

Immaterialrätten då, nu och i framtiden

Av docent SANNA WOLK

Immaterialrätten har utvecklats till ett starkt och viktigt rättsområde som representerar stora värden för både företagen och samhället i stort. Såväl företagens som statens uppmärksamhet på de värden som immaterialrätter står för har ökat kraftigt under senare år. Dagens immaterialrätt är starkt konventionsbunden samtidigt som den nationella rätten under de senaste tjugo åren i hög grad har påverkats av EU-rätten. Svensk immaterialrätt har genomgått stora förändringar under slutet av 1990-talet och 2000-talet.

Inledning

Immaterialrätten har tilldragit sig allt mer politiskt, ekonomiskt och akademiskt intresse. Det gäller såväl nationellt som internationellt. Under de senaste tjugo åren har det immaterialrättsliga regelverket också genomgått stora förändringar, inte minst p.g.a. den utvecklingen som skett inom Europeiska unionen (EU). Just EU-rätten har sedan mitten av 1990-talet haft stor inverkan på den svenska immaterialrätten och i många delar har vi fått omvärdera vår syn.

I Sverige har skyddet för uppfinningar, verk, design och kännetecken kommit att representera stora värden i en kunskapsintensiv ekonomi, som också främjar sysselsättningen. Numera ligger immaterialrättsens betydelse centralt i den kunskapsbaserade ekonomi som präglar innovations- och informationssamhället och spelar en stor roll för ekonomisk tillväxt och framåtskridande i en marknadsekonomi. Främst beträffande upphovs-, patent, design- och känneteckensrätt. Patentsystemet anses ofta vara av avgörande betydelse för en dynamisk utveckling av forsknings- och utvecklingsbaserade industrier inom IT, läkemedel och bioteknik, vilket verkar innovationsfrämjande. De upphovsrättsliga industrierna har också växt explosionsartat under 2000-talet inom främst spel- och nöjesindustrin. Designskyddet belönar nyskapande formgivning av möbler, mobiler och andra produkter, medan varumärken och andra kännetecken skyddar kommunikationen mellan producenter och distributörer av varor och deras konsumenter samt underlättar uppbyggandet av goodwill. Den kunskapsbaserade ekonomin präglas som nämnts av innovations- och informationssamhället har också uppmärksamats av den svenska regeringen. Sedan oktober 2012 har Sverige en innovationsstrategi, vari immaterialrättsens betydelse uppmärksammas.

I och med att immaterialrättens har vuxit i både betydelse och komplexitet, har immaterialrättsskyddet och dess värde som företagstillgång allt mer diskuterats. Det gäller inte minst mot att företagen använder de olika immaterialrätterna för att ta marknadsandelar. Ett talande exempel är styrkekampen mellan Apple och Samsung, som tvistar om skyddet för sina produkter världen runt.

Immaterialrätten har som sagt numera en stor betydelse i samhälls-ekonomi och är ofta en förutsättning för en dynamisk utveckling av kultur, teknik och välbefinnande. Dagens moderna immaterialrättsliga system har aldrig varit så starkt och effektivt som i dag, samtidigt som det är hårt kritiserat. Det är ju naturligt att rättshavarna söker tillgodogöra sig rättigheternas ekonomiska värde, men samtidigt menar allt fler att det inte längre finns en balans i systemet, och att lagstiftningen på området i allt för stor utsträckning har gynnat rättshavarna. Med den ökade uppmärksamheten på det immaterialrättsliga skyddet samt immaterialrätternas värde som organisationstillgångar är det ett rättsområde som har vuxit i såväl betydelse som komplexitet. Samtidigt har immaterialrätten blivit allt mer interdisciplinär med viktiga gränssytor mot bl.a. marknads-, konkurrens-, avtals- och offentligrätten.

Immaterialrättens utveckling

I Sverige, som andra länder, har ett skydd för skilda ensamrätter funnits under lång tid. Redan under slutet av 1600-talet fanns exklusiva privilegier på nya tillverkningar som knyter an till dagens moderna patenträtt. På upphovsrättens område skedde också en utveckling av boktryckarprivilegier under 1700-talet. Men det var inte förrän industrialiseringen under 1800-talet som rättsområdet växte. Internationellt antogs då två viktiga konventioner för att skydda immaterialrätterna, samtidigt som såväl den svenska som andra länders immaterialrättsliga lagstiftningar utvecklades.

I Sverige har, i och med EU-tillträdet under 1995, immaterialrättslagarnas innehåll påtagligt präglats av medlemskapet i EU. De svenska lagarnas, såväl som EU-rättens, innehåll vilar emellertid på internationella överenskommelser. Just det immaterialrättsliga skyddssystemet har stark internationell förankring och de flesta länder, inkluderat Sverige, är bundna av flera internationella konventioner och överenskommelser på området.

Den svenska immaterialrätten har som nämnts sedan länge präglats och utvecklats genom flera internationella konventioner. De viktigaste är Pariskonventionen (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) från 1883 och Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) från 1886. Båda med senare revideringar. Länder som tillträtt konventionerna bildar Parisunionen för de industriella rättighe-

terna och Bernunionen för upphovsrätten. Sverige är del av både Paris- och Bernunionen. Konventionerna bygger på viktiga grundprinciper om territorialitet, nationell behandling och minimiskydd. Ett liknande internationellt skyddssystem gäller på de för upphovsrätten närstående rättigheternas område, alltså för utövande konstnärer och producenters prestationer, framför allt genom Romkonventionen om skydd för utövande konstnärer, fonogramframställare och radioföretag från (International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization) från 1961. Under senare delen av 1900-talet har en rad andra konventioner och överenskommelser kommit till, men den mest betydelsefulla överenskommelsen är Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods, TRIPs) från 1995. Genom avtalet förenas de grundläggande åtagandena i Bern- och Pariskonventionerna i kombination med ett effektivt sanktionssystem. Under 2000-talet har också immaterialrätten uppmärksamats internationellt genom bl.a. ACTA-avtalet (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 2010).

Den nuvarande svenska immaterialrättslagstiftningen kan också uppfattas som ett utflöde av det allt sedan 1900-talets början intensiva nordiska samarbetet på området. De flesta av de äldre lagförslagen bygger på gemensamt utredningsarbete och de nordiska immaterialrättslagarna är i huvudsak lika. Ett undantag är dock den nya varumärkeslagen från 2010. Skälen till det nordiska samarbetet är många, men främst beror det på att Norden utgör en gemensam språk- och kulturkrets samtidigt som doktrin och avgöranden hos länderna är begränsad. Med utblickar i de övriga nordiska ländernas juridiska material har den svenska immaterialrätten kunnat utvecklas. Det nordiska samarbetet har emellertid allt mer luckrats upp, inte minst med utvecklingen inom EU.

Immaterialrätten nu

I Sverige skyddas de olika immaterialrätterna genom skilda lagar. Upphovsrätten ges ett skydd genom lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729), den s.k. upphovsrättslagen.¹ De industriella rättigheterna skyddas genom varumärkeslagen (2010:1877), firmalagen (1974:156), mönsterskyddslagen (1970:485), lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter, växtförädlarrättslagen (1997:306) och patentlagen (1967:837). Lagarna har löpande ändrats och reviderats, särskilt under de senaste tjugo åren. Under slutet av 1900-talet samt början av 2000-talet har som nämnts utvecklingen i EU kommit att spela en stor roll för den nationella immaterialrätten, liksom för många andra rättsområden. Det sker inte minst genom ska-

¹ I 2 kap. 19 § RF anges författarens, konstnärers och fotografers ensamrätt.

pandet av en gemensam immaterialrättslig EU-lagstiftning genom skilda direktiv och förordningar, nu senast med arbetet att införa ett enhetligt patentskydd i EU och en patentdomstol.

Den svenska immaterialrätten är som beskrivits i stor utsträckning bunden av internationella konventioner jämte överenskommelser, och dessa utgör bakgrunden för såväl den svenska lagstiftningen som EU-rätten. I EU har immaterialrätten sedan ett tjugotal år tillbaka också kommit att representera stora värden i en innovations- och kunskapsintensiv ekonomi, och i det immaterialrättsliga harmoniseringsarbetet inom unionen har de internationella överenskommelserna beaktats vid genomförandet av de olika direktiven och förordningarna (se t.ex. EU-domstolens mål C-13/00 EU-kommissionen mot Irland och C-28/04 *Tod's mot Heyraud*). I direktiven och förordningarna finns hänvisningar till dessa och EU-domstolen respektive Tribunalen beaktar bestämmelserna i sin dömande verksamhet.

Inom EU har det upphovsrättsliga skyddet endast reglerats till viss del — det har varit svårt att på en europeisk nivå harmonisera rättsområdet, eftersom det finns stora olikheter i medlemsländernas egna nationella lösningsmodeller. EU arbetar emellertid på att överbrygga de nationella skillnaderna på området och det finns numera nio antagna direktiv för harmonisering av medlemsstaternas upphovsrättslagar, som är:

- (1) direktiv 2014/26/EU om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter och gränsöverskridande licensiering av rättigheter till musikaliska verk för användning på nätet på den inre marknaden,
- (2) direktiv 2012/28/EU av den 25 oktober 2012 om viss tillåten användning av anonyma verk,
- (3) direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram (ersätter direktiv 91/250/EEG),
- (4) direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (ersätter direktiv 92/100/EEG),
- (5) direktiv 2006/116/EG om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (ersätter direktiv 93/98/EEG),
- (6) direktiv 2001/84/EG om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt),
- (7) direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsamhälle (infosocdirektivet),
- (8) direktiv 96/9/EG rättsligt skydd för databaser, samt

- (9) direktiv 93/83/EEG om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel.

Närbesläktad med upphovsrätten är också kretsmönsterrätten och den nationella rätten inom unionen har harmoniserats genom direktiv 87/54/EEG om rättsligt skydd för kretsmönster i halvledarprodukter.

För de industriella rättigheterna finns en rad direktiv och förordningar, och särskilt varumärkes-, design- och växtförädlarrätten är harmoniserade till en omfattande grad på grund av de skydd som ges genom förordningar inom hela EU. Genom förordningarna är det möjligt att ansöka om och få en enhetlig skydd för dessa ensamrätter för hela EU. Gällande förordningar på området är:

- (1) förordning (EG) nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken (ersätter förordning (EG) nr 40/94),
- (2) förordning (EG) nr 6/2002 om gemenskapsformgivning, och
- (3) förordning (EEG) nr 2100/94 om gemenskapens växtförädlarrätt jämte förordning (EG) nr 1610/96 om införande av tilläggs-skydd för växtskyddsmedel.

Vidare gäller följande direktiv för varumärken och design, som till stor omfattning har harmoniserat den nationella rätten i medlemsstaterna:

- (1) direktiv 2008/95/EG om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (ersätter direktiv 89/104/EEG), och
- (2) direktiv 98/71/EG om mönsterskydd.

Just beträffande varumärken har EU-kommissionen också föreslagit vissa förändringar av varumärkesdirektivet och varumärkesförordningen, vilket kan komma att påverka centrala varumärkesrättsliga frågor. Det gäller bl.a. den svenska varumärkeslagens krav på grafisk återgivning för registrering jämte Patent- och registreringsverkets officialprövning av relativa registreringshinder.

På däremot patenträttens område har harmoniseringsarbetet inte skett i lika stor omfattning inom EU. Visserligen har skyddet för uppfinningar diskuterats intensivt inom unionen och diskussionen mynnade 1975 ut i Marknadspatentkonventionen (Community Patent Convention). Konventionen, som reglerar ett gemenskapspatent, signerades år 1975 av de då nio medlemsländerna. Den har emellertid aldrig ratificerats. I dag finns direktiv 98/44/EG om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar, och som titeln anger rör endast vissa slags uppfinningar. Vidare finns förordningen (EEG) nr 469/2009 om tilläggs-skydd för läkemedel. Det finns också andra viktiga regler om tekniköverföring i

förordning (EU) nr 316/2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring.

Men arbetet med att införa ett EU-patent har intensifierats under senare år och i rådets beslut 2011/167/EU har 25 medlemsstater visat sin vilja att upprätta ett fördjupat samarbete för att försöka skapa ett enhetligt patentskydd.² Mot denna bakgrund har genom förordning (EU) nr 1257/2012 införts för ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd. Vidare har genom förordning (EU) nr 1260/2012 genomförts ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd beträffande tillämpliga översättningsarrangemang. Båda förordningarna kommer att träda i kraft den dag när det internationella avtalet om en enhetlig patentdomstol (Unified Patent Court, UPC) träder i kraft. Detta avtal håller på att ratificeras. För närvarande har EU:s medlemsstater utom Spanien, Polen och Kroatien undertecknat avtalet.

Slutligen finns det inom EU ett särskilt direktiv som rör alla immaterialrätter, nämligen direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

EU-domstolens inverkan på svensk immaterialrätt

Numera utgör EU-domstolens praxis det mest centrala tolkningsunderlaget för stora delar av svensk immaterialrätt. Domstolens tolkning av EU-lagstiftningen på området har under åren förändrat det tidigare nationella immaterialrättsliga tänkandet, och det finns inte något som tyder på att utvecklingen kommer att stanna av. Det gäller särskilt inom varumärkes- och upphovsrätten. Områden inom immaterialrätten där det numera finns en ganska omfattande EU-praxis som nyanserar rättsläget på väsentliga punkter och som har fått genomslag i svensk rättspraxis.

Ser man närmare på EU-rättens inverkan på den svenska immaterialrätten, har en särskilt intressant utveckling skett inom upphovsrätten beträffande EU-domstolens tolkning av det upphovsrättsliga begreppet överföring till allmänheten i förhållande till det EU-rättsliga begreppet en ny publik (allmänhet). Begreppet en ny publik finns varken i upphovsrättsliga internationella konventioner eller i EU-rättsliga direktiv, men har börjat tillämpas under 2000-talet av EU-domstolen. EU-domstolen har i flera mål behandlat begreppet ny publik, bl.a. i mål C-306/05 Rafael Hoteles, de förenade målen C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League, de förenade målen C-431/09 and C-432/09 Airfield/Canal Digital, C-136/09 Organismos Sillogikis, C-607/11 TV-Catchup, C-466/12 Svensson och C-348/13 BestWater. Genom att införa ny publik-rekvisitet i upphovsrätten har EU-domstolen skapat en utomstående parameter, ett slags balanseringsverktyg, för att hantera den

² Jfr Europeiska patenträttskonventionen (European Patent Convention) från 1973. Konventionen rör i princip endast europeiska patent på ansökningsstadiet.

vidsträckta konstruktion som upphovsrätten är. Däremot är gränserna för begreppet ny publik oklart och det är nödvändigt att EU-domstolen ytterligare klargör begreppet, inte minst mot olika tekniska lösningar. Det gäller särskilt i förhållande till nationella domstolars tolkning av begreppet, och bl.a. har tysk och engelsk domstol tolkat begreppet och dess relevans olika.

Beträffande den svenska varumärkesrätten har den under lång tid anpassats till EU-rätten. EU-domstolens omfattande rättspraxis rörande varumärkesdirektivet och varumärkesförordningen har medfört betydande förändringar i den nationella ensamrätten (se särskilt EU-domstolens mål C-252/07 Intel, C-487/07 L'Oréal, de förenade mål C-236/08–C-238/08 Google AdWords, C-323/09 Interflora och C-65/12 Red Bull). Den nu gällande varumärkeslagen från år 2010 kan ses som ett led i denna anpassning och utveckling. I lagen har de nya europeiska linjerna flutit in. Vidare har EU-domstolen behandlat flera grundläggande frågor rörande bl.a. varumärkets ekonomiska och rättsliga funktioner på marknaden, definitionen av varumärkesanvändning och varumärkets skyddsomfång, inbegripet det utvidgade skyddet för kända märken. Också centrala varumärkesrättsliga begrepp som ursprunglig och förvärvad särskiljningsförmåga jämte "förväxlingsrisk" har behandlats av domstolen.

En annan viktig förändring i svensk immaterialrätt som skett genom EU-rätten är konsumtionens räckvidd, alltså när immaterialrättsligt skyddade varor kan cirkulera fritt på marknaden. Tidigare har i svensk rätt inställningen varit att global konsumtion ska gälla, med undantag för patent, men EU-domstolen har slagit fast att inom EU (och Europeiska ekonomiska samarbetsområdet/EES) konsumeras immaterialrätten regionalt och det finns inget utrymme för medlemsländerna att tillämpa andra konsumtionsprinciper (se särskilt EU-domstolens mål C-355/96 Silhouette, C-414–416/99 Zino Davidoff, C-479/04 Laserdisken och de förenade målen C-267–268/95 Merck II).³

Vidare har EU-domstolen på det immaterialrättsliga området uttalat hur immaterialrättsliga EU-begrepp ska tolkas. I bl.a. mål C-201/13 Deckmyn, som rör begreppen parodi och satir, slog domstolen först fast att dessa är ett självständigt unionsrättsligt begrepp. Domstolen framhåller vidare att eftersom direktivet inte definierat dessa begrepp ska det enligt domstolens fasta praxis "fastställas i överensstämmelse med dess normala betydelse i vanligt språkbruk" och det med beaktande av det sammanhang i vilken parodin används och i förhållande till de mål som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår. Intressant att lyfta fram

³ Om svenska domstolars tidigare syn på konsumtion, se bl.a. NJA 1961 s. 695 (Samson), NJA 1975 s. 339 (Berlin), Svea hovrätt, dom den 24 januari 2003, mål T 3458/02, RH 2003:2 och Göta hovrätt, dom den 7 mars 2007, mål T 390-05. Se även NJA 2000 s. 580 (Nintendo).

är att EU-domstolen hämtade denna princip från annat rättsområde, närmare bestämt migrationsrätten, och inte från immaterialrätten.

Slutligen ska även nämnas att EU-domstolen under senare år börjat balansera immaterialrätten mot andra grundläggande rättigheter. Domstolen har under 2000-talet i flera mål framhållit att immaterialrätten inte är absolut utan den ska förhållas till främst näringsfriheten, yttrandefriheten och skyddet för enskildas integritet (se bl.a. mål C-360/10 Sabam, C-70/10 Scarlet, C-314/12 UPC Telekabel och C-201/13 Deckmyn, jfr Europadomstolens ärende nr 73049/01 Anheuser-Busch mot Portugal). Skälet till detta är den vidsträckta ensamrätt som numera råder inom immaterialrätten och på detta sätt försöker domstolen finna en balans mot andra viktiga rättigheter inom det immaterialrättsliga systemet.

Några sammanfattande ord om immaterialrättens utveckling

I Sverige har som nämnts de nordiska immaterialrättslagarna kommit till genom ett intensivt nordiskt samarbete och under lång tid hade vi en rättslikhet mellan ländernas lagar. Men i och med vårt inträde i EU, präglas numera de svenska lagarna av unionens harmoniseringsarbete på området. De mest genomgripande förändringarna på området har skett inom upphovsrätten år 2005 genom införlivandet av infosocdirektivet jämte varumärkesrätten genom införlivandet av både 1989 och 2008 års direktiv. Men även den nationella mönsterrätten har till viss del förändrats vid genomförandet av 1998 års direktiv.

Inom EU gäller dock ännu inte full harmonisering av alla ensamrätter. Hitintills har endast på varumärkes- och designrätten harmoniserats fullt ut. För patent-, upphovs- och kretsmönsterrätten gäller i princip endast direktiv som harmoniserat området delvis, medan växtförädlarrätten utgör ett mellanläge med en gemenskapsrätt men utan en harmonisering av den nationella ensamrätten.

Svenska domstolar har kontinuerligt beaktat och följt EU-rätten. Exempelvis har Högsta domstolen beaktat ett förslag till infosocdirektivet i sin dömande verksamhet. I NJA 2000 s. 292, som rör länkning till upphovsrättsligt skyddat material, accepterade domstolen inte vad som framförts i svensk doktrin om vad som borde utgöra gällande rätt. Domstolen tog i stället en annan ställning i frågan och utgick från vad som med stor sannolikt skulle utgöra EU-rätt med beaktande av ett förslag till det nu gällande infosocdirektivet. Men även om EU-rätten har haft och ska ha genomslag i svensk immaterialrätt, är det emellertid inte alltid som svenska domstolar har överblick över den utveckling som sker vid EU-domstolen. Under 2015 utgick t.ex. Svea hovrätt från äldre svensk praxis och kom fram till en slutsats som inte har stöd i EU-rätten på ett för Sverige harmoniserat område (FT 6377-14, dom den 17 mars 2015). Målet rör frågan om en oljemålning utgjorde intrång i en porträttbild. I domen framhålls att en framställning av ett exemplar av ett porträtt en-

dast sker om det är ett ”relativt precist återgivande av fotografiet”. Domstolen menar att det inte finns vägledande praxis och med stöd i svensk doktrin framhålls att skyddsomfånget för porträtt är särskilt snävt och om en konstnär använder annans porträttbild som underlag så räcker små variationer för att det inte ska vara fråga om upphovsrättsintrång (jfr NJA 1989 s. 315). Av EU-domstolens praxis framgår emellertid den motsatta ståndpunkten enligt mål C-145/10 Painer. EU-domstolen framhåller att för porträttfotografier ska skyddet ”inte vara svagare än det skydd som ges andra verk” (punkten 98).

Immaterialrätten i framtiden

Under lång tid var den immaterialrättsliga utvecklingen långsam, som gav en väl avvägd lagstiftning beträffande skyddets uppkomst och balans. I Sverige skedde detta genom ett intensivt och fruktbart nordiskt samarbete. Viktiga balansförhållanden som legat till grund för den svenska lagstiftningens utformning har varit den mellan ensamrätterna och fri konkurrens, mellan privata och samhälleliga intressen.

Men i och med EU-rättens inverkan på den nationella rätten, skedde under lång tid en snedvridning där immaterialrätten tog ett allt större utrymme från andra grundläggande rättigheter. Det eftersom sedan ett tjugotal år tillbaks har fokus i Sverige, som övriga EU-länder skiftat, och immaterialrätten uppfattas allt mer vara ett skydd för investeringar och innovationer och balansen mellan skilda samhälleliga intressen har inte haft samma framträdande roll i lagstiftningsarbetet jämte praxisbildningen. Detta har emellertid förändrats under de senaste åren och det märks särskilt tydligt beträffande upphovsrätten i den digitala världen. Här kommer ofta skilda intressen i konflikt, inte minst i förhållande till immaterialrättens gränser och hur ensamrätten ska balanseras mot andra grundläggande rättigheter.

Under senare år har som nämnts EU-domstolen i allt fler mål även framhållit att immaterialrätten inte är absolut, utan ska balanseras mot informationsfrihet, integritet, etableringsfrihet, konsumentintressen, teknikspredning, världshälsa och hållbar utveckling. Den här balanseringen av immaterialrätten är (ännu) inte särskilt tydlig i den dömande verksamheten i Sverige, men i och med att det lyfts upp allt tydligare av EU-domstolen kommer sannolikt just balanseringen av den nationella ensamrätten i förhållande till andra viktiga grundläggande rättigheter att bli allt tydligare i svenska mål.