



# **ENSAMRÄTTIGHETERNA – VILKET UTRYMME FINNS FÖR NATIONELLA VARIATIONER?**

**COPYRIGHT VISBY  
DEN 5 SEPTEMBER 2019**

**Advokat  
Katarina Strömholm**

# SKYDDSOBJEKT - INNEBÖRD AV BEGREPPET "VERK" – VAD FÖLJER AV EU-DOMSTOLENS PRAXIS?

Ingen definition i Infosoc-direktivet – men hänvisningar till andra direktiv och internationella överenskommelser (skäl 15 och 20).

Enligt EU-domstolens rättspraxis förutsätts att ett alster – för att kvalificeras som ett "verk" och omfattas av upphovsrättsligt skydd...

(1) är originellt i den meningen att det utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse – avspeglar upphovsmannens personlighet – detta är fallet om han/hon i samband med skapandet av verket har kunnat uttrycka sin kreativa kapacitet genom att göra fria och kreativa val (det upphovsrättsliga originalitetskriteriet; se bl.a. C-5/08 Infopaq, punkt 34-37; C-145/10 Painer, punkt 87-89; C-469/17 Funke Medien; punkt 18-20).

(2) det alster som skall skyddas måste ha tagit sig ett sådant uttryck att det kan identifieras med tillräcklig precision och objektivitet – dock att uttrycket inte nödvändigtvis måste vara bestående (se bl.a. C-310/17 Levola Hengelo BV vs Smilde Foods BV, punkt 40).



# FRÅN SVENSKT PERSPEKTIV: ORIGINALITETSKRITERIET – VERKSHÖJDSBEGREPPET – HUR FÖRHÅLLER DE SIG TILL VARANDRA?

Begreppet ”verkshöjd” är fast rotat i svensk upphovsrättslig praxis och doktrin – samlande begrepp för de krav som ställs för upphovsrättsligt skydd: resultat av självständigt andligt skapande + uppvisar viss grad av originalitet.

Senare års domar från svenska domstolar: begreppet ”verkshöjd” används frekvent – ibland i princip helt utan referenser till det EU-rättsliga originalitetskriteriet, ibland med resonemang kring att begreppen torde stå i rimlig begreppsmässig överensstämmelse med varandra (Högsta domstolens dom i NJA 2015 s. 1097 C-More Entertainment) – som samlande begrepp används ofta ”verkshöjd”, ibland refereras tydligt till originalitetskriteriet (se bl.a. PMÖD:s dom av den 28 juni 2019 i mål nr PMT 3854-18 Elflugan).

I en dom från våren 2019 uttalade PMÖD med emfas att det står ”klart att bedömningen av om ett alster är att betrakta som ett verk ska göras med utgångspunkt i de av EU-domstolen formulerade kriterierna” (dom av den 22 mars 2019 i mål nr PMT 5885-18 Daniel Wellington).

## Harmonisering - Konflikt?

Det hänvisas fortsatt till ”verkshöjd” – ibland till äldre förarbeten. Svårt se situation där en tillämpning av det ena kriteriet skulle ge annan utgång än en tillämpning av det andra – båda begreppen rymmer ”fluffiga” och tänjbara element... I allmän harmoniseringsanda kan det vara av värde att originalitetskriteriet alltid uttryckligen omnämns och beskrivs.

# BEDÖMNING AV SKYDDSBARHET – SKALL SYFTET MED ALSTRET OCH/ELLER UPPHOVSMANNENS IDÉER OCH AVSIKTER BEAKTAS?

Enligt EU-domstolens praxis skall existensen av upphovsrättsligt skydd med avseende på ett alster bedömas uteslutande med tillämpning av originalitetskriteriet – motiv och syfte med skapandet/alstret skall inte tillmätas betydelse.

I målet avseende "Svenska syndabocker" (NJA 2017 s. 75) tycks det som att hovrätten tillmätt konstnärens egen beskrivning av vad han ville förmedla betydelse vid bedömning av vad tavlan kan anses ge uttryck för → fritt, självständigt verk.

Man kan ana att även Högsta domstolen tagit fasta på syftet/avsikten med målningen...: *"Istället för ett fotografiskt starkt personporträtt framträder i målningens form en allegori som antyder kritik av ett massmedialt behov av syndabocker. CP framställs då som bara en av dem som har fått göra tjänst som sådan. Det handlar alltså om en kommentar över samhället och tiden. CP som fenomen, inte som person, blir gemensamt med boken bärare av det symboliska budskapet, ett budskap som understryks av bakgrunden."*

Utförliga beskrivningar av formgivningsprocess. (PMÖD: Daniel Wellington, mål nr PMT 5885-18; Elflugan (PMT 3854-18).

## Harmonisering - Konflikt?

Beskrivning av skapandeprocessen – för att fastställa att ett alster är upphovsmannens "egen intellektuella skapelse" och att han/hon fattat "kreativa val" - kan bli fråga om (felaktigt) beaktande av syfte/avsikter...

# VEM BEDÖMER SKYDDSBARHET – FINNS DET EN HARMONISERAD NORM...?

I Högsta domstolens dom i "Svenska syndaböcker" (NJA 2017 s. 75) anger domstolen att det som är avgörande vid bedömningen av om ett nytt arbete – som skapats i anslutning till ett äldre verk – uppnår egen verkshöjd är...

*"hur det är ägnat att uppfattas av dem som tar del av det. En helhetsbedömning ska alltså göras med utgångspunkt i den subjektiva uppfattning som kan antas delad av flertalet"*

(punkt 14 i domen)

**"Genomsnittsbetraktare"** - något slags fiktiv person/grupp av personer introduceras – liknande mönsterrättens kunniga användare, patenträttens fackman, varumärkesrättens/marknadsrättens (illojal konkurrens) genomsnittskonsument.

EU-domstolens dom i Levola ./ Smilde (C-310/17): upphovsrättsligt skydd för smaken på ett livsmedel avvisas då identifieringen av en sådan – till skillnad från litterära verk, målningar mm som utgör "precisa och objektiva uttrycksformer" – främst bygger på "smakerfarenheter och smakförnimmelser som är subjektiva och varierande, eftersom de bland annat är avhängiga faktorer som är kopplade till den som smakar på den berörda produkten, såsom ålder, kostpreferenser och konsumtionsvanor, liksom den miljön eller det sammanhang där produkten avsmakas" (punkten 42).

## Harmonisering - Konflikt?

Det finns ingen unionsrättslig bedömningsnorm.

Svårt avgöra vad som kan anses vara "objektivt"/ "subjektivt" inom upphovsrättens område...

# SKYDDSSOMFÅNG - FINNS DET HARMONISERADE BEDÖMNINGSKRITERIER...?

Skäl 9-11 i Infosoc-direktivet: det huvudsakliga syftet med direktivet är att inrätta en hög skyddsnivå för bland andra upphovsmän, som gör det möjligt för dem att få en skälig ersättning för utnyttjandet av sina verk – inklusive för mångfaldigande av verken.

Skäl 21 i Infosoc-direktivet: krav på en vid definition av de handlingar som omfattas av mångfaldiganderätten.

**Utgångspunkt inom hela immaterialrätten (i vart fall i Sverige) – ju originellare/mer innovativt/kreativt nyskapande ett verk/uppfinning/kännetecken är desto större skyddsomfång tillerkänns det. Anges i de flesta domar där skyddsomfång bedöms.**

Painer -domen (punkten 97):

Det finns inte stöd i något direktiv avseende upphovsrätt för att räckvidden av det skydd som skall ges enligt artikel 2 a i Infosoc-direktivet är beroende av eventuella skillnader i möjligheterna till konstnärlig kreativitet i samband med skapandet av olika kategorier av verk.

Högsta domstolen i "Svenska syndaböcker" (NJA 2017 s. 75; punkten 14):

"Ju starkare originalverket är, desto svårare kan det vara att åstadkomma ett nytt verk med det som förebild."

Harmonisering - Konflikt?

**I Painer-domen avvisas nog främst låsta synsätt på verkskategorier som sådana.**

# BEARBETNING – ETT ICKE-HARMONISERAT BEGREPP?



Infosoc-direktivet innehåller ingen reglering avseende skydd för **bearbetningar**.

Frågan om gränsen mellan ett originalverk, en bearbetning och ett nytt självständigt verk (skapat i anslutning till originalverket) har inte prövats av EU-domstolen.

Enligt svensk rätt ges bearbetningar ett särskild skydd i 1 kap 4 §, st. i, URL:

*Den som översatt eller bearbetat ett verk eller överfört det till annan litteratur- eller konstform har upphovsrätt till verket i denna gestalt, men han äger icke förfoga däröver i strid mot upphovsrätten till originalverket.*

I "Svenska syndabocker" (NJA 2017 s. 75) anger Högsta domstolen att det i fråga om bearbetningar ställs i princip samma krav som i fråga om verk i allmänhet, bara med den skillnaden att det för en bearbetning "inte krävs att den är av nyskapande slag" (punkten 6).

*"Karakteristiskt för en bearbetning får anses vara att den lämnar originalverkets individualitet – dess "inre form" – oförändrad och låter denna framstå i ny gestalt, i bearbetningen behålls sålunda de väsentliga dragen i originalverket"* (ref till SOU 1956:25 s. 136)

**I svensk rätt har parodier/travestier historiskt ansetts vara nya, självständiga verk utanför skyddsomfånget för det originalverk som varit utgångspunkten för parodin/travestin – i steget bortanför en bearbetning.**



Katarina Strömholm

Strömholm Advokatbyrå AB

[ks@stromholmlaw.se](mailto:ks@stromholmlaw.se)

Tel. 0708-410099