-ficklampan fick anses besitta ett tillräckligt mått av *självständighet* i förhållande till tidigare ficklampor. HD anförde även att ficklampans formgivning distinkt höjde sig över att vara banal eller trivial och att den inte utgjorde ett resultat av en rutinmässig arbetsinsats. Inte heller var det sannolikt att den riskerade att bli föremål för oberoende dubbelskapande. Ficklampan hade genom sättet den blivit utformad på blivit föremål för en egen identitet. HD höll med Svensk Forms Opinionsnämnd i det att helhetsintrycket av ficklampan visade på en *konsekvent* och *väl avvägd* formgivningsinsats. Mot bakgrund av detta fann HD att ficklampan var ett uttryck för sådan *originalitet* och *individualitet* som förtjänade upphovsrättsligt skydd. Ficklampan uppfyllde med andra ord kravet på verkshöjd och omfattades därmed av det upphovsrättsliga skyddet, om än med ett begränsat skyddsomfång.

¹⁴⁰ Infopaq, p. 38-39.

I samband med att domstolen konstaterade att ficklampan uppfyllde kravet på verkshöjd, och att den därmed omfattades av det upphovsrättsliga skyddet, gjorde den ett något udda konstaterande när den anförde att det dock hade rört sig om ett gränsfall om ficklampan skulle omfattas av upphovsrättsligt skydd. HD valde att inte utveckla just hur detta fick anses vara ett gränsfall, utan konstaterade endast detta utan något klargörande av gränsfallens innebörd. Av intresse är även det faktum att domstolen lade så stor vikt vid jämförelsen med mönsterskyddet.

6.2.1.2 Verkshöjdsbegreppet inbegripet i upphovsmannens egen intellektuella skapelse?

Efter genomgången av avgörandena från HD utkristalliseras ett visst mönster vad gäller domstolens motiveringar till varför verkshöjdskravet har uppfyllts eller inte. Motiveringar av liknande slag har tagit plats i fler av HD:s avgöranden.¹⁴¹ Vissa av de i kapitel fyra behandlade beståndsdelarna av verkshöjdsbedömningen har utgjort återkommande inslag när HD ska bedöma om verkshöjd är uppfyllt, där de tre mest återkommande beståndsdelarna har varit *originalitet*, *självständighet* och *individualitet*.

Kravet på individualitet har i nordisk rättstradition varit en viktig del av verkshöjdsbedömningen, vilket tydliggörs med att detta krav har återfunnits i motiv, praxis och doktrin över tid.¹⁴² Nordell menade, som ovan nämns, att individualitetskravet inte skulle tolkas som om det självständigt skulle kunna uppfylla kravet på verkshöjd ifall att verket inte hade uppnått tillräcklig självständighet eller originalitet, utan att det istället troligtvis skulle tolkas som att verket på något vis måste vara präglad av upphovsmannens personlighet.¹⁴³ Krav på att verket på något vis måste vara präglad av upphovsmannens personlighet återfinns även inbegripet i det EU-autonoma originalitetskravet. Det stadgas tidigare i denna undersökning att delen ”intellektuell skapelse”, av originalitetskravet upphovsmannens egen intellektuella skapelse, återspeglar den kontinentaleuropeiska upphovsrättens syn på upphovsrättsligt skapande som ett uttryck för upphovsmannens person.¹⁴⁴ Av skäl 17 i skyddstidsdirektivet framgår det att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen om den avspeglar hans eller hennes personlighet. Även EUD har bekräftat samt utvecklat vad det innebär att verket ska vara ett uttryck för upphovsmannens personlighet/person. I Painer-avgörandet fann domstolen att ett porträttfotografi kunde åtnjuta upphovsrättsligt skydd förutsatt att fotografiet var upphovsmannens egen intellektuella skapelse som *avspeglade hans eller hennes personlighet* och som kom till uttryck

¹⁴¹ Se till exempel NJA 1998 s. 563 och NJA 2004 s. 149.

¹⁴² Se t.ex. 1914 års betänkande, s. 57., SOU 1985:51, s. 89., HD:s verkshöjdsavgöranden under avsnitt 6.2.1.1 samt Nordell, Rätten till det visuella, s. 51 f.

¹⁴³ Se avsnitt 4.2.2 ovan samt Nordell, Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, s. 36.

¹⁴⁴ Se avsnitt 6.2 ovan samt Axhamn, a.a., s. 347.

genom att upphovsmannen hade möjlighet att göra *fria* och *kreativa* val i samband med skapandet av nämnda fotografi. Av detta framgår att nordisk rättstraditions syn på upphovsrättslig individualitet till synes stämmer överens med det EU-autonoma originalitetskravet såsom det har kommit att utvecklas av EUD i dess praxis.

EUD uttryckte i sina upphovsrättsliga avgöranden att verken skulle vara originella på så sätt att de var upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Domstolen förklarade i dessa avgöranden vad det var i det aktuella fallet som resulterade i att originalitet hade ansetts uppnås. I Premier League-avgörandet uttryckte EUD detta negativt när den konstaterade att en fotbollsmatch inte kunde anses vara ett upphovsrättsligt verk, eftersom spelreglerna begränsade möjligheterna till fria och kreativa val.¹⁴⁵ EUD har således i detta avgörande funnit att verket inte har haft möjlighet att uppnå originalitet, eftersom det har förekommit en avsaknad av kreativ frihet till följd av att matcherna var reglerade. I Painer-avgörandet klargjorde EUD att originalitet förelåg när de aktuella omständigheterna inte begränsade upphovsmannen; det hade med andra ord funnits en möjlighet till fria och kreativa val.¹⁴⁶ Ser man till hur den nordiska rättstraditionen har bedömt det upphovsrättsliga självständighetskravet framträder bland annat Lund som anförde att självständighet förelåg när en prestation var särpräglad; när det var en självständigt skapande insats.¹⁴⁷ Karnell å andra sidan ansåg att självständighet och originalitet skulle förstås som en form av nyhetskrav vilket skulle definieras genom ett krav på att resultatet skulle vara ett uttryck för skaparens individualitet till ett krav på nyskapande.¹⁴⁸ Jämför man Lund och Karnells uttalanden rörande upphovsrättslig självständighet och originalitet med det som framgår av EUD:s uttalanden i Premier League- och Painer-avgörandena så krävs det inte att man gör allt för mycket våld på begreppen för att se likheterna mellan dem. Fria och kreativa val är inte möjliga om inte det samtidigt finns möjlighet till självständiga och originella sådana. Att svensk rätt har ansett fria och kreativa val nödvändiga för att alster ska omfattas av upphovsrättsligt skydd framgick även av AK där utredningen uttalade att kraven på (andligt) skapande, individualitet, självständighet och originalitet uteslöt att alster tillkomna som resultat av ett rent mekaniskt arbete eller genom upprepning av vad som redan gjorts av andra skulle kunna ges skydd.¹⁴⁹

Rent mekaniska arbeten eller upprepningar tillåter i regel inte fria och kreativa val. Detta har även bekräftats av EUD i BSA-avgörandet där domstolen konstaterade att komponenter i ett

¹⁴⁵ Premier League, p. 95-99.

¹⁴⁶ Painer, p. 88-89.

¹⁴⁷ Lund, a.a., s. 109.

¹⁴⁸ Karnell, Rätten till programinnehållet i TV, s. 54.

¹⁴⁹ SOU 1956:25, s. 67.

verk som endast kännetecknades av sin tekniska funktion inte kunde uppfylla kravet på originalitet. EUD bekräftade att originalitet inte kunde uppnås när komponenter kännetecknades av sin tekniska funktion, eftersom detta resulterade i att de olika sätt på vilka en idé kunde uttryckas blev så begränsade att idé och uttryck flöt ihop. Men EUD slog som ovan nämns fast att ett användargränssnitt kunde erhålla upphovsrättsligt skydd som verk förutsatt att det utgjorde upphovsmannens egen intellektuella skapelse i enlighet med Infosoc-direktivet.¹⁵⁰

Det EU-autonoma originalitetskravet har även ett nyhetskrav som överensstämmer med det som tillämpats i svensk rätt. Som ovan redovisas för får det nu anses klarlagt att det är ett subjektivt nyhetskrav som används av de svenska domstolarna eftersom vi i svensk rätt har uppfattat nyhetskravet som att kraven på originalitet och självständighet inte anknyter till om det aktuella objektet skiljer sig från alla tidigare skapade litterära eller konstnärliga verk. Istället får ett subjektivt nyhetskrav anses vara det rådande; det är tillräckligt att upphovsmannen har skapat ett alster utan någon möjlighet till kännedom om att någon annan tidigare har skapat ett överensstämmande verk. Detta har även slagits fast i Smultron-avgörandet.¹⁵¹ Av ”upphovsmannens egen” framgår det som sagt att det som är originellt per definition inte är en efterbildning av någon annans verk.¹⁵² Alltså är det även ett subjektivt nyhetskrav enligt det EU-autonoma originalitetskravet till följd av att även detta originalitetskrav fokuserar på att verket ska härstamma från upphovsmannen själv och vara ett uttryck för hans personlighet, men utan tillhörande krav på att det ska skilja sig från allt tidigare skapat inom detta område, vilket skulle innebära att nyhetskravet utformas som ett prioritetsskydd.

Axhamn presenterade två fall där avgöranden i nordisk rätt har stämt överens med EUD:s bedömningar i senare avgöranden.¹⁵³ I Infopaq-avgörandet fick domstolen ta ställning bland annat till om delar av ett verk ska åtnjuta samma upphovsrättsliga skydd som hela verk. På detta svarade EUD att dessa skulle bedömas på samma sätt som hela verk förutsatt att de bidrar till originaliteten hos verket i sin helhet och förutsatt att de innehåller vissa av de element som ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹⁵⁴ Just detta hade ett antal år tidigare slagits fast av HD i Nummerbank-avgörandet. Där uttryckte HD, beträffande det faktum att Direkt-El inte utnyttjat hela SEG:s nummerbank utan endast en del av denna, att ”delar av ett

¹⁵⁰ BSA, p. 48-51.

¹⁵¹ Se avsnitt 4.7 ovan.

¹⁵² Se avsnitt 6.2 ovan.

¹⁵³ Axhamn, a.a., s. 348.

¹⁵⁴ Infopaq, p. 38.

skyddat verk utgör exemplar av verket under förutsättning att delen i sig har tillräcklig verkshöjd för att utgöra ett upphovsrättsligt verk”. EUD:s bedömning rörande originaliteten i delar av verk stämmer alltså överens med den bedömning som HD tidigare har gjort.

Ytterligare ett exempel på där HD:s originalitetsbedömning överensstämmer med den EU-rättsliga var ett avgörande om citaträtten. Aftonbladet hade i detta avgörande återgivit stora delar av en artikel publicerad i Dagens Nyheter (DN), varpå DN väckte talan om upphovsrättsinfrång. Aftonbladet menade bland annat att artikeln inte uppnådde verkshöjd och åberopade även citaträtten. Stockholms TR konstaterade i detta fall, vars dom är av relevans eftersom överinstanserna fastslog respektive underinstans dom, att sakuppgifter som förekommit i citat inte kan skyddas. Däremot fann TR:n att vissa av yttrandena som hade gjorts i den i avgörandet aktuella artikeln ansågs vara uttryck för individuellt skapande till följd av deras särpräglade utformning, varför dessa var föremål för skydd.¹⁵⁵ Detta avgörande rörde ett litterärt verk i form av en tidningsartikel, vilket även var fallet i Infopaq-avgörandet. EUD kom fram till att, beträffande tidningsartiklar, upphovsmannens egen intellektuella skapelse vanligtvis följer av hur ämnet har presenterats samt språkbehandlingen. Ord i sig kan inte utgöra en intellektuell skapelse från upphovsmannens sida; istället är det genom valet, dispositionen och kombinationen av orden som upphovsmannen kan uttrycka sin kreativitet på ett originellt sätt och som kan resultera i ett alster som ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹⁵⁶ Alltså stämmer EUD:s slutsats i detta avgörande överens med det som tidigare varit fallet i svensk praxis.

6.2.1.3 Skillnader i bedömningarna

Efter att ha utrett de likheter som finns mellan det nordiska verkshöjdskravet och det EU-autonoma originalitetskravet finns det även anledning att undersöka eventuella skillnader i hur de har bedömt originalitet. En skillnad som har uppenbarats och som har inverkan på originalitetsbedömningen avser verks skyddsomfång. I Mini Maglite-avgörandet konstaterade HD att verkets originalitet är en faktor vid bestämmandet av ett verks skyddsomfång. HD menade att om kravet på verkets originalitet/verkshöjd var lågt att detta skulle kunna vägas upp av ett skyddsomfång som var begränsat i motsvarande mån. Mot detta ställs EUD:s uttalande i Painer-avgörandet. Där slog EUD fast att det varken i Infosoc-direktivet eller något annat direktiv tillämpligt på detta område finns något som tyder på att omfånget av upphovsrättsligt skydd skulle vara beroende av skillnader i möjligheterna till att vara konstnärligt kreativ vid skapandet av

¹⁵⁵ NJA 1996 s. 712.

¹⁵⁶ Infopaq, p. 44-45.

verk i olika kategorier.¹⁵⁷ Detta är alltså en faktor som skulle ändras i det fall HD antar den EU-rättsliga originalitetsbedömningen. Frågan uppstår dock om det uttalande EUD gör i detta avgörande ska betraktas som ett uttalande vilket endast är gällande i förhållande till upphovsrättsligt skydd för fotografier, eller om det ska anses att EUD med detta etablerade en generell upphovsrättslig princip.¹⁵⁸

Dubbelskapandekriteriet har, som ovan stadgats, vunnit inträde i svensk praxis och doktrin som en hjälpregel vid verkshöjdsbedömningar. I Pergo-avgörandet slog HD fast att dubbelskapandekriteriet vid en verkshöjdsbedömning endast kan vara avgörande i en negativ riktning, men kan däremot inte på egen hand leda till ett positivt verkshöjdsbesked.¹⁵⁹ I de direktiv som hittills har harmoniserat originalitetskravet framgår det att produkten ska vara upphovsmannens egen intellektuella skapelse för att den ska omfattas av upphovsrättsligt skydd, men det framgår även att det inte ska tillämpas några andra bedömningsgrunder vid fastställandet av om ett verk ska komma i åtnjutande av upphovsrättsligt skydd.¹⁶⁰ Att inga andra bedömningsgrunder ska tillämpas innebär att det uteslutande ska vara upphovsmannens egen intellektuella skapelse som ska vara bedömningsnorm vid fastställande av upphovsrättslig originalitet.¹⁶¹ I det fall HD väljer att bedöma upphovsrättslig originalitet i enlighet med det EU-autonoma originalitetskravet kommer alltså dubbelskapandekriteriet att förlora sin betydelse.

Av nordisk/svensk rättspraxis framgår det ofta att originalitetsbedömningen utgår ifrån verket i dess slutgiltiga form. HD har tydliggjort detta genom att domstolen i flertalet fall inte har diskuterat processen som leder fram till resultatet i någon större utsträckning, utan har istället oftare valt att fokusera på om den aktuella produkten uppvisat tillräcklig verkshöjd. I Pergo-avgörandet anförde HD bland annat att det avgörande var om ”*ritningen som sådan* kan sägas *ha* den självständighet och originalitet som krävs för skydd”. Även HD:s definition av dubbelskapandekriteriet i detta fall visade på ett resultatorienterat fokus, eftersom domstolen definierade kriteriet som att skydd förutsatte att verket (det färdiga resultatet) hade en sådan självständighet och originalitet att risken för att någon annan oberoende av detta hade kunnat framställa ett överensstämmande eller liknande verk framstod som minimal. Domstolen såg till vilka egenskaper den färdiga produkten hade för att bedöma om produkten uppnådde verkshöjdskravet och bedömde alltså inte skapandeprocessen.¹⁶² Detta styrks även av hur HD beskrev kraven för

¹⁵⁷ Painer, p. 97.

¹⁵⁸ Bengtsson, a.a., under rubriken ”En förändrad syn på det upphovsrättsliga skyddsomfånget”.

¹⁵⁹ Se 4.3 ovan.

¹⁶⁰ Artikel 1.3 datorprogramsdirektivet, artikel 3.1 databasdirektivet och artikel 6 skyddstidsdirektivet.

¹⁶¹ EUD den 16.2.2012 i mål C-604/10 (cit. Football Dataco), p. 52.

¹⁶² NJA 2004 s. 149.

upphovsrättsligt skydd i Drängarna-avgörandet. Domstolen konstaterade att prestationen, slutresultatet, skulle uppvisa ett mått av självständighet och individuell särprägel, att det med andra ord skulle ha originalitet. HD utgick alltså från de egenskaper den färdiga produkten uppvisade. Exempel på fall där domstolen refererar till skapandeprocessen återfinns dock till exempel i Mini Maglite-avgörandet när domstolen uttryckte att ficklampan visade på en väl avvägd formgivningssats. Skapandeprocessen omnämns även i Byggnadsritningar-avgörandet, där HD beskrev vad ingenjören hade behövt ta i beaktande vid skapandet av ritningarna (processen). Till exempel hade ingenjören varit tvungen att göra vissa lämplighetsöverväganden gällande innehållet, formen och det pedagogiska framställningssättet. Ingenjören hade bland annat behövt bestämma sig för hur detaljerade ritningarna skulle vara och för vilka enskildheter som skulle beskrivas.¹⁶³ Betoningen låg dock på resultatet i båda dessa avgöranden, eftersom HD avslutningsvis konstaterade att ficklampan (det färdiga resultatet) var ett uttryck för sådan originalitet, självständighet och individualitet som förtjänade upphovsrättsligt skydd samt att ritningarna (det färdiga resultatet) fick anses ha tillräcklig individualitet för att uppnå verkshöjd. Alltså får vi något av ett blandat perspektiv i dessa avgöranden. Det får ställas mot bedömningen enligt det EU-autonoma originalitetskravet, som i större utsträckning tar hänsyn till upphovsmannens variationsmöjligheter vid skyddsbedömningen. EUD anförde till exempel i Infopaq-avgörandet angående det faktum att ord för sig själva inte kan utgöra upphovsmannens egen intellektuella skapelse, att det var genom valet, dispositionen och kombinationen av dem som upphovsmannen kunde ge uttryck för sin kreativitet på ett originellt sätt och som denne gavs möjlighet att nå ett resultat som utgjorde en intellektuell skapelse.¹⁶⁴ Att EUD har ett processorienterat perspektiv utvecklades bland annat även i Painer-avgörandet, där domstolen förklarade vad det var i skapandeprocessen som hade resulterat i att fotografiet ansågs uppnå den originalitet som krävdes för ett verk; fotografen hade vid tagandet av fotot haft möjlighet att välja iscensättning, centrerings, fotovinkel, ljus samt framkallningsteknik.¹⁶⁵ Även i Premier League-avgörandet är det tydligt att fokus ligger på processen som leder fram till det upphovsrättsliga verket och inte verket i sig. I det framhöll EUD som känt att fotbollsmatcher inte kan uppnå originalitet, eftersom spelreglerna begränsar den kreativa frihet som är nödvändig för att upphovsrättslig originalitet enligt det EU-autonoma originalitetskravet ska föreligga; processen som leder till originalitet är alltså inskränkt.¹⁶⁶ Att fokus är på fria och kreativa val som görs i

¹⁶³ NJA 1998 s. 563.

¹⁶⁴ Infopaq, p. 45.

¹⁶⁵ Painer, p. 91.

¹⁶⁶ Premier League, p. 96-98.

samband med skapandet bekräftades av EUD i Football Dataco-avgörandet. Avgörandet behandlade bland annat under vilka omständigheter en databas skulle anses vara upphovsmannens egen intellektuella skapelse. EUD uttalade att det av skäl 16 i Databasdirektivet följer att begreppet intellektuellt verk hänvisar till verkets egenart och refererade i samband med detta till Infopaq-avgörandet. Domstolen konstaterade att egenartskriteriet vid upprättandet av en databas var uppfyllt ”när upphovsmannens genom urvalet eller sammanställningen av de data som databasen innehåller har uttryckt sin kreativa kapacitet på ett egenartat sätt genom att göra *fria och kreativa val* och därmed har satt sin ”personliga prägel” (domen i det ovannämnda målet Painer, punkt 92).” Alltså bekräftade EUD det som uttalades om fria och kreativa val i Painer-avgörandet. Analogier gjordes även till Infopaq-, BSA- och Painer-avgörandet. Domstolen gjorde även analogier till BSA- och Premier League-avgörandena när den slog fast att egenartskriteriet inte kunde uppfyllas om skapandet av databasen hade präglats av tekniska överväganden eller regler som inte hade lämnat något utrymme för kreativ frihet.¹⁶⁷ Dessa exemplifierande avgöranden visar på en möjlig skillnad i originalitetsbedömningarna, vilken *kan* komma att leda till ett något ändrat fokus i den svenska upphovsrättsliga originalitetsbedömningen i det fall HD väljer att acceptera den EU-autonoma originalitetsbedömningen.¹⁶⁸

Ovan framförs att detta kan komma att bli den största skillnaden mellan de båda originalitetskraven, men än så länge får dock EUD:s processororienterade perspektiv anses vara en antydning, eftersom denna metod ännu inte har kommit att bekräftas av domstolen fullt ut. Det är framförallt i Painer-avgörandet som tydligt fokus ligger på valen som upphovsmannen har kunnat göra i samband med skapandet av fotografiet som slutligen ansågs uppfylla kravet på originalitet. Painer-avgörandet har endast återkommit i ett senare avgörande från EUD, Football Dataco-avgörandet, vilket leder till slutsatsen att det processororienterade perspektivet fortsatt får anses vara just en antydning fram till att EUD återkommit till detta perspektiv i fler avgöranden, även om valmöjligheternas betydelse för originalitetsbedömningen kan skymtas i flera fall.

6.2.2 Upphovsmannens egen intellektuella skapelse tar plats i rättstillämpningen

Sedan Mini Maglite-avgörandet har HD inte gjort en bedömning av upphovsrättslig originalitet. Underinstanserna har dock haft anledning att behandla frågor av detta slag vid ett flertal tillfällen. Detta har medfört att både hovrätter och tingsrätter blivit tvungna att ta ställning till om de ska fortsätta att bedöma upphovsrättslig originalitet med verkshöjd som bedömningsnorm

¹⁶⁷ Football Dataco, p. 37-39 med analogier till Infopaq, p. 45, BSA, p. 50 och Painer, p. 89 samt BSA, p. 48 och 49 och Premier League, p. 98.

¹⁶⁸ Tøien, Irina Eidsvold, Originalitetskriteriet i EU-retten – ny kurs?, NIR 2012 s. 415 ff.

eller om de ska beakta den unionsrättsliga utvecklingen och använda upphovsmannens egen intellektuella skapelse som originalitetskrav.

År 2012 blev Svea HovR tvungen att ta ställning till denna fråga. Målet rörde bland annat om kartor som tagits fram av den ena parten i målet skulle anses vara verk och därmed uppnå upphovsrättsligt skydd. Domstolen inledde domskälen med en allmän beskrivning av upphovsrättsligt skydd för kartor. Efter att ha förklarat att kartor kunde åtnjuta skydd som litterära verk kom den in på andra skyddsförutsättningar som togs i beaktande vid originalitetsbedömningen och anförde: ”*Av betydelse är att fråga är om upphovsmannens egen intellektuella skapelse och att skapelsen avspeglar upphovsmannens personlighet genom att denne gjort fria och kreativa val vid skapandet (se Levin, Lärobok i immaterialrätt, 10 uppl., 2011, s. 86; jfr EU-domstolens domar den 16 juli 2009 i mål C-5/08 [Infopaq] och den 1 december 2011 i mål C-145/10[Painer]).*” Svea HovR använde de standardiserade begreppen originalitet, självständighet och individualitet när den skulle förklara det som krävdes av kartorna för att de skulle uppnå verksstatus, men konstaterade samtidigt som samlingsnamn för detta att kartorna för att erhålla upphovsrättsligt skydd skulle behöva utgöra *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Verkshöjdsbegreppet kom överhuvudtaget inte på tal i domskälen.¹⁶⁹

År 2013 uppstod en tvist i Stockholms TR mellan dåvarande Junkyard Trading AB (Junkyard) och annonssajten Blocket. Tvisten hade sin grund i att Blocket under år 2012 började använda hundratals av Junkyards varufoton för att förmedla varor åt kunder både på sin hemsida samt i TV-reklam. Junkyard väckte talan mot Blocket för upphovsrättsintrång och krävde ett omfattande skadestånd. Blocket i sin tur menade, bland annat, att fotografierna var traditionella produktbilder som inte hade några särskilda kvaliteter i fråga om ljussättning, bildspråk och design; fotografierna var inte originella nog att uppfylla kravet på verkshöjd. Istället menade Blocket att fotografierna hade skydd som fotografiska bilder enligt 49 a § URL. När TR:n bedömde om fotografierna utgjorde verk anförde domstolen att det hade ställts upp ett visst krav på originalitet för att de skulle anses utgöra verk i upphovsrättslig mening; fotografierna skulle vara originella i den meningen att de utgjorde *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*, det vill säga *avspeglade hans eller hennes personlighet*, vilket kunde vara fallet när upphovsmannen hade kunnat uttrycka sin *kreativa kapacitet genom fria och kreativa val*. Domstolen hänvisade uttryckligen till EUD-praxis för denna bedömning och refererade till Painer-avgörandet. TR:n anförde även att uppställandet av ett originalitetskrav innebar att det skulle vara

¹⁶⁹ Svea hovrätt, dom 2012.01.27 i mål nr T-3464-11.

praktiskt taget uteslutet att två personer oberoende av varandra kunde åstadkomma något överensstämmande.¹⁷⁰

Svea HovR kom att befästa upphovsmannens egen intellektuella skapelse som originalitetskrav med ytterligare två avgöranden. År 2014 väckte DDF talan mot bolaget som innan dess konkurs gick vid namnet Infopaq, numera Swepiq AB i konkurs, för samma sakfråga som var fallet i EUD:s Infopaq-avgörande.¹⁷¹ Målet vilandeförklaras i väntan på EUD:s avgörande. När det återupptogs fick HovR vidta samma bedömning som EUD hade gjort i Infopaq-avgörandet och se om de av Infopaq använda söksträngarna kunde anses utgöra verk i upphovsrättslig mening. HovR gjorde direkta hänvisningar till punkter i Infopaq-avgörandet, förståeligt nog, och anförde att ett alster omfattades av upphovsrättsligt skydd om det var *originellt i den meningen att det var upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Andra klargöranden från EUD i Infopaq-avgörandet behandlades av domstolen, såsom att ord i sig inte kan omfattas av upphovsrättsligt skydd utan att det var genom valet, dispositionen och kombinationen av dessa som originaliteten framträder samt att delar av verk kunde vara föremål för upphovsrättsligt skydd om de gav uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹⁷² Så sent som i mars år 2015 hade Svea HovR att bedöma upphovsrättslig originalitet i ett avgörande rörande om en målning i vilket ett fotografi, som HovR bedömde vara ett upphovsrättsligt verk, av den miss-tänkte Palme-mördaren Christer Pettersson hade avbildats. I detta fall använde dock domstolen verkshöjdsbegreppet när den anförde att fotografiet på Christer Pettersson var så särpräglat att det hade verkshöjd. I anslutning till detta konstaterade emellertid domstolen att eftersom det inte fanns skydd för motiv i upphovsrätten blev skyddsomfånget begränsat till sådant som gjorde fotografiet särpräglat: det vill säga sådant som gav uttryck för *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Solna TR hade dock i sin överklagade dom varit tydlig med att verkshöjd var det originalitetskrav den ansåg var det gällande och använde sig av standardbegreppen från verkshöjdsbedömningen.¹⁷³

Även Stockholms TR hade ett fall rörande upphovsrättsligt skydd så sent som i mars år 2015. Avgörandet rörde frågan om upphovsrättsintrång hade begåtts i förhållande till ett par byxor vilka den ena parten ansåg var ett verk av brukskonst. Domskälen inleddes med en allmän beskrivning av rättsläget och TR:n hänvisade då både till Tunika-avgörandet¹⁷⁴ och Mini Maglite-

¹⁷⁰ Stockholms tingsrätt, dom 2013.10.18 i mål nr T-692-11.

¹⁷¹ Se ovan 5.1.3.

¹⁷² Svea hovrätt, dom 2014.05.19 i mål nr T-2028-08.

¹⁷³ Svea hovrätt, dom 2015.03.17 i mål nr FT 6377-14.

¹⁷⁴ NJA 1995 s. 164.

avgörandet.¹⁷⁵ Efter att ha redovisat för vad HD i Mini Maglite-avgörandet anfört rörande verkshöjd i förhållande till brukskonst konstaterade domstolen att EUD efter Mini Malite-avgörandet hade uttalat sig om vad som generellt skulle gälla som krav på verk som ska skyddas enligt upphovsrätten. TR:n hänvisade då till Infopaq-avgörandet och Painer-avgörandet, precis som domstolen gjorde i avgörandet mellan Blocket och Junkyard. Stockholms TR konstaterade att EUD hade slagit fast att en förutsättning för upphovsrättsligt skydd var att verket var originellt på så sätt att det var upphovsmannens egen intellektuella skapelse, och anförde i anslutning till detta att ”En grundläggande förutsättning för att ett verk ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd är alltså att verket är originellt” och att originalitet skulle förstås som ett krav på verkets ursprunglighet och individualitet. TR:n använde alltså inte verkshöjd som samlingsnamn för den upphovsrättsliga skyddsförutsättningen, utan konstaterade att originalitet var det grundläggande kravet för upphovsrättsligt skydd.¹⁷⁶

Av dessa avgöranden framgår det att det EU-autonoma originalitetskravet har börjat göra ett intryck på den svenska rättsordningen. Svea HovR har till exempel återkommit till upphovsmannens egen intellektuella skapelse som originalitetsbegrepp i tre avgöranden de senaste åren, även om domstolen i avgörandet rörande målningen av Christer Petterson även hänvisade till verkshöjdsbegreppet. Domstolen anförde dock så sent som år 2012 att den skulle se till kartornas originalitet, självständighet samt individualitet för att bedöma om dessa kunde anses vara verk, men att kartorna var tvungna att vara uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse för att omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Strukturen från verkshöjdsläran tillsammans med de tillhörande standardbegreppen vid bedömningen av upphovsrättslig originalitet förekommer alltså fortfarande i underinstanserna.¹⁷⁷ Dubbelskapandekriteriet användes till exempel så sent som år 2013 av Stockholms TR. Svea HovR och Stockholms TR verkar dock till synes ha anpassat sitt språk till det genom EUD harmoniserade originalitetskravet, samt ser till de parametrar som EUD har anfört är viktiga vid den upphovsrättsliga bedömningen (till exempel fria och kreativa val i enlighet med Painer-avgörandet).

Värt att notera i samband med dubbelskapandekriteriet är den kritik som kriteriet har fått av Nordell, samt att det avfärdades av HD i både Pergo-avgörandet och Mini Maglite-avgörandet. I Pergo-avgörandet slog HD fast, som nämns ovan, att dubbelskapandekriteriet inte på egen hand kunde avgöra om verkshöjd var uppfyllt i det enskilda fallet. Domstolen hänvisade till två

¹⁷⁵ NJA 2009 s. 159.

¹⁷⁶ Stockholms tingsrätt, dom 2015.03.18 i mål nr T 3244-14.

¹⁷⁷ Se till exempel Kalmar Tingsrätt den 2014-07-07 i mål nr FT 806-14. Domstolen uttalade ”För att det som skapats ska anses vara ett verk i upphovsrättslagens mening och därmed vara skyddat av upphovsrätt, krävs att det uppvisar viss *självständighet* och *originalitet*. Verket ska uppvisa *verkshöjd* för att få skydd.”

tidigare avgöranden där dubbelskapandekriteriet hade använts och konstaterade att kriteriet i dessa avgöranden inte hade framstått som mer än en hjälpregel vid bevisbedömningen. HD fann dock att det kan vara avgörande i negativ riktning, eftersom ett alster som kan antas bli föremål för oberoende dubbelskapande inte uppfyller kravet på verkshöjd. I Mini Maglite-avgörandet bekräftade domstolen vad den hade konstaterat i Golvskiva-avgörandet; dubbelskapandekriteriet kunde endast vara avgörande i negativ riktning – det vill säga i bevishänseende. Domstolen bekräftade att dubbelskapandekriteriet numera primärt var att uppfatta som en hjälpregel för bevisbedömningen.

6.2.3 Uppfattningen i den svenska doktrinen

Karnell var tidigt ute med att det EU-autonoma originalitetskravet inte skulle medföra någon större upphovsrättslig revolution vad gäller originalitetsbedömningen, utan förutsåg istället att ”den enda iakttagbara allmänna effekten av insatserna inom EU på originalitetsharmoniseringens gebit kommer att bli att domstolsspråket kan komma att bli mindre blomsterfyllt [...]”.¹⁷⁸ Karnell fick visst medhåll i detta uttalande av Bengtsson som trodde att det EU-autonoma originalitetskriteriet möjligen skulle komma att leda till att domstolarna skulle få ett språkbruk som var harmoniserat och att verkshöjd som samlingsnamn för upphovsrättslig originalitet därmed skulle komma att ha spelat ut sin roll. Bengtsson trodde dock att domstolarna skulle fortsätta att använda samma kriterier för att bedöma upphovsrättsligt skydd som tidigare, men ansåg att verkshöjd borde ersättas med ett originalitetskriterium för att markera harmoniseringen på området.¹⁷⁹

Upphovsmannens egen intellektuella skapelse, är EU-rättens väg framåt. Axhamn menade strax efter att Infopaq-avgörandet hade lämnats av EUD att vi av den svenska rättstillämpningen bör räkna med att domstolarna – i motsats till HD:s tidigare praxis rörande upphovsrättslig originalitet – i framtiden kommer att använda sig av upphovsmannens egen intellektuella skapelse i enlighet med EUD:s dom i Infopaq-avgörandet.¹⁸⁰ Levin anförde att verkshöjds läran inte längre hade den självklara plats som den tidigare har haft hos de svenska domstolarna och konstaterade att den numera var diskutabel i relation till kvalificerade krav för upphovsrätt. Databasdirektivet och datorprogramsdirektivet är båda baserade på renodlade originalitetskrav och det skyddsbara verket är ett alster som självständigt har skapats av upphovsmannen. I anslutning till detta konstaterade Levin att det enligt artikel 1.3 i datorprogramsdirektivet och artikel

¹⁷⁸ Karnell, Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär, s. 166.

¹⁷⁹ Bengtsson, a.st.

¹⁸⁰ Axhamn, a.a., s. 348.

3.1 databasdirektivet inte fick ställas några andra krav än att det aktuella alstret var ”originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse”. Ur detta härledde hon slutsatsen att verkshöjds läran inte bara hade övergivits enligt dessa direktiv, utan att den även var förbjuden! Levin framhöll även det faktum att det var möjligt att de olika medlemsstaternas diversifierade synsätt på upphovsrättslig originalitet tidigare inte hade ansetts störa den gemensamma marknadens funktion, men att det efter Infopaq-avgörandet var klarlagt att originalitetskravet från databasdirektivet, datorprogramsdirektivet samt skyddstidsdirektivet var det som skulle tillämpas generellt.¹⁸¹

Detta framfördes av Levin i den av henne författade ”Lärobok i immaterialrätt”, som har sin grund i en dansk lärobok i immaterialrätt författad av Koktvedgaard, som översattes och anpassades till svenska förhållanden av Levin. I syfte att se hur denna diskussion har utvecklats över tid kan det vara av intresse att se hur den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen har behandlats i tidigare utgåvor av den danska versionen av denna bok. I den femte upplagan av den danska versionen av läroboken, som gavs ut år 1999, framfördes det att originalitet var en förutsättning för upphovsrättsligt skydd, och att denna förutsättning skulle förstås som att verket ursprungligen kunde härledas från upphovsmannen själv som producerat vid en personlig, skapande insats. Redan i denna utgåva konstaterade Koktvedgaard att verkshöjds läran stod i uppenbar strid med originalitetskravet så som det hade presenterats i databas-, datorprograms- och skyddstidsdirektivet, och att verkshöjds läran inte bara var övergiven enligt dessa direktiv, men att den även var förbjuden. Koktvedgaard anförde att det visserligen inte hade tagits ställning till hur man skulle förfara i andra, icke-harmoniserade, områden av upphovsrätten, men att han ansåg att det sade sig självt att förkastandet av verkshöjds läran – som kunde uppfattas som resultatet av en kompromiss mellan den engelska och kontinentala upphovsrätten – ändå hade en viss allmän giltighet.¹⁸² Tio år senare skulle alltså Koktvedgaard komma att få medhåll i sitt uttalande om att upphovsmannens egen intellektuella skapelse hade en viss allmän giltighet genom Infopaq-avgörandet.

År 2008 utsågs Rosén av regeringen till särskild utredare i syfte att göra en översyn av upphovsrättslagen. En del av översynen lämnades in år 2011 under namnet ”En ny upphovsrättslag”. Denna översyn innebar förstås att verksbegreppet samt verkshöjd och den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen kom att diskuteras. Utredningen anförde att det skulle medföra svårigheter att hitta ett annat begrepp än just verk för upphovsrättens objekt men att man

¹⁸¹ Levin, Lärobok i immaterialrätt., s. 56.

¹⁸² Koktvedgaard, Mogens, Lærebog i Immaterialret, 5 u, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, Köpenhamn, 1999, s. 46 ff.

skulle kunna försöka precisera verksbegreppet genom att förklara vad som menas med att upphovsrättsligt skyddade objekt ska uppvisa verkshöjd. I samband med detta konstaterade Rosén att flertalet begrepp hade uppenbarats som kriterier för sådant som uppvisade verkshöjd, till exempel originalitet, skapande insats och *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Trots att EUD vid utredningens inlämnande genom Infopaq-avgörandet redan hade slagits fast att upphovsmannens egen intellektuella skapelse var det originalitetskrav som skulle vara gällande för alla verkskategorier valde utredningen att föreslå att det skulle intas ett klagörande av verksbegreppet genom att i lagtexten införa en skrivning som förtydligade att upphovsrätts objekt var ett "[...] verk, underförstått ett sådant som uppvisar *verkshöjd*, som är föremål för upphovsrättsligt skydd". Utredningen anförde som motivering till detta att den ansåg att verksbegreppet uttryckte de krav som ställdes på upphovsrätts objekt tillräckligt väl och att det på grund av detta saknades anledning att försöka finna ett alternativt begrepp, särskilt inte mot bakgrund av att begreppet hade utvecklats så pass mycket i praxis och doktrin, vilket hade resulterat i att det samlande begreppet verkshöjd hade erhållit båda substans och detaljrikedom. Utöver detta menade utredningen att det vore förvirrande att frånga ett ordval som i sammanhanget var väl inarbetat samt att ordet verk varken var svårförståeligt eller gammeldags.¹⁸³ Alltså valde utredningen att hålla fast vid verks- och verkshöjdsterminologin, samt förespråka att det skulle införas i URL, istället för att inkludera upphovsmannens egen intellektuella skapelse.

¹⁸³ SOU 2011:32, En ny upphovsrättslag, s. 141 f.

7. Sammanfattande kommentarer

Följande kommentarer grundas i undersökningen ovan, vilket innebär att stöd för teser som uttrycks nedanför kan ges i de kapitel som ovan behandlas i detta arbete. Hänvisningar till andra rättskällor görs alltså i mindre mån.

Något som har klargjorts av undersökningen ovan är att det inte finns några klara svar vad gäller den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen. Ett tecken om var utvecklingen är på väg kan dock vara underinstansernas introducerande av det EU-autonoma originalitetskravet. Vissa underinstanser har börjat bekräfta den unionsrättsliga originalitetsbedömningen plats i den svenska upphovsrätten genom att i flertalet avgöranden ha redovisat för originalitetskravet sådant det kommit att utvecklas av EUD i framförallt Infopaq- och Painer-avgörandena. Att dessa domstolars utveckling gentemot ett EU-autonomt originalitetskrav skulle vara tillfällig får anses vara osannolikt. Samtidigt har det fortsatt refererats till de enligt verkshöjdsläran standardiserade originalitetskraven självständighet och originalitet, vilket antyder att originalitetsbedömningen enligt denna lära ännu inte har förlorat sin roll i domstolarnas upphovsrättsliga prövningar.

Hur HD kommer att vidta denna bedömning i framtiden är förstås svårt att spekulera i, men det får ändå antas som troligt att domstolen inte kommer att bortse från den utveckling som har skett i EUD och underinstanserna. Att HD till slut kommer sätta en form av likhetstecken mellan dessa begrepp, och med detta börja fasa ut det av Ljungman introducerade verkshöjdsbegreppet, verkar inte vara ett allt för osannolikt scenario. Troligtvis kommer denna utfasning initialt, och i stort, avse verkshöjd som terminologi, mer än den konkreta bedömningen. Originalitetsbedömningen enligt ”verkshöjdsmetoden” är så fast rotad i svensk rätt efter att ha använts från år 1969 ända fram till i dag vilket gör att en utfasning troligen kommer att ske successivt. Att utfasningen blir successiv kan bland annat vara till följd av parternas vana vid språkbruket i avtalssituationer och metoden; en total och direkt utfasning skulle möjligen leda till en oförutsägbarhet för parterna i ett upphovsrättsligt avgörande. Karnell anförde, som ovan nämns, att parternas vana vid språkbruket kunde vara ett argument för domstolen att fortsätta med verkshöjdsbedömningen istället för den EU-autonoma. Dock borde parter som är aktiva inom den upphovsrättsliga sektorn inte ha missat denna utveckling, särskilt till följd av dess inträde i svensk underrättspraxis de senaste åren, varför oförutsägbarhet möjligen är en fråga av sekundär natur. Som framgår ovan är det flera element i dessa bedömningar som överensstämmer; detta har bland annat visats genom att HD och EUD har kommit fram till liknande svar i likartade frågor med flera års mellanrum mellan avgörandena. Oro över en förändring i detta avse-

ende borde alltså inte vara allt för betydande, eftersom den svenska upphovsrättsliga rättstillämpningen inte kommer förändras i något fundamentalt avseende; annat än att ett begrepp ersätts av ett annat.

Att det även finns skillnader mellan begreppen är dock tydligt. Dubbelskapandekriteriet som del av den upphovsrättsliga originalitetsbedömningen skulle till följd av en strikt tillämpning av det EU-autonoma originalitetskravet förlora sin betydelse eftersom det är otillåtet enligt denna bedömning. Nordell menade redan år 1995 att dubbelskapandekriteriet såsom det har tolkats i nordisk rätt och definierats av Ljungman, skulle förlora sin betydelse om originalitetsbedömningen skulle komma att fokusera på upphovsmannens egen intellektuella skapelse som resultat, vilket nu alltså kan vara en näraliggande realitet. Denna upphovsrättsliga hjälpregel har dock tidigare avfärdats av HD, senast i Mini Maglite-avgörandet, vilket kan tolkas som en antydning om att kriteriet har tappat i betydelse, särskilt som HD har bekräftat att dubbelskapandekriteriet primärt ska uppfattas som en hjälpregel för bevisbedömningen.

Vissa av de ovan nämnda skillnaderna mellan bedömningarna kan dock innefatta konsekvenser vilka HD, och övriga svenska domstolar, sannolikt kommer att finna önskvärda. Att mer fokus läggs på originaliteten som ett resultat av att fria och kreativa val har vidtagits i själva skapandeprocessen kommer att leda till en större transparens och förutsägbarhet när domstolarna prövar om alster ska skyddas av upphovsrätten, och därmed större rättssäkerhet, eftersom domstolarna på ett kommunikativt och pedagogiskt sätt skulle kunna redovisa för det i processen som resulterar i originalitet istället för att lägga fokus på det färdiga objektet.¹⁸⁴ Trots att det skulle innebära något av en rättslig förändring för HD att ändra från verkshöjdsbedömningen till den EU-autonoma originalitetsbedömningen, finns det fördelar av detta slag som kan underlätta övergången. Att HD i sina domskäl skulle redovisa för de fria och kreativa val som gjorts vid utformningen av det som senare har blivit föremål för en rättslig bedömning, troligtvis vid en upphovsrättslig intrångstalan enligt traditionen, är tilltalande även till följd av att det leder till grundligare bedömningar eftersom det faktiskt visar vilka ”originella” överväganden upphovsmannen har gjort för att skapa ett verk som uppfyller skyddsförutsättningen.

När Törngren och Nordell sammanfattade det nordiska verksbegreppet kom de fram till att verket fyllde en funktion som ett språkligt abstraherande uttryck vilket fungerar som ett anknytningsfaktum i lagtexten där det givits en funktion samt att verk kan ges olika betydelser beroende på det sammanhang det förekommer i. Att det unionsrättsliga verket kan ges olika betydelser beroende på sammanhanget det figurerar i torde EUD ha bevisat genom sin praxis. Vad

¹⁸⁴ Tøien, a.st.

gäller verksbegreppet i ett modernt upphovsrättsligt sammanhang torde Nordell ha presenterat ett verklighetsanpassat alternativ i sin avhandling när han framförde att den mest adekvata avgränsningen av det skyddsbara området uppnås genom att använda ett funktionellt verksbegrepp. Det funktionella verksbegreppet fokuserar på att se till hur ordet verk uppfattas och hur det används i praktiken i skilda situationer. Vid en introduktion av det processorienterade originalitetskravet tydliggörs faktum att detta verksbegrepp är det mest anpassade för vår EU-influerade upphovsrätt, eftersom detta verksbegrepp utgörs av marknadens de facto-användning och bygger på marknadsaktörernas egna uppfattningar om vad som bör falla inom det skyddade området.¹⁸⁵ Vid en närmare anblick av målsättningen med den EU-baserade upphovsrätten är det tydligt att målet är att få en väl fungerande inre marknad med ett effektivt skydd för både immateriella rättigheter samt investeringar; en inre marknad som är världens största.

Vad kommer då HD säga om förhållandet mellan det traditionella nordiska verkshöjdskravet och det harmoniserade originalitetskravet, och varför? HD kommer nog i linje med de grundläggande målen med EU-rätten, en union med enhetlig rättstillämpning, välja att introducera det EU-harmoniserade originalitetskravet nästa gång domstolen ställs inför en upphovsrättslig prövning. Detta kommer bland annat att göras till följd av att det i praktiken inte är en särskilt stor skillnad begreppen emellan till följd av att det EU-autonoma originalitetskravet är ett så pass generellt begrepp att de kvalitativa krav verkshöjdsmetoden ställer på ett verk ryms inom detta. Justeringar i HD:s originalitetsbedömning kan dock göras i enlighet med hur det EU-autonoma begreppet har utvecklats, och domstolens formuleringar skulle kunna baseras på hur begreppet har kommit att uttryckas i EUD samt på hur originalitetskravet har definierats i direktiven. De möjliga fördelar i rättssäkerhetshänseende som följer av den EU-autonoma originalitetsbedömningen kommer även de sannolikt att fungera som incitament för HD att introducera detta begrepp. Det får antas att Sveriges prejudikatbildande instans på det upphovsrättsliga området kommer att se fördelarna med en bedömning som fokuserar på processen, och därmed en mer transparent och förutsägbar bedömning. Ytterligare en fördel med att HD använder det EU-autonoma originalitetskravet blir att det är ett steg mot en harmonisering av originalitetskravet i EU-rätten.

Att HD kommer att bedöma upphovsrättslig originalitet enligt ett nytt språkbruk, men med i stort samma skyddsinnehåll som tidigare är mot bakgrund av det som behandlats i denna undersökning en sannolik utveckling. Men en full harmonisering av medlemsstaternas originalitetsbedömningar kommer nog dröja, eftersom EUD lägger den slutgiltiga skyddsbedömningen

¹⁸⁵ Nordell, *Rätten till det visuella*, s. 400 f.

på de nationella domstolarna, vilka fortsatt har en något diversifierad syn på upphovsrättens skyddsförutsättning. Den diversifierade synen på upphovsrättslig originalitet gör att, även om det finns element som talar för en viss utveckling, det fortsatt råder en viss osäkerhet över hur domstolen kommer att döma i frågor av dessa slag. Vid en prognos av de olika vägar som HD kan tänkas att gå vid nästa originalitetsbedömning uppstår följaktligen olika alternativ. Det första alternativet är att HD, precis som Høyesterett gjorde i Tripp-Trapp-avgörandet,¹⁸⁶ väljer att ”blunda” för den EU-rättsliga utvecklingen och fortsätter att bedöma originalitet enligt verkshöjdsbegreppet. Det andra alternativet är att HD uppmärksammar det EU-autonoma originalitetskravets existens och vad originalitet enligt detta begrepp innebär, men fortsatt väljer att använda verkshöjdsbegreppet och dess metod. Det tredje och sista alternativet är att domstolen tolkar kravet på verkshöjd och döper om detta till upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Det tredje alternativet får, med stöd av det material som har presenterats i denna undersökning, anses vara det mest troliga.

¹⁸⁶ Høyesterett den 27.6.2012 dom (HR-2012-1325-A).

8. Källor

Litteratur

Bergström, Svante, Uteslutande rätt att förfoga över verket, Uppsala Universitets årsskrift 1954:8.

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 13 u, Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm, 2013. (cit. Bernitz m.fl.).

Eberstein, Gösta, Författarrätten II, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm, 1925.

Karnell, Gunnar, Rätten till programinnehållet i TV, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag AB, Nyköping, 1970.

Knoph, Ragnar, Åndsretten, Nationaltrykkeriet, Oslo, 1936.

Koktvedgaard, Mogens, Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner, Juristförbundets forlag, Köpenhamn, 1965.

Koktvedgaard, Mogens, Lærebog i immaterialret, 5 u, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, Köpenhamn, 1999.

Kur, Annette & Dreier, Thomas, European Intellectual Property Law, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2013.

Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt, 11 u, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015.

Lund, Torben, Billedkunsten i retlig belysning, G.E.C. Gads Forlag, Köpenhamn, 1944.

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

Nordell, Per Jonas, Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten – en kritisk analys, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 1990.

Olsson, Henry, Copyright – svensk och internationell upphovsrätt, 9 u, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015.

Petri, Gunnar, Författarrättens genombrott, Atlantis AB, Stockholm, 2008.

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 3 u, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015.

Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära, 5 u, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1996.

Strömholm, Stig, Upphovsrättens verksbegrepp, Norstedts, Stockholm, 1970.

Artiklar

Axhamn, Johan, EU tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande, NIR 2010 s. 339.

Calissendorff, Kerstin, Verkshöjdsbegreppets tillämpning under senare tid i Sverige och från Gustaf Frödings brev till ”man känner sig som en ödla”, NIR 2001 s. 538.

Danowsky, Peter, Upphovsrättslagen i tillämpning, NIR 2011 s. 130.

Eberstein, Gösta, Om den litterära äganderättens objekt enligt gällande svensk rätt, Tfr 1916 s. 374.

Eklöf, Dan, Upphovsrätt till ritningar, JT nr 1 2004/05 s. 145.

Godenhjelm, Berndt, Verkshöjd såsom allmän förutsättning för upphovsrättsligt skydd, NIR 1981 s. 280.

Karnell, Gunnar, Begreppet verk i upphovsrätten – en bokanmälan och några reflexioner av bitr. professor Gunnar Karnell, NIR 1971 s. 368.

Karnell, Gunnar, Debatt. Igen! Kort kommentar till Högsta domstolens dom den 20 april 1995, Svenska Elgrossisters Förenings Serviceaktiebolag (SEG) /. Direkt-El i Göteborg Aktiebolag (Direkt-El), NIR 1995 s. 242.

Karnell, Gunnar, Debatt. Återigen? En ytterligare kommentar till Högsta domstolens dom den 20 april 1995, NIR 1996 s. 80.

Karnell, Gunnar, Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär, NIR 1998 s. 157.

Karnell, Gunnar, Verksbegrepp och upphovsrätt, Tfr 1968 s. 401.

Levin, Marianne, Skapande som skyddsförutsättning, Ulf 50, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 1986, s. 53 f.

Ljungman, Seve, Något om verkshöjd, Nordisk Gjenklang; Festskrift till Carl Jacob Arnholm, 1969, s. 179 här återgiven i NIR 1970 s. 21.

Lund, Torben, Om ophavsrettens grundbegreber, NIR 1954 s. 131.

Nordell, Per Jonas, Dubbelskapande i teori och praktik, NIR 1995 s. 630.

Nordell, Per Jonas, Intrång i upphovsrätten till byggnadsritningar, JT nr 3 1998/99 s. 656.

Nordell, Per Jonas, The Notion of Originality – Redundant or not?, NIR 2001 s. 73.

Rosén, Jan, EU-domstolen och svensk rättspraxis – upphovsrätt och närstående rättigheter 2003-2012, SvJT 2013 s. 545.

Rosén, Jan, Svensk rättspraxis – upphovsrätt och närstående rättigheter 1977-2002, SvJT 2004 s. 146.

Ross, Alf, Ophavsrettens Grundbegreber, Tfr 1945 s. 321.

Tøien, Irina Eidsvold, Originalitetskriteriet i EU-retten – ny kurs?, NIR 2012 s. 403.

Törngren, Peter, Den nordiska verksdebatten – en sammanfattning och kommentar, Tfr 1986 s. 365.

Zila, Josef, Om rättssäkerhet, SvJT 1990 s. 284.

Online-källor

Adamsson, Peter m.fl., Lagarna inom immaterialrätten – en kommentar (1 jan 2008), Zeteo, kommentaren till 1 kap 4 § 2 st URL.

Bengtsson, Henrik, EU-harmonisering av det upphovsrättsliga originalitetskriteriet, Infotorg Juridik, publicerad 7 maj 2012, URL: <http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/praktikerartiklar/article178575.ece?format=print>. (2015-10-12).

Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §, Lexino 2015-01-01.

Olsson, Henry & Rosén, Jan, Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar (20 jan 2014), Zeteo, kommentaren till 1 kap. 1 § URL.

Offentligt tryck

Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, Avgivna den 28 juli 1914 av därtill inom Kungl. justitiedepartementet förordnande sakkunniga. (cit. 1914 års betänkande).

SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk – lagförslag av Auktorrättskommittén.

Proposition 1960:17, Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

SOU 1985:51, Upphovsrätt och datorteknik.

SOU 2011:32, En ny upphovsrättslag.

EU-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser. (cit. Databasdirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. (cit. Infosoc-direktivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (kodifierad version). (cit. Skyddstidsdirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version). (cit. Datorprogramsdirektivet).

Rättsfall

Europeiska unionens domstol

EUD den 6.2.2003 i mål C-245/00. (cit. Sena).

EUD den 7.12.2006 i mål C-306/05. (cit. SGAE).

EUD den 16.7.2009 i mål C-5/08. (cit. Infopaq).

EUD den 22.12.2010 i mål C-393/09. (cit. BSA).

EUD den 4.10.2011 i de förenade målen C-403/08 & 429/08. (cit. Premier League).

EUD den 1.12.2011 i mål C-145/10. (cit. Painer).

EUD den 16.2.2012 i mål C-604/10. (cit. Football Dataco).

EUD den 2.5.2012 i mål C-406/10. (cit. SAS Institute Inc).

Högsta Domstolen

NJA 1994 s. 74. (cit. Smultron).

NJA 1995 s. 164. (cit. Stickad tunika).

NJA 1996 s. 712.

NJA 1998 s. 563. (cit. Byggnadsritningar).

NJA 1998 s. 838.

NJA 2004 s. 149. (cit. Pergo).

NJA 2009 s. 159. (cit. Mini Maglite).

Hovrätterna

Svea hovrätt den 2006.12.21 i mål T 8982-05.

Svea hovrätt den 2012.01.27 i mål nr T-3464-11.

Svea hovrätt den 2014.05.19 i mål nr T-2028-08.

Svea hovrätt den 2015.03.17 i mål nr FT 6377-14.

Tingsrätterna

Stockholms tingsrätt den 1999.01.21 i mål nr T 7-451-96.

Stockholms tingsrätt den 2013.10.18 i mål nr T 692-11.

Kalmar tingsrätt den 2014.07.07 i mål nr FT 806-14.

Stockholms tingsrätt den 2015.03.18 i mål nr T 3244-14.

Høyesterett

Høyesterett den 27.6.2012 dom (HR-2012-1325-A).

Övrigt

Levin, Marianne, Utlåtande i fråga om upphovsrättsligt skydd till smultronmönstrat tyg, ritat av textilkonstnärinnan Lena Boije, till vilket Borås Wäfveri AB, Borås (nedan ”Borås Wäfveri”) har alla rättigheter och huruvida ett annat företag, A.G Pehrson Modegrossisten AB, Mölndal (nedan ”Modegrossisten”) genom marknadsföring av ett jordgubbsmönstrat tyg skall anses göra upphovsrättsintrång (NJA 1994 s. 174).