

Immateriellrätten i omvandling — uppgift, anseende och investering som underlag för rättsskydd

AV PROFESSOR JAN ROSÉN

I nära anslutning till Stig Strömholms 70-årsdag och för att celebrera hans mångåriga verksamhet i redaktionen för Svensk Juristtidning har bl.a. detta föredrag hållits vid ett symposium i Svea Hovrätt den 9 april 2002. Texten betonar den moderna immateriellrättens förmåga att lösgöra sig från traditionellt uppställda normer och att ständigt omfatta nya fenomen. Särskilt observeras varumärkesrättens alltmer klart uttalade skydd för goodwillvärdet, patenträttens omfattning av software- och digitalteknik och upphovsrättens dynamiska inbegripande av informationssamhällets nya yttringar.

Några av de olika immateriellrättigheternas mest dominerande pjäser, patenträtten, varumärkesrätten och upphovsrätten, uppfattas nog alltså som ganska nya rättsliga fenomen. Den relativt stora uppmärksamhet som dessa rättighetstyper numera får, deras genomslag på marknaden och värdemässiga dynamiska accent speglar förstås industrisamhällets stegväxling till informationssamhälle och ett mer generellt och kraftfullt framhävande av nya tekniker och, framförallt, medieinnehåll — *information* med en slarvig term — som ett bärande kommersiellt koncept. Rättsfigurerna patent, varumärke och upphovsrätt kan dock inte alls kallas nya. Uppbyggnaden av kärnområdet för de rättsskyddade objekten återgår alltså på legala konstruktioner som strängt taget utmejslats för hundra år sedan eller ännu längre tillbaka. Patent har sålunda avseende på *tekniska innovationer*, en teknisk lösning på ett angivet tekniskt problem. Varumärken åtnjuter rättsskydd såvida de förmår särskilja varor efter deras *kommersiella ursprung*, inte deras faktiska, och detta för varor av samma eller liknande slag; således ett rättsskydd som vill eliminera *förväxlingsrisk* av visst slag. Upphovsrätten skyddar litterär eller konstnärlig *form* som uppvisar originalitet. Detta är alltså i huvudsak giltiga formuler för vad lagstiftaren anser skyddsvärt inom ramen för laggivna ensamrättigheter.

Immateriellrättigheternas moderna expansion återgår dock inte bara på en allmän samhälls- eller marknadsförändring. De nyss antydda skyddsobjekten, om än valida som grundpelare, har vidgats, omtolkats och i vissa hänseenden fått syskon inom sin familj, såsom upphovsrättens många s.k. närstående rättigheter, eller i viss mening fått support av nya självständiga rättsfigurer, såsom mönsterrätten, eller genom utvecklingen inom marknadsrätten. Svårigheter att över-

blicka fältet föreligger onekligen och också att värdera vad som är rätt och rimligt. Tal om "overprotection" tycks ibland få gehör på den internationella arenan. Några av de tydligaste exemplen på immaterialrättslig expansion inom kärnområdena får ge underlag för denna översikt.

Känneteckensrätt

Lagstiftaren har länge haft som utgångspunkt att *allt* som fungerar som ett kännetecken också skall kunna skyddas, dvs. att alla fenomen som kan sägas ha särskiljningsförmåga beträffande ett kommersiellt ursprung bör skyddas mot förväxling. Detta ger i.o.f. sig en generös ram för rättsskyddet, under senare år expanderad genom den registreringspraxis för EG-varumärken som utövas av OHIM i Alicante — numera kan alldeles klart t.ex. ljud, ljus, doft och enstaka färgnyanser vara omfattade av potentiellt rättsskydd.¹ Likväl sprängs denna bild av det skyddade varumärket genom flera nya fenomen i tiden.

Tendensen går mot att alltmer värdera kännetecknet som sådant, som ett värdeobjekt i sig, således lösgjort från dess traditionella utpekande funktion avseende kommersiellt ursprung. *Investeringar* i kännetecknet skall belönas, dess upparbetade *goodwillvärde* skall premieras, fenomen som traditionellt inte kan sägas ha legat till grund för ett känneteckensskydd och som låter kännetecknet framträda som rättsskyddad figur frikopplad från den vara och dess kommersiella ursprung som det ursprungligen förknippats med. Det är ett tecken i tiden att Nationalmuseum i Stockholm just nu uppmärksammar varumärket som ett konstnärligt objekt, som symbol i ett socialt sammanhang, där semiotiken, konsten och juridiken möts.²

Att börja med har säkert själva begreppet särskiljningsförmåga expanderats, något som EG-domstolen befordrat genom att denna förmåga skall värderas på grundval av en helhetsbedömning som inbegriper hur stora *investeringar* som gjorts för att saluföra den vara som varumärket anknyter till.³ Men än tydligare framträder den antydda förändringen i det att *goodwill*, ett fenomen som knappast ansetts omfattat av traditionell varumärkesrätt, ryckt fram som något klart relevant inom detta rättsskydd. Som en klar vägvisare framstår det utvid-

¹ Beträffande den praxis som utövas av varumärkesbyrån i Alicante, Office for Harmonization of the Internal Market (Trade Marks and Designs), OHIM, kan noteras registreringen exempelvis av en *doft*, OHIM Appl. No 000428870, 11.12.1996 (The smell of fresh cut green grass), och av en *kulör*, OHIM Second Board of Appeal, 19.4.2000 i sak R 282/1999-2 (Orange).

² Se den utmärkta publikation som dokumenterar Nationalmuseums utställning; Identitet — om varumärken, tecken och symboler, red. Lena Holger & Ingall Holmberg, Nationalmuseum, Stockholm 2002.

³ Jfr EG-domstolens avgöranden 1998.09.29, mål C-39/97, Canon, och 1998.06.22, mål C-342/97, Lloyd. Kravet på helhetsbedömning framträder också direkt i VmL, såsom framgår bl.a. av 13 §. Se även *Wessman*, EG-domstolens gradering av varumärkesrättens omfattning, NIR 4/2000 s. 639 ff., och dens., Det varumärkesrättsliga kravet på särskiljningsförmåga i EU, NIR 1/2002 s. 16 ff. särskilt i anslutning till Baby-Dry-målet, (mål C-383/99 P) och Chiemsee-målet (mål C-108/97).

gade skyddet år 1993 för väl ansedda märken, 6 § 2 st. VmL, vilket kopplar loss från förväxlingsläran genom att låta väl ansedda märken skyddas mot annans användning som riskerar att i en vidare mening skada märkeshavaren genom förringande eller försvagning av det ansedda märkets goodwill eller eljest genom att dra otillbörlig fördel av varumärket.⁴ Rättsinnehavaren anses således böra skyddas mot att ett ansett varumärkes goodwill *urvattnas*. Här är det framförallt EG-rätten som påtagligt förflyttat äldre positioner genom 1989 års harmoniseringsdirektiv, supplerat av det s.k. TRIPs-avtalet.⁵

Visserligen fanns redan tidigare den gamla s.k. Kodakregeln, men den var en strängt avgränsad undantagsregel till förmån för starkt inarbetade kännetecken, kända inom vida kretsar av allmänheten, vilken säkerligen motiverade den återhållsamhet som domstolarna onekligen uppvisade vid tillämpningen.⁶ Motsvarande gällde i minst lika hög grad även den gamla s.k. Rättgiftsregeln som ville ge skydd mot användning av kännetecken som kunde anses förringande för annans kännetecken för särskilt ömtåliga varor.⁷ Numera bjuds sålunda ett anseendeskydd strängt taget för alla märken som anses väl inarbetade, men utan särskilt högt ställda krav på faktisk marknadspenetration, än mindre på notoritet. Ett rättsskydd oberoende av varuslagslikhet erbjuds därför en mycket stor kader av märken som följaktligen inte bara kan hänföras till kategorin världsmärken eller notoriskt kända märken.⁸

Också i administrativ praxis har bekräftats att det utökade skyddet för väl ansedda varukännetecken får anses innefatta ett skydd mot att ett yngre märke drar otillbörlig fördel av det väl ansedda kännetecknets goodwill och därmed erbjuder ett skydd bl.a. mot *urvattning*, således utan krav på förväxling i gängse mening. Patentbesvärsträtten har i en dom 1999 funnit att det förelegat hinder mot registrering av ett varumärke för alkoholhaltiga drycker, nämligen TULOSBA AKDOV, dvs. ABSOLUT VODKA skrivet baklänges. Domstolen konstaterade att kännetecknet ABSOLUT var synnerligen väl känt såväl inom som utom den egna omsättningskretsen, men fann också att kännetecknen inte var förväxlingsbara i den meningen att konsumenterna skulle tro att de varor som tillhandahölls under dessa kännetecken

⁴ Se prop. 1992/93:48 s. 80 ff.

⁵ Se Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagar (harmoniseringsdirektivet), särskilt artikel 4:4 a) och artikel 5:2, förverkligat genom lagändringar. Jfr Avtalet om Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods från december 1993, i kraft den 1 januari 1996.

⁶ Se *Pehrson* i NIR 1989 s. 522 ff. om den snäva spelplan som tidigare erbjöds välkända märken.

⁷ Kodak- respektive rättgiftsregeln fanns införda i 6 § 2 st. a) och b) i varumärkeslagen före ändringarna per den 1 januari 1993.

⁸ Jfr det sedan gammalt erkända rättsskyddet för well known marks/marques notoriques i artikel 6 bis Pariskonventionen, vilka skall erbjudas skydd över nationsgränserna, något som i realiteten ansetts kräva just att märket var notoriskt känt i en internationell kontext.

hade ett gemensamt kommersiellt ursprung eller att det fanns något samband mellan innehavarna av dem. Domstolen fann likväl att användningen av TULOSBA AKDOV skulle leda till en urvattning av ABSOLUT och därmed vara till förfång för kännetecknets särskiljningsförmåga och anseende.⁹ Det bör åter understrykas att något egentligt krav på förväxling inte uppställdes.¹⁰

Varumärkesrättens expansion kan knappast beskrivas utan att marknadsföringslagstiftningens numera effektiva komplement till densamma observeras. Immaterialrätten känner givetvis av en skarp gräns mot marknadsföringsrätten — lagstridighetsprincipen vid tillämpningen av MFL skall ju trots allt inte uppfattas så att MD skall kunna ta ställning till varumärkesintrång i marknadsföringsåtgärder; något *objektsskydd* erbjuds inte av marknadsföringslagen, men väl kan ingripanden ske mot *utnyttjanden i marknadsföring*.¹¹ Otillbörliga marknadsföringsåtgärder innefattar ofta varumärkesintrång, varvid talan kan komma att föras parallellt i såväl allmän domstol som i MD. Marknadsförings- och varumärkesrätten möts främst i frågor om otillbörliga produkt- och förpackningsefterbildningar, eftersom sådana kan skyddas som varumärken.¹² *Vilseledande* framställningar som avser egna eller andra näringsidkares kännetecken omfattas av det uttryckliga förbudet i 6 § MFL, men även av generalklausulen i 4 § MFL och bestämmelserna mot produkt efterbildning i 8 § MFL. Vilseledanden medelst kännetecken har nästan enbart kommit att prövas enligt MFL under senare år.¹³ MFL har alltså de facto brutit med principen om varumärkeslagstiftningens exklusivitet som onekligen lagts till grund för VmL.

Kanske allra viktigast att understryka är att känneteckensrättens strävan mot förstärkt goodwillskydd numera suppleras genom MD:s benägenhet att erbjuda skydd mot renommésnyltning, dvs. att förbud enligt MFL kan utverkas mot den som utan samtycke på ett otillbörligt sätt anknyter till en annan näringsidkares mer eller mindre välkända verksamhet, varumärke eller andra symboler. I fokus står här ett egentligen nytt begrepp — *uppmärksamhetsvärde* — som således kan ha upparbetats av ett företag. Aktuella och välkända exempel är MD:s förbud riktat mot marknadsföring av potatischips under namnet Robinsonchips; SVT:s TV-program Expedition Robinson besatt det skyddade uppmärksamhetsvärdet, liksom AB Hästens blåvita ruta, registrerat som varumärke men också renomméskyddat enligt MFL.¹⁴ Redan i de något tidigare avgjorda s.k. Galliano-fallen, där marknads-

⁹ Patentbesvärsträtten 1999.04.23, mål 97-065 och 97-641.

¹⁰ Jfr GRUR Int 2000 s. 1023.

¹¹ I förarbetena till 1970 års MFL underströks att MD:s uppgift inte var att uttala sig om intrång i immaterialrättigheter, prop. 1970:57 s. 74 ff., särsk. s. 89 f. Jfr *Berwitz*, Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, 1993 s. 132.

¹² Som det ”klassiska” exemplet framstår alltså MD 1974:5, Blomin.

¹³ Se Varumärkeskommitténs slutbetänkande, Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen, SOU 2001:28 s. 355 f. Jfr MD 2001:22, Red Bull.

¹⁴ Se MD 1999:21, Robinson, och MD 2000:25, Hästens Sängar.

föraren av liköressensen Liquore Galanto nära associerat till Galliano och därmed otillbörligt utnyttjat den sistnämndas goda renommé, var det tydligt att MFL gav ett vidare skydd än varumärkeslagen.¹⁵

Patentträtt

Patenteringen i Europa har aldrig varit så intensiv som under de senaste åren. Det sammanhänger med flera faktorer, såsom den internationalisering som matchas t.ex. av möjligheten att söka europeiska patent vid EPO i München; sedan starten 1977 har EPO fått ständigt ökande volymer av ansökningsärenden, under senare tid klart över 100 000 per år, något som också markerar överströmningen av patentansökningar från de nationella patentverken till EPO. Men det är också möjligt att det har blivit lättare att få patent, i vart fall för vissa typer av prestationer, att själva begreppet *patenterbarhet* expanderats.

Den stora volymen av nya patent avser inte oväntat innovationer inom telekommunikation, elektronik och elektroniska komponenter. Biotekniska uppfinningar och genrelaterade patent kommer däremot långt ner på listan, mindre än fyra procent av helheten, om än starkt uppmärksammade i media. Det är inom den förra gruppen som förutsättningarna för patenterbarhet har torde ha vidgats. Programvaruföretagen är också alltmer benägna att använda patent i samband med finansiering eller licensiering, detta trots att den viktigaste skyddstypen för mjukvaruföretagens tillväxt alljämt är upphovsrätten.¹⁶

Rättsläget när det gäller datorrelaterade uppfinningar är dock något tvetydigt. Datorprogram är enligt svenskt och europeiskt synsätt inte i sig patenterbara, något som direkt framgår av patentlagarna i EU:s medlemsstater och europeiska patentkonventionen, EPC.¹⁷ Likväl har tusentals patent på datorrelaterade uppfinningar utfärdats av europeiska patentverket, EPO, och av nationella patentverk. Det rör sig om patent inom informationsteknikens kärnområden, dvs. digital bearbetning av data eller identifiering, visning och lagring av data, men också om programstyrda processer inom fordonsteknik och annan mekanik. Även om de nationella regelverk som lägger fast villkoren för att utfärda sådana patent sakligt sett är identiska så skiljer sig praxis i domstolarna och i förvaltningen. Den främsta trendsättaren på området, nämligen EPO:s besvärinstans, uppvisar dock en ganska entydig bild, nämligen genom att förhållandevis generöst erbjuda patentskydd för programvaror som är teknikorienterade. En datorrela-

¹⁵ Se NJA 1995 s. 635, Galliano I, och MD 1996:3, Galliano II.

¹⁶ Se The Economic Impact of Patentability of Computer Programs, Intellectual Property Institute, London, March 2000; undersökning utförd på uppdrag av kommissionen; http://europa.eu.int/comm/international_market/en/indrop/study-intro.htm.

¹⁷ Den s.k. Münchenkonventionen, i kraft sedan 1977.10.07. Alla 15 EU-länderna samt Cypern, Liechtenstein, Monaco, Schweiz och Turkiet är anslutna.

terad uppfinning kan alltså nekas skydd i en medlemsstat, men erbjudas sådant i en annan, och särskilt om ansökan går till EPO.

Att datorprogram skall erbjudas ett vidgat utrymme för patentering, och detta av klara ekonomiska skäl, stod klart i och med EG:s grönbok om patentsystemet i Europa och parlamentets därpå följande propåer om alternativa lösningar på undantaget för datorprogram som sådana i EPC.¹⁸ Likväl har kommissionen i syfte att harmonisera patenterbarheten i en våldsamt mjukvaruutveckling helt nyligen framlagt ett förslag till direktiv om patenterbarhet för datorrelaterade uppfinningar som vid första anblicken tycks vilja införa mer strikta förutsättningar för patentering av programvara.¹⁹ Men det är knappast fråga om att stoppa patent på datorprogram, även om röster hörts som förordar en sådan strikt tillämpning av formuleringarna i EPC och nationell lag.²⁰ Extremerna utgörs av den öppna Linux-modellen, ingen patentering av programvara, och den i USA praktiserade modellen med mycket brett patentskydd.

Det man i kommissionens förslag tycks vilja ha är ett mer uttalat krav på att en uppfinning för att vara patenterbar måste utgöra ett *tekniskt bidrag* till teknikens ståndpunkt, förutom att som sedvanligt uppfylla ett nyhetskrav och att besitta uppfinningshöjd. EPO:s besvärskamrar torde ha bortsett från det specifika kravet på tekniskt bidrag genom att bara kräva att den datorrelaterade uppfinningen har teknisk karaktär och förmåga att åstadkomma teknisk effekt, egenskaper som strängt taget varje program kan sägas ha när det laddas och körs på en dator. Förslaget kan kanske harmonisera extremerna inom Europa, men innebörden i praktiken ter sig dock ganska oklar. Möjligen konfirmerar det endast EPO:s synsätt och överensstämmer i så fall med nyare praxis avseende software från EPO:s besvärskamrar, dvs. att man bara skall ta hänsyn till lösningar på sådana problem som en software engineer ställs inför.

Under alla omständigheter torde begreppet *tekniskt bidrag* i sammanhanget ha avsevärd betydelse för rättsutvecklingen. Kommissionens avsikt synes vara att man inom gemenskapen bör avstå från att ytterligare bredda möjligheterna att patentskydda datorrelaterade uppfinningar genom att t.ex. bortse från nyss angivna krav. Eljest skulle man nämligen öppna för patenterbarhet för datorrelaterade *affärsmetoder* — onekligen en remarkabel kursändring ur ett traditionellt europeiskt patenträttsligt perspektiv.

Redan år 1994 hade EPO i ett avgörande positivt behandlat en ansökan om patentskydd för "ekonomisk och administrativ hantering".²¹

¹⁸ Se KOM (97) 314 slutlig och <http://europa.eu.int/comm/international.htm>.

¹⁹ Se Europeiska gemenskapernas kommission, Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om patenterbarhet för datorrelaterade uppfinningar, 2002/0047 (COD), Bryssel 2002.02.20 KOM(2002) 92 slutlig.

²⁰ En svart rubrik "EU stoppar programpatent" i Dagens Industri 2002.02.21 ter sig inte adekvat.

²¹ EPO 1994.05.31, T 796/92.

EPO har sålunda funnit skäl att medge patent även för andra företeelser som, liksom datorprogram, ”i sig” är uttryckligen undantagna i artikel 52.2 EPC, såsom ”metoder för affärsverksamhet”, ”framläggande av information” eller ”konstnärliga skapelser”. Uppfinningar med koppling till något av dylika fenomen har alltså bedömts vara patentbara om de har teknisk karaktär.²² EPO:s praxis vill i nyss angivna hänseenden närmast överbrygga det gap som förekommer mellan amerikanska normer och spelreglerna i Europa.

I USA skall uppfinningar helt enkelt höra till teknikens område för att vara patentbara, men det krävs inget tekniskt bidrag. Omständigheten att uppfinningen använder en dator eller en programvara gör att den hör till teknikens område och det räcker att den därutöver åstadkommer ett ”nyttigt, konkret och påtagligt resultat”. Att det i USA inte krävs något tekniskt bidrag betyder att inskränkningarna när det gäller patentering av affärsmetoder, bortsett från kraven på nyhet och uppfinningshöjd, är försumbara. Det internationellt uppmärksammade godkännandet i U.S. Court of Appeals år 1998 av ett patent för ekonomisk och administrativ hantering för State Street Bank har lett till att patentansökningar i U.S.A för affärsmetoder rakat i höjden.²³ Frågan är om detta även globalt anger färdriktningen för patentsystemets utveckling.

Upphovsrätt

Upphovsrätten med sina styvbarn de närstående rättigheterna, är säkerligen den rättighetstyp som allra mest gripit omkring sig i det expanderande informationssamhället. Men inte alltid genom att själva skyddsobjekten eller förutsättningarna för rättsskydd ändrat karaktär. Upphovsrättens krav på verkshöjd, originalitet med modern terminologi, har knappast smält bort genom den tillämpning i domstolarna åt vilken lagstiftaren onekligen överlämnat den närmare bestämning. Påståendet att tröskeln in till upphovsrättens domäner skulle ha hyvlats bort i praxis stämmer inte; onekligen ställs det alltjämt krav på ett personligt skapande moment, en individuell särprägel, som i vart fall är så påtagligt att det inte alls kan omtalas som försumbart. Sen må tröskeln ha sänkts under 1900-talet, såsom framgår av ett intervall mellan Högsta domstolens ganska snåla prövning av Frödings brev år 1921 och det medgivna skyddet för några fraser citerade ur en dagstidning efter JAS-kraschen 1996 liksom för beskrivande framställningar i ritningar av byggelement år 1998.²⁴ Men det är också möjligt och mer sannolikt att det snarare är fråga om att ett differentierat verk-

²² Se t.ex. EPO 1998.07.07, T 1173/97, och EPO 1999.02.04, T 935/97.

²³ U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, 1998.07.23, State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc., 149 F3d 1368.

²⁴ Se NJA 1921 s. 579, Frödings brev; NJA 1996 s. 712, Aftonbladets citat; NJA 1998 s. 563, Tomokuhus.

shöjdsbegrepp utvecklats för olika verkstyper.²⁵ Högsta domstolen, generös med prövningstillstånd på detta område, har trots allt inte prövat mer än några få verkstyper. Exempelvis har datorprogram aldrig prövats och inte förrän just denna dag har Högsta domstolen meddelat sin första dom avseende skyddsförutsättningar för ett musikaliskt verk.²⁶ Något harmoniserat och generaliserat originalitesbegrepp har inte heller utvecklats inom EU, trots att åtminstone tre direktiv håller sig till en terminologi som tycks vilja ange en standard.²⁷

Förfoganderätten har däremot visat sig påtagligt expansiv, låt vara hållen inom sina på 1950-talet givna språkliga ramar. Det mest brännande ämnet för dagen torde röra gränsdragningen mellan det offentliga och det privata rummet. Upphovsrättslig ensamrätt har typiskt sett rört sig i det offentliga rummet. Skall inte upphovsrätten vara verksam där marknaden faktiskt finns? När nyttjandet privatiseras genom ny för envar lättillgänglig teknik uppkommer kravet på att ensamrätten skall omfatta även den privata sfären. Så har redan skett såvitt avser datorprogrammen och databaserna. Implementeringen av det senast antagna EG-direktivet, det s.k. Infosoc-direktivet, kan ta ytterligare steg i den riktningen.²⁸

Infosoc-direktivet tar även ett annat betydelsefullt steg, vilket dock inte har avseende på den civilrättsliga ensamrätten som sådan, nämligen genom ett krav på kriminalisering av kringgående av tekniska skyddsåtgärder och av tillverkning, innehav, försäljning och annan marknadsföring av anordningar som syftar till sådant kringgående av t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verk till skydd mot otillåten användning. Denna innovation, vilken har sitt ursprung i 1996 års WIPO-fördrag om upphovsrätt och om närstående rättigheter,²⁹ låter också förstå att upphovsrättslig ensamrätt knappast kan expanderas mer, men att rättsinnehavarna det oaktat har behov

²⁵ Vad gäller i teckning eller grafik utförda beskrivande framställningar, sådana som omtalas i 1 § 2 st. URL, är det nog klart att mindre krävs för rättsskydd än för andra verkstyper, något som får visst stöd i motiven till URL, se SOU 1956:25 s. 82. Något motsvarande görs ibland gällande för brukskonstens alster, men rättsläget ter sig här mer oklart; se *Bernitz m.fl.*, Immaterialrätt, 7:e uppl 2002, s. 43 f. Svensk Forms Opinionsnämnds praxis under senare år på brukskonstområdet visar dock en klar tendens till mildare bedömning av förutsättningarna för att konstatera verkshöjd; se t.ex. nämndens yttrande nr 133 (NIR 1986 s. 360), Kålungedockor.

²⁶ Se Högsta domstolens dom 2002.04.11, Mål nr T 828-01, EMI vs. Regatta.

²⁷ Se artikel 1(3) i direktivet 91/250/EEC om skydd för datorprogram, artikel 6 i direktivet 93/98/EEC om harmonisering av skyddstider och artikel 3 i direktivet 96/9/EG om skydd för databaser. Den härvid använda frasen är centrerad till att ett skyddat verk skall vara "the author's own intellectual creation" och en negativ bestämning, nämligen att "no other criteria shall be applied". Se närmare *Karnell*, European originality: A Copyright Chimera, Scandinavian Studies in Law, Volume 42, 2002, s. 73 ff.

²⁸ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

²⁹ Se särskilt artikel 6 Infosoc-direktivet, jämförd med artikel 10 i WIPO-fördraget om upphovsrätt, WCT, och artikel 18 i WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, WPPT.

av ett mer långtgående rättsskydd, således av rent straffrättsligt slag, i den digitalt och elektroniskt tillgängliga världen.

Domspraxis på upphovsrättens område, också vad gäller den högsta dömande instansen, är f.ö. inte obetydlig. Ur ett internationellt perspektiv är det särskilt remarkabelt att inte mindre än ett tiotal HD-avgöranden efter år 1970 fokuserar på ideell rätt. Knappast något annat jämförbart land kan uppvisa sådan omfattande prejudikatbildning. Det är sannolikt att den av Stig Strömholm år 1966 framlagda akademiska avhandlingen i ämnet, den dittills mest omfattande juridiska avhandling som framlagts i Sverige, befordrat en särskild medvetenhet om *droit moral* och därmed bl.a. banat väg för prövning i svenska domstolar.³⁰

De närstående rättigheternas alltmer framskjutna positioner får däremot delvis tillskrivas en alltmer generös bestämning av det rättsskyddade objektet, vilket inkorporerar mängder av triviala "prestationer" utan skymten av kreativ insats — vid sidan av de utövande konstnärernas prestationer är det onekligen *investeringar* i form av viktiga tekniska mått och steg som får motivera rättsskyddet, alltså för potentiella ekonomiska värden; de stora rättspretendenterna här är skiv- och filmindustrin, radioföretagen, fotograferna och databasägarna. Belysande exempel är att varje upptagning av film eller rörliga bilder numera får skydd, t.ex. en sådan som sker genom övervakningskameran på fängelset eller en åtta sekunders videoupptagning från kölen av det kantrade men ännu flytande Estonia.³¹ Längs samma linje får alla ljudupptagningar rättsskydd, t.ex. ett trivalt meddelande inspelat på en telefonsvarare.

För den dramatiska kursändringen, med viss betydelse också för det rent upphovsrättsliga området, står dock det efter EG:s databasdirektiv införda nya *sui generis*skyddet för uppgiftssamlingar, databasen, nämligen ett rättsskydd som omfattar långt mer än det som tidigare kallades katalogskydd i Sverige.³²

Upphovsrätten har alltid förmått hålla en klar rågång mellan det skyddsbara området, nämligen för originell form, och idén, sakförhållandet, upplysningen eller informationen som sådan — det är alltså uttrycket, den originella litterära eller konstnärliga formen, som motiverar rättsskydd. Detta har hållit sträck, också om skyddet kan

³⁰ *Strömholm*, *Le droit moral d'auteur* I, II:1 och II:2. I, Première Partie — L'Évolution historique et le mouvement international, 1966; II:1, Deuxième Partie — Le droit moderne, Tome Première: Introduction — Le régime de la création intellectuelle en droit privé, 1967; II:2, Deuxième partie, Le droit moderne, Tome Deuxième, Le droit de divulgation: Introduction — questions générales — les "aspects positifs" du droit de divulgation, 1973.

³¹ Genom lagändring (1995:1273) undanröjdes det tidigare gällande kravet på att filmupptagningen skulle avse ett "filmverk", dvs. något upphovsrättsligt skyddsbart, för att åtnjuta skydd; det är numera framställandet av ljud- eller bildupptagningen som motiverar rättsskyddet enligt 46 § URL.

³² Se Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser, implementerat genom de lagändringar som följde på prop. 1996/97:111.

avse svårbestämbara fenomen såsom resultaten av strukturerande, sovrande och ordnande åtgärder med ett informativt material. De senaste årens krav på rättsskydd för ”koncept”, t.ex. för s.k. TV-format, kan inte sägas ha tillmötesgått av rättstillämpningen.³³ Det nya databasskyddet av eget slag inom gemenskapen lämnar visserligen upphovsrättsliga skyddskriterier tämligen oberörda. Men genom sin konstruktion, eller snarare sin diffusa utformning i EG-direktivet, griper det omkring sig på ett sätt som kanske ingen förutsett och som ligger nära ett rättsskydd för informationen som sådan.

EG-direktivet uppställer i och för sig två avgränsningar mot ett excessivt skydd. För det första begränsas databasens koncept i artikel 1 bl.a. till ”... en samling av ... självständiga element som sammanställs på ett systematiskt eller metodiskt sätt och som var för sig är tillgängliga...” Aktuell europeisk domspraxis visar att denna definition nästan blivit helt irrelevant. Nära nog vilken samling av uppgifter som helst, såsom sidorna hos en website eller rubrikannonser i en dagstidning har ansetts i tillräcklig mån utgöra databaser.³⁴ För det andra begränsar direktivet sui generis-skyddet till databasproducenter som gjort en ”kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering” vid anskaffning, granskning eller presentation av en databas innehåll. Men även detta krav på *väsentlig investering* har accepterats på mycket låga nivåer i hittillsvarande europeisk praxis. Också triviala databaser, såsom sammanställning av 251 hypertextlänkar,³⁵ har erbjudits rättsskydd. Databasägare kan därför med framgång förbjuda ett samlande grepp hos en websida, t.ex. via en sammanhållen uppsättning av länkar som förmår kanalisera besökare till reklamplatser eller till olika intresseområden. För åtskilliga informationssökande branscher kan sådan generositet med rättsskyddet te sig utmanande. Inte minst inom biotekniken kan man vara starkt skeptisk till att investera i dyrbara projekt om underliggande data som insamlats kan återgå på annans databasskydd.³⁶

Majoriteten av dem som fört fall till domstolarna utgörs av sådana som vill ha rättsskydd för telefonkataloger, listor över sporthändelser, konsertevenemang och TV-bolags programtablåer. Få av dessa kan sägas anskaffa eller insamla uppgifterna — de uppfinner dem.³⁷ Sådana ”syntetiska data” kan typiskt sett inte insamlas av andra genom egna

³³ Se UfR 1999 s. 1762 Ø.

³⁴ Se *Hugenholtz*, *The New Database Right: Early Case Law from Europe* (2001); www.ivir.nl/publications/hugenholtz/fordham2001.html.

³⁵ Landgericht Köln, 1999.08.22, *Kidnet/Babynet*, [2000] *Computer und Recht* s. 400; jfr *Hugenholtz* a.a. i not 34.

³⁶ Jfr *Maurer, Onsrud, Hugenholtz*, *Europe's Database Experiment*, *Science Magazine*, Vol. 294, 26 October 2001, s. 789 ff.

³⁷ Jfr t.ex. det brittiska fotbollsförbundets uppställande av spelordningar för den engelska elitfotbollens ligaspel, s.k. pairings, vilka av bl.a. Gotlands tingsrätt ansetts åtnjuta skydd enligt databasregeln; Gotlands tingsrätts dom 2000-04-11, Mål nr T 99-99, överprövad i Svea hovrätt, dom 2001-05-03, DT 29, Mål nr T 3504-00, och som nu avvaktar provningstillstånd eller eventuellt hänskjutande till EG-domstolen.

forskningsinsatser, såsom trots allt gäller för uppgifter inom medicinsk forskning — uppgifterna kan bara åtkommas genom kopiering av den sammanställning som databasens upphovsman åstadkommit. Holländska domstolar tycks visserligen ha velat anlägga moteld genom att väsentlig investering inte skall anses omfatta vad som oundvikligen emanerar från en annan, icke databasorienterad, verksamhet, dvs. att rättsskydd skall inte erbjudas för spin-off effekter. Men domstolarna på andra håll i Europa torde överlag avvisa denna tanke. Databasdirektivet ger inte heller härvidlag något entydigt besked.

I Sverige har man levt ett ganska friktionsfritt liv med den gamla och relativt försiktigt tillämpade katalogregeln. Den nya databasrätten måste inte uppfattas som problematisk, men helt klart erbjuder den en helt ny spelplan för framförallt syntetiska data. Sverige, liksom de flesta andra länder inom gemenskapen, har inte utnyttjat möjligheten att införa särskilt betydande undantag från denna ensamrätt, exempelvis för vetenskaplig forskning, såsom direktivet i.o.f. sig möjliggör.³⁸ Eftersom förverkligandet av direktivet i svensk och annan nationell rätt lämnat åtskilligt att önska återstår nu för domstolarna att fylla ut vad lagstiftaren må ha missat. Det är sannolikt att EG-domstolen inom en snar framtid lämnar vissa besked om databasdirektivets tillämpning.³⁹

Slutord

Möjligheterna att ge en samlad bild av de olika immaterialrätternas utvecklingslinjer är begränsade. Parametrarna är många. Ovan lämnade skisser till senare års immaterialrättsliga expansion visar i vart fall att den dynamiska kraften främst utgått från gemenskapens rättsbildning, vilken får sägas vara karakteriserad av en tämligen oortodox syn på immaterialrättigheterna, rotlös skulle somliga kalla den. Inte så att immaterialrättsliga grundvärden pulvriserats, men vad som framträder är benägenheten att mindre utgå från kreativitet och skapande på specifika områden för att mer tillmötesgå näringslivets krav på skydd för investeringar, nedlagd möda och upparbetad goodwill. Detta ger intryck av att det främst är de mest kraftfullt framförda lobbyintressena i Bryssel som företrädesvis blivit tillgodosedda.

³⁸ Se artikel 6:2 (b) och artikel 9 (b) databasdirektivet. För svenskt vidkommande är ett ganska stort antal av de sedan tidigare gällande inskränkande reglerna också tillämpliga på databaser, såsom citatregeln i 22 § URL. Men forskarsamhället kan knappast med rätta åberopa sig på citaträtten vid uppbyggande av faktasammanställningar som i vissa hänseenden återgår på vad andra anskaffat.

³⁹ Se ovan not 37.