

Databasrättens föremål i ljuset av nya förhandsavgöranden

Av jur. kand., ek. mag. Johan Axhamn¹

1. Två nya förhandsavgöranden om tolkning av databasrätten

EG-domstolen (EGD) har nyligen meddelat dom i två² mål rörande förhandsbesked om tolkning av den s.k. *sui generis*-rätten i artikel 7 i databasdirektivet³ (härefter: direktivet). Enligt bestämmelsen i artikeln ska medlemsstaterna ”tillerkänna en databasproducent som vid anskaffning, granskning eller presentation har gjort en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering, rätten att förbjuda utdrag och/eller återanvändning av hela eller en kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig del av databasens innehåll.”⁴

Utformningen av och begrepp för *sui generis*-rätten skiljer sig från traditionell upphovsrättslig terminologi för att markera att det rör sig om en ny rättighet som varken kan eller bör inordnas i den vanliga upphovsrätten – en rätt av sitt eget slag.⁵ Att det behövs ett särskilt skydd för databaser (sammanställningar) har motiverats bl.a. av att det upphovsrättsliga skyddet för databaser inte förmått skydda den investering som databasproducenten haft vid framställandet av databasen.⁶

Utformningen av *sui generis*-rätten, kombinerad med en ingress till direktivet som inte tydligt klargör hur begreppen ska förstås, har skapat stor osäkerhet om vad det egentligen är som skyddas: är det den underliggande *investeringen*, data-

¹ Doktorand i immaterialrätt vid Juridiska institutionen vid Stockholms universitet, e-post johan.axhamn@juridicum.su.se.

² Dom av den 9 oktober 2008 i mål C-304/07, Directmedia Publishing (Directmedia) och dom av den 5 mars 2009 i mål C-545/07, Apis-Hristovich (Lakorda).

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

⁴ Lydelse enligt den svenska språkversionen av Lakorda och Directmedia. Lydelsen enligt den officiella svenska direktivtexten är istället att ”Medlemsstaterna ska tillerkänna en databasproducent som vid anskaffning, granskning eller presentation *visar sig innehålla* en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering, rätten att förbjuda utdrag och/eller återanvändning av hela eller en kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig del av databasens innehåll.” [Min kursivering]. Angående brister i den svenska direktivtexten och korrigeringar som gjorts vid översättningen i EGD, se not 14 nedan.

⁵ Se punkterna 6 och 39 i direktivets ingress. Se även redogörelsen för rådets motivering i Gemensam ståndpunkt (EG) nr 20/95 antagen av rådet den 10 juli 1995 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv nr 95/.../EG om rättsligt skydd för databaser (95/C 288/02) (Gemensam ståndpunkt), särskilt avsnitt II.

⁶ Direktivets ingress pp. 6–8 och 38–41.

basens *inhåll* eller databasen som *objekt* ("databas")?⁷ Rättsläget klargjordes något efter att EGD hösten 2004 meddelat dom i fyra mål rörande förhandsbesked om tolkning av direktivet.⁸ Tillsammans med de två ovan nämnda nya förhandsavgörandena är dessa avgöranden de enda som EGD meddelat beträffande tolkningen av direktivet.

De två nya förhandsavgörandena är av särskilt intresse, eftersom EGD uttalade sig om *omstrukturerings* betydelse för intrångsbedömningen. Som bekant svarade inte EGD i avgörandena från 2004 på frågorna från den engelska och den grekiska domstolen om omstrukturerings betydelse i nu nämnda hänseende.⁹ I de två nya avgörandena gjorde EGD emellertid klart att omstruktureringar inte har betydelse för intrångsbedömningen. Denna tolkning har stor betydelse för omfattningen av *sui generis*-rätten och väcker frågor om dess inverkan på konkurrens- och informationsfriheten. Andra viktiga frågor som EGD tog ställning till är omfattningen av databasproducentens rätt att förbjuda tillfälliga utdrag av hela eller väsentliga delar av basens innehåll och hur denna rätt förhåller sig till databasanvändarens rätt till sökning av innehållet i basen. EGD gjorde i ett av förhandsavgörandena en bedömning som i huvudsak innebär att en producent av en digital databas ges en *accessrätt*, dvs. en rätt att förbjuda en användare att ens vidta sökningar av innehållet i databasen om en sådan sökning skulle innebära att hela eller en väsentlig del av databasens innehåll överförs till internminnet i användarens dator.

Sammantaget innebär avgörandena att den brist på *intern balans* mellan databasproducentens och motstående allmänna och enskilda intressen som har befarats inom doktrinen, nu har besannats – något som EGD genom utformningen av sina domskäl i de två avgörandena förefaller ha varit medveten om.

Den fortsatta framställningen av artikeln är disponerad enligt följande. EGD:s tolkningsbesked i de två nya avgörandena redogörs för och kommenteras i avsnitt 2. I avsnitt 3 ges en sammanfattande analys av innebörden av EGD:s

⁷ För en diskussion härom, se Axhamn, *Sui generis-skydd för databaser*, MercurIUS 2006 (Axhamn) s. 57 och Davison, *The Legal Protection of Databases* (2003) (Davison) s. 81 och 100. Jfr kommissionens första utvärdering av databasdirektivet, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*. Brussels, 12 December 2005. Under avsnitt 5.1 i rapporten konstateras att "[n]one of these terms has a precise legal meaning and none of them has an established tradition in copyright law."

⁸ Dom av den 9 november 2004 i mål C-46/02, *Fixtures Marketing* (REG 2004, s. I-10365) (*Fixtures Marketing I*), dom av den 9 november 2004 i mål C-203/02, *The British Horseracing Board m.fl.* (REG 2004, s. I-10415) (BHB), dom av den 9 november 2004 i mål C-338/02, *Fixtures Marketing* (REG 2004, s. I-10497) (*Fixtures Marketing II*) och dom av den 9 november 2004 i mål C-444/02, *Fixtures Marketing* (REG 2004, s. I-10549) (*Fixtures Marketing III*).

⁹ Se BHB punkt 81 och *Fixtures Marketing III* punkt 54. Frågorna som ställdes till EGD var (BHB) om "något av uttrycken 'väsentlig del av innehållet i en databas' eller '[icke] väsentliga delar av innehållet i [databasen]' i artikel 7 i direktivet anses omfatta verk, data eller andra element som härrör från databasen, men som inte är sammanställda med samma systematik eller metodik och inte är individuellt tillgängliga på samma sätt som i databasen?" respektive (*Fixtures Marketing III*) "Exakt hur kan rätten till en databas åsidosättas, och är denna rätt skyddad om databasens innehåll ändras?". Se BHB punkt 22 fråga 1 och *Fixtures Marketing III* punkt 10 fråga 3. Den senare frågan är tydligare i den engelska versionen: "How exactly is the database right infringed and is it protected in the event of rearrangement of the contents of the database?".

tolkning av *sui generis*-rätten, särskilt mot bakgrund av den diskussion som har förts inom doktrinen om vad som utgör rättens föremål. I avsnitt 4 diskuteras innebörden av förhandsavgörandena för databaser som skyddas enligt nordisk rätt, särskilt mot bakgrund av att *sui generis*-rättens begrepp *utdrag* och *återanvändning* inte återges i de nordiska upphovsrättslagarna. I avsnitt 5 ges några avslutande synpunkter.

2. EG-domstolens nya avgöranden

I det första av de två avgörandena (*Directmedia*) hade begäran om tolkningsbesked framställt av en tysk domstol. Begäran hade framställts med anledning av en tvist vid den nationella domstolen mellan Directmedia Publishing GmbH (Directmedia) och Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Directmedia hade salufört en diktsamling som byggde på en förteckning över tyska dikter, vilken upprättats av Ulrich Knoop, professor vid nämnda universitet.¹⁰ Den tolkningsfråga som den tyska domstolen riktade till EGD var om det kunde anses utgöra ett "utdrag" enligt artikel 7.2 (a) i direktivet att hämta uppgifter, efter en bedömning i varje enskilt fall, till en (ny) databas från en befintlig databas som var skyddad (enligt artikel 7.1 i direktivet), när det skedde på grundval av sökningar i den sistnämnda databasen, eller om det kunde uppställas krav på att det hade skett en (fysisk) kopiering av en samling uppgifter.¹¹

I det andra förhandsavgörandet (*Lakorda*) hade begäran framställts av en bulgarisk domstol i ett mål mellan bolagen Apis-Hristovich EOOD (Apis) och Lakorda AD (Lakorda). De två bolagen hade bildats enligt bulgarisk rätt och marknadsförde elektroniska databaser innehållande officiella rättsdata.¹² Den nationella domstolen hade riktat sex tolkningsfrågor till EGD. Den första, fjärde och femte frågan rörde huvudsakligen begreppet "utdrag". Den andra, fjärde och sjätte frågan rörde framför allt uttrycket "väsentlig del" i artikel 7.1, bedömd i ett kvalitativt eller kvantitativt perspektiv, av innehållet i en databas.¹³

2.1 Begreppet utdrag. 2.1.1 Överföring eller överflyttning? I *Directmedia* uttalade sig EGD om innebörden av begreppet "överföring"¹⁴ i artikel 7.2 (a) i direktivet,

¹⁰ För en redogörelse för bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan, se *Directmedia* punkterna 9–21.

¹¹ Tolkningsfrågan som den tyska domstolen hade riktat till EGD återges i *Directmedia* punkt 21.

¹² För en redogörelse för bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna, se *Lakorda* punkterna 10–25.

¹³ De tolkningsfrågor som den bulgariska domstolen hade riktat till EGD återges i *Lakorda* punkt 25.

¹⁴ Enligt den svenska språkversionen av *Directmedia* och *Lakorda* har artikel 7.2 (a) följande lydelse: "utdrag: en varaktig eller tillfällig *överföring* av hela eller en väsentlig del av innehållet i en databas till ett annat medium, oberoende av på vilket sätt och i vilken form detta sker." [Min kursivering]. Istället för "överföring" återger den officiella svenska direktivtexten det missvisande uttrycket "överflyttning", vilket enligt sin ordalydelse synes innebära att det som "flyttas över" inte längre finns kvar på det ursprungliga mediet. I de franska, engelska, tyska och danska versionerna av direktivet används begreppen *transfert*, *transfer*, *Übertragung* respektive *överförelse*. Felaktigheten i den svenska direktivtexten markeras och revideras av översättaren till *Directmedia* och *Lakorda*, i vilka begreppet "överföring" istället används. Närmare besett korrigeras den svenska

vilken avser begreppet ”utdrag”.¹⁵ Domstolen konstaterade att begreppet ”utdrag” i artikel 7.2 (a) definieras som ”en varaktig eller tillfällig *överföring* av hela eller en väsentlig del av innehållet i en databas till ett annat medium, oberoende av på vilket sätt och i vilken form detta sker”,¹⁶ [min kursivering] och att begreppet ”överföring” inte förutsätter att databasen, eller den del varifrån förfogandet sker, *försvinnet* från sitt ursprungliga medium.¹⁷ Tolkningen har enligt EGD stöd i att gemenskapslagstiftaren använt sig av verbet ”kopiera” bl.a. i ingressen punkterna 7 och 38 till direktivet för att uttrycka att begreppet ”utdrag” avsåg att omfatta förfoganden genom vilka databasen eller den berörda delen därav fortsätter att existera på sitt ursprungliga medium.¹⁸ EGD framhöll också att användningen av uttrycket ”oberoende av på vilket sätt och i vilken form detta sker” visar att gemenskapslagstiftaren hade velat ge begreppet ”utdrag” en vidsträckt betydelse.¹⁹

Enligt EGD har den vidsträckta betydelsen av begreppet ”utdrag” stöd i gemenskapslagstiftarens syfte med *sui generis*-rätten.²⁰ Enligt ingressen till direktivet är syftet att garantera att den som tagit initiativet till och risken att göra en väsentlig investering i form av mänskliga, ekonomiska eller tekniska insatser, i anskaffning, granskning och presentation av innehållet i en databas, *erhåller ersättning för sin investering*. Ersättningen består av ett skydd mot att användare eller konkurrenter på ett otillåtet sätt tillägnar sig resultaten av investeringen

direktivtexten på åtskilliga ställen i såväl Directmedia som Lakorda. I det följande återges den språkdräkt (av direktivet) som EGD har använt sig av i sina domsskrivningar, såväl i dessa avgöranden som de fyra förhandsavgörandena från 2004, eftersom den stämmer bättre överens med de engelska, tyska och franska direktivtexterna. I förekommande fall kommer den svenska språkversionen att jämföras med lydelsen på andra språk. För en redogörelse, analys och metod för lösning av de problem som olika språkversioner och felöversättningar kan medföra vid tolkning av direktiv, se Timmermans i *The Law of the European Union and the European Communities* (red. Kapteyn et al) (2008) s. 96 f. Särskilt beträffande databasdirektivet, se Axhamn s. 36 f. med hänvisningar. Karnell har gjort en icke-officiell svensk språkversion av direktivet, se NIR 1999 s. 209 ff. Karnells översättning stämmer väl överens med den ”korrigerade” version av direktivet som återges i EGD:s avgöranden.

¹⁵ Det bör framhållas att begreppet ”överföring” har en (helt) annan innebörd i databasdirektivet än vad samma begrepp har i traditionell upphovsrättslig kontext, där begreppet ”överföring” utgör en underkategori till rätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten.

¹⁶ Directmedia punkt 26.

¹⁷ Directmedia punkt 29.

¹⁸ Directmedia punkt 30. Enligt punkt 7 i ingressen till direktivet kräver upprättandet av databaser ”en betydande insats av mänskliga, tekniska och finansiella resurser, men det är möjligt att till en betydligt lägre kostnad kopiera eller få tillgång till dem än vad det kostar att själv skapa dem.” Enligt punkt 38 utsätter den alltjämt ökande användningen av numerisk teknologi databasproducenten ”för risken att innehållet i hans databas kopieras och omarbetas elektronisk utan tillstånd för att med ett identiskt innehåll men som inte skulle strida mot upphovsrätten till sammanställningen av den ursprungliga basens innehåll.”

¹⁹ Directmedia punkt 31. Domstolen hänvisar här till BHB punkt 51 där det anges att begreppen utdrag och återanvändning skulle hänföra sig till varje förfogande som bestod i att utan databasproducentens samtycke tillägna sig resultaten av dennes investering eller att tillgängliggöra dessa för allmänheten, varigenom databasproducenten fråntogs inkomster som var avsedda att göra det möjligt för honom att täcka kostnaden för denna investering.

²⁰ Directmedia punkt 32.

genom förfoganden som bland annat består av att återskapa hela eller en väsentlig del av databasen till en betydligt lägre kostnad än den för att skapa en ny, motsvarande databas.²¹ Således har inte *syftet* med överföringen någon betydelse för bedömningen av om det har gjorts ett otillåtet ”utdrag”,²² något som har stått klart sedan tidigare.²³ Mot bakgrund av syftet med *sui generis*-rätten ska begreppet ”utdrag” enligt EGD förstås på så sätt att det omfattar *varje* otillåtet förfogande i form av tillägnande av en del av eller hela innehållet i en databas.²⁴ Det innebär att *sui generis*-rätten inte endast skyddar mot förfoganden som syftar till att upprätta en annan databas, utan även mot förfoganden som har ett helt annat syfte – t.ex. av enskilda som önskar tillgodogöra sig informationen i databasen för privat bruk. *Sui generis*-rätten är således inte ett konkurrensskydd i den meningen att ett eventuellt illojalt syfte med ett utdrag är ett kriterium vid en intrångsbedömning.²⁵ Däremot kan sådana faktorer få betydelse vid en eventuell skadeståndsberäkning.²⁶

EGD:s bedömning att begreppet överföring inte är begränsat till förfoganden som innebär att det som ”förs över” samtidigt eller som ett led i överföringen försvinner (eller ”avlägsnas”) från sitt ursprungliga medium, ligger i linje med de bedömningar som tidigare gjorts i doktrinen.²⁷ Det skulle kraftigt begränsa *sui generis*-rättens tillämpningsområde att uppställa ett krav på att det som förs över samtidigt försvinner från det ursprungliga mediet. Till exempel skulle inte ett vanligt ”copy-paste”-förfarande, likt det som sker i ett ordbehandlingsprogram, omfattas. Även elektroniska databaser skulle bli helt oskyddade mot att någon

²¹ Directmedia punkt 33. EGD stödjer sig bland annat på punkterna 7, 38–42 och 48 i direktivets ingress, BHB punkt 32, 45, 46 och 51, Fixtures Marketing I punkt 35 och Fixtures Marketing II punkt 41 där domstolen förde ett liknande resonemang.

²² Directmedia punkterna 46 och 47 och Lakorda punkt 46.

²³ BHB punkterna 47 och 48 och Axhamn s. 58 ff.

²⁴ Directmedia punkt 34. EGD hänvisar till BHB punkterna 51 och 67 där ett liknande resonemang förs.

²⁵ För ett resonemang härom, se Axhamn s. 58 ff.

²⁶ I Lakorda punkt 50 uttalade EGD att ett olovligt utdrag ur en skyddad databas i syfte att skapa och marknadsföra en ny databas – vilken ska konkurrera med den ursprungliga databasen – kan vara av betydelse för bedömningen av omfattningen av den skada som förfogandet har förorsakat producenten av den ursprungliga databasen. För svenska förhållanden torde EGD:s uttalande i denna del endast bekräfta de förutsättningar för skadestånd som ges enligt upphovsrättslagen. EGD:s uttalande innebär i vilket fall inte mer än att det kan ha betydelse för skadeberäkningen att förfogandet sker för att upprätta en konkurrerande databas. Medan den enskildes förfogande över innehållet i en databas typiskt sett aktualiserar endast skälig ersättning för utnyttjandet, torde förfoganden av en konkurrent i syfte att upprätta en konkurrerande databas även aktualisera skadestånd för den ytterligare skada som intrånget inneburit. I det här avseendet medför införlivandet i svensk rätt av det s.k. sanktionsdirektivet vissa förtydliganden. Bland annat är det numera möjligt att få ersättning baserad på den vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort. Ersättning för sådan obehörig vinst kan dock, liksom generellt gäller beträffande ersättning för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört, inte medföra att rättighetshavaren kompenseras för mer än den faktiska skadan. Se härom prop. 2008/09:67 s. 226 ff. och 270 f.

²⁷ Se t.ex. Davison s. 87 och Derclaye, *The Legal Protection of Databases* (2008) (Derclaye) s. 103 med hänvisningar. Denna tolkning hade också gjorts av generaladvokaten i BHB (Yttrande) punkt 100.

(elektroniskt eller på annat sätt) kopierar deras innehåll. Det skulle dessutom inte vara förenligt med EGD:s tidigare uttalande att begreppet utdrag även omfattar *indirekta* förfoganden, dvs. sådana förfoganden som sker från en annan källa än den ursprungliga databasen.²⁸ Kort sagt skulle *sui generis*-rätten förlora mycket av sin karaktär av immaterialrätt om det uppställdes krav på samtidig utplåning från den ursprungliga källan.²⁹

Det kan framhållas att EGD i båda avgörandena angav att begreppet ”utdrag” inte är begränsat till hela eller en väsentlig del av en databas innehåll.³⁰ Hänvisningen till ”en väsentlig del” i definitionen av begreppet utdrag i artikel 7.2 (a) är alltså vilseledande, eftersom det framgår av artikel 7.5³¹ att ett utdrag även kan avse en icke väsentlig del av en databas. Hänvisningen till att den del som är föremål för utdrag ska vara väsentlig avser således ett av villkoren för att *sui generis*-rätten ska vara tillämplig. Den avser inte definitionen av begreppet ”utdrag” som sådant.³² Det avgörande kriteriet är istället om det har gjorts en överföring av en del av eller hela innehållet i databasen till ett *annat medium*, oavsett av vilket slag som detta medium utgör. En sådan överföring förutsätter att en del av eller hela innehållet i en databas sedan återfinns på ett annat medium än den ursprungliga databasens.³³ Begreppet ”utdrag” hänför sig alltså till varje otillåtet förfogande i form av tillägnande av en del av eller hela innehållet i en databas.³⁴

2.1.2 Förfaringsättet för överföringen. I båda förhandsavgörandena poängterade EGD att det av ordalydelsen i artikel 7.2 (a) framgår att begreppet ”utdrag” inte är beroende av arten eller formen av förfaringsättet för överföringen.³⁵ För bedömningen av om det har gjorts ett utdrag är det således utan betydelse om överföringen skett genom ett tekniskt förfaringsätt, såsom elektroniska elektromagnetiska, elektrooptiska eller andra liknande förfaringsätt, eller genom ett vanligt manuellt förfaringsätt. Kopieringen av innehållet i en databas till ett annat medium motsvarar begreppet utdrag, oavsett om det gjorts manuellt,

²⁸ Se BHB punkterna 51 och 52. Se också Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008) s. 28 ff.

²⁹ *Sui generis*-rättens föremål diskuteras närmare nedan.

³⁰ Directmedia punkt 34 och Lakorda punkt 40. Det var inget nytt, se not 32 nedan.

³¹ Enligt artikel 7.5, så som den återges i Lakorda punkt 8 och Directmedia punkt 6, är ”[å]terkommande eller systematiskt utdrag och/eller återanvändning av icke väsentliga delar av innehållet i den databasen, som förutsätter förfoganden som strider mot normalt bruk av basen eller som oskäligt inkräktar på databasproducentens legitima intressen” ej tillåtna.

³² Directmedia punkt 43 med hänvisning till BHB punkt 50. I BHB hänvisade domstolen till generaladvokatens yttrande (punkt 90) i samma mål: ”I detta sammanhang vill jag uppmärksamma ett fel i direktivets uppbyggnad. Eftersom även legaldefinitionen i artikel 7.2 avser hela eller en väsentlig del av databasinnehållet, sker härigenom en onödig duplicering av dessa villkor, som redan föreskrivs i artikel 7.1. Legaldefinitionen i artikel 7.2 medför om den jämförs med artikel 7.5 till och med en inkonsekvens. I artikel 7.5 föreskrivs nämligen ett förbud mot utdrag och återanvändning av icke väsentliga delar. Om man nu tolkade begreppen utdrag och återanvändning enligt legaldefinitionen i artikel 7.2, skulle man komma fram till det egenartade resultatet att artikel 7.5 innebär ett förbud endast mot vissa handlingar med avseende på icke väsentliga delar om dessa handlingar rör hela eller väsentliga delar av databasinnehållet.”

³³ Directmedia punkt 36 och Lakorda punkt 41.

³⁴ Directmedia punkt 34 och Lakorda punkt 40.

³⁵ Lakorda punkt 40 och Directmedia punkterna 35–37, 40, 48 och 49.

genom nedladdning eller genom fotokopiering.³⁶ Begreppet utdrag ska alltså tolkas fritt från formella, tekniska eller fysiska kriterier³⁷ och är således inte begränsat till – men omfattar givetvis (se ovan) – en teknisk kopieringsprocess, t.ex. ett ”copy-paste”-förfarande.³⁸ Att direktivets tillämpningsområde omfattar såväl analoga som elektroniska/digitala databaser framgår klart av direktivets artiklar och ingress och det måste rimligtvis innebära att förfoganderätterna är teknikneutrala – något som EGD också framhöll.³⁹

Domstolens besked att begreppet utdrag är teknikneutralt innebär att begreppet omfattar förfoganden att – såsom fråga var i *Directmedia – för hand* överföra uppgifter från en databas till ett vanligt papper. Domstolen bekräftade härigenom⁴⁰ generaladvokatens tolkning, som är mer explicit:

”Det förefaller [...] både olämpligt och godtyckligt att begränsa begreppet utdrag till en process genom vilken uppgifter i en databas förs över till ett annat medium genom att man fysiskt tar en kopia (eller kopior) av dem. Att kopiera samtliga uppgifter i en databas var för sig genom att söka i databasen via en bildskärm och sedan manuellt föra in uppgifterna i ett annat medium kan inte rimligen anses orsaka den investering som gjorts av den som skapat databasen mindre skada än att göra en elektronisk kopia av uppgifterna från den ursprungliga databasen och direkt klistra in dem i ett annat elektronisk medium.”⁴¹

”Enligt min åsikt saknar det betydelse huruvida utdraget har gjorts genom att kopiera innehållet i den ursprungliga databasen eller genom att skriva av det från en bildskärm efter sökning i databasen.”⁴²

I doktrinen har redan tidigare gjorts tolkningen att även manuella förfoganden (avskrifter) inkluderas i begreppet utdrag.⁴³ Ett sådant utdrag innebär givetvis inte intrång i databasproducentens ensamrätt i annat fall än om utdraget avser

³⁶ *Directmedia* punkt 37. Domstolen fann stöd för denna tolkning i bl.a. punkt 13 i ingressen till direktivet, enligt vilken direktivet skyddar ”sammanställda verk, ibland kallade ’samlingsverk’, data eller annat material vars bearbetning, lagring eller åtkomst sker genom elektroniska elektromagnetiska, elektro-optiska eller andra liknande metoder.” För ett liknande resonemang, se Derclay s. 104 och Beunen, *Protection for databases. The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (2007) (Beunen) s. 159 f.

³⁷ *Directmedia* punkt 38 med hänvisning till punkterna 14 och 21 i ingressen till direktivet. Enligt punkt 14 ska det skydd som direktivet inför utsträckas till att gälla även icke-elektroniska databaser (jfr med punkt 13 som återges i not 36 ovan). Enligt punkt 21 ska skyddet gälla databaser i vilka verk, data och andra element sammanställs på ett systematiskt och metodiskt sätt. Vidare anges att det inte krävs att detta material fysiskt har lagrats på ett organiserat sätt.

³⁸ *Directmedia* punkt 40.

³⁹ *Directmedia* punkterna 37 och 38 som hänvisar till punkterna 14 och 21 i direktivets ingress. Se även artikel 1.1, enligt vilken direktivet ”gäller rättsligt skydd för alla slags databaser.”

⁴⁰ *Directmedia* punkt 49.

⁴¹ *Directmedia* (Yttrande) punkt 40. Ett liknande resonemang förs i *Directmedia* (Yttrande) punkt 41.

⁴² *Directmedia* (Yttrande) punkt 55.

⁴³ Derclay s. 104 och Beunen s. 159 f.

hela eller en väsentlig del av databasens innehåll eller uppfyller kriterierna i artikel 7.5 i direktivet.

Det är däremot mer tveksamt om begreppet utdrag inkluderar förfogandet att betrakta innehållet i en databas med blotta ögat. Sådana tolkningar har förts fram i doktrinen⁴⁴ och baseras på att *nervceller* skulle vara ett sådant *medium* till vilket överföringen sker. En sådan tolkning är dock inte förenlig med EGD:s uttalande att databasproducentens rätt att förbjuda utdrag och återanvändning normalt inte omfattar *sökning* av innehållet i basen (se härom nedan).

2.2 Tillfälliga utdrag, sökning och frågan om accessrätt. I *Lakorda* uttalade EGD, med hänvisning till ordalydelsen av artikel 7.2 (a), att gemenskapslagstiftaren i begreppet ”utdrag” inte bara önskade inkludera handlingar som innebär *varaktig* överföring, utan även handlingar som innebär *tillfällig* överföring.⁴⁵ Domstolen framhöll att gemenskapslagstiftarens målsättning med artikeln var att uttryckligen exkludera förekomsten av ett slags ”minimiregel” vid tolkningen och tillämpningen av begreppet överföring.⁴⁶

Domstolen uttalade att det föreligger varaktig överföring när innehållet i databasen varaktigt har lagrats på ett annat medium än den ursprungliga, medan tillfällig överföring föreligger när innehållet lagras under en tidsbegränsad tid på ett annat medium, till exempel i en dators internminne.⁴⁷ Skillnaden mellan varaktig överföring och tillfällig överföring är alltså den tidsperiod under vilken innehållet i den ursprungliga databasen som blivit föremål för utdrag är lagrat på ett annat medium.⁴⁸ Vad avser den tidpunkt vid vilken ett utdrag ur en elektronisk databas föreligger ska denna anses infalla när de element som utdraget avser lagras på ett annat medium än det ursprungliga, oberoende av om lagringen är av varaktig eller tillfällig karaktär.⁴⁹

Sui generis-rätten omfattar emellertid endast sådana förfoganden i form av utdrag och återanvändning som motsvarar definitionen av dessa begrepp i artikel 7.2 i direktivet. Detta skydd avser däremot inte förfoganden i form av sökning i en databas.⁵⁰ En databasproducent kan visserligen förbehålla sig rätten att ensam ha tillgång till sin databas eller att välja att endast ge vissa personer tillgång till den.⁵¹ Om databasproducenten emellertid gör innehållet i databasen tillgängligt för allmänheten, även om det sker mot betalning, kan han inte med stöd av *sui generis*-rätten motsätta sig att tredje man *söker* information i databasen.⁵² I *Directmedia* framhöll dock EGD att om det var nödvändigt att överföra

⁴⁴ Derclaye s. 104 ff. och 277 med hänvisningar. Derclaye konstaterar dock att en utsträckning av *sui generis*-rätten till att omfatta betraktandet av databasens innehåll med blotta ögat skulle innebära oöverkomliga bevisvårigheter.

⁴⁵ Lakorda punkt 42.

⁴⁶ Lakorda punkt 43.

⁴⁷ Lakorda punkt 44.

⁴⁸ Lakorda punkt 44.

⁴⁹ Lakorda punkt 45.

⁵⁰ BHB punkt 54 och *Directmedia* punkt 51.

⁵¹ BHB punkt 55 och *Directmedia* punkt 52.

⁵² BHB punkt 55 och *Directmedia* punkt 53.

hela eller en väsentlig del av innehållet i en skyddad databas till ett annat medium för att kunna visa detta på skärm, utgjorde det ett sådant utdrag som innehavaren av en *sui generis*-rätt hade ensamrätt till och kunde villkora med sitt tillstånd.⁵³ *Sui generis*-rätten kan härigenom sägas innefatta en *accessrätt*, i betydelsen ensamrätt att besluta om vem som ska få tillgång till hela eller en väsentlig del av innehållet i en elektronisk databas.⁵⁴

I det här avseendet innebär uttalandena i *Directmedia* ett förtydligande i förhållande till BHB-avgörandet från 2004, i vilket databasansvändarens "rätt" till sökning erkändes första gången.⁵⁵ I doktrinen identifierades att det inte var uppenbart under vilka förutsättningar användarens "rätt" till sökning var förenlig med databasproducentens *sui generis*-rätt, eftersom det vid sökning i en elektronisk databas uppstår tillfälliga utdrag ur databasens innehåll i internminnet på användarens dator.⁵⁶ En tolkning, som bl.a. fördes fram av *Davison* och *Hugenholtz*, innebar att när en databasproducent väl gör sin databas tillgänglig för allmänheten, gör denne samtidigt ett implicit samtycke till att envar på denna grund kan få göra sökningar i databasen och att samtycket även inkluderar tillfälliga kopior för det syftet.⁵⁷ Innebörden av resonemanget var alltså att EGD i BHB genom att etablera användarens rätt till sökning, skulle ha frångått databasproducenten en *accessrätt*. Det resonemanget är nu överspelat. Användarens "rätt" till sökning är inte någon rättighet, utan snarare en negativt bestämd "residual" i förhållande till databasproducentens rätt (enligt artikel 7).

Det är dock oklart hur användarens "rätt" till sökning förhåller sig till artikel 7.5, enligt vilken databasproducenten har rätt att förbjuda "återkommande eller systematiskt utdrag och/eller återanvändning av icke väsentliga delar av innehållet i den databas, som förutsätter förfoganden som strider mot normalt bruk av basen eller som oskäligt inkräktar på databasproducentens legitima intressen". Eftersom artikel 7.5 endast kan aktualiseras i *efterhand*, dvs. när den *sammantagna effekten* av de återkommande eller systematiska utdragen eller återanvändningarna innebär att de strider mot normalt bruk av basen eller oskäligt inkräktar på

⁵³ *Directmedia* punkterna 47 och 53 med hänvisning till punkt 44 i direktivets ingress. I nämnda punkt 44 anges att när visning på skärm av innehållet i en databas påkallar att hela eller en väsentlig del av innehållet permanent eller tillfälligt överförs till ett annat medium, kräver denna handling rättsinnehavarens medgivande" (Karnells översättning, se not 14 ovan). Jfr *Derclaye* s. 107 och 146 som uttrycker tvivel om rätten att förbjuda tillfälliga utdrag har ekonomisk betydelse för databasproducenten. Jag ställer mig frågande till denna uppfattning. Eftersom det i internetmiljö är möjligt för en användare att nyttja medieinnehåll utan att ha permanent tillgång till det – t.ex. texter och bilder eller streamat innehåll på en webbplats – har den ekonomiska betydelsen av tillfälliga förfoganden snarare ökat.

⁵⁴ *Davison* s. 87, *Axhamn* i *Lov&Data* nr 96 (december 2008) s. 28 ff., *Axhamn* s. 61 och *Derclaye* s. 104.

⁵⁵ Se not 50 ovan.

⁵⁶ *Aplin* i *IPQ* 2005 s. 215, *Davison & Hugenholtz* i *EIPR* 2005 s. 118, *Axhamn* s. 61 och *Derclaye* s. 104. Jfr *Westkamp* i *IIC* 2003 s. 792 som tidigt identifierade möjligheten för producenten av en elektronisk databas att förhindra access med stöd av sin *sui generis*-rätt.

⁵⁷ *Davison & Hugenholtz* i *EIPR* 2005 s. 117 f. För ett liknande resonemang, se *Aplin* i *IPQ* 2005 s. 215 f., *Leistner* i *IIC* 2005 s. 594, *Derclaye*, s. 104 och 146 och *Derclaye* i *European Law Review* 2005 s. 429.

databasproducentens legitima intressen, förefaller den rimligaste tolkningen vara att producenten inte med stöd av artikel 7.5 *på förhand* kan förhindra utdrag eller återanvändningar av oväsentliga delar basens innehåll.

I sammanhanget kan framhållas att databasdirektivet inte uppställer någon inskränkning i *sui generis*-rätten till förmån för tillfälliga utdrag av hela eller en väsentlig del av databasens innehåll, t.ex. inom ramen för en ”sökning” i en elektronisk databas. För den egentliga upphovsrätten – dock ej beträffande sammanställningar/databaser – finns däremot en inskränkning till förmån för tillfälliga exemplar.⁵⁸ Inskränkningen omfattar bl.a. sådana tillfälliga kopior som uppstår i en dators arbetsminne vid webbläsning och har motiverats av att det t.ex. ska vara möjligt att titta och/eller lyssna på ett verk som ligger utlagt på Internet (eftersom att enbart titta och/eller lyssna på ett verk traditionellt inte har utgjort ett upphovsrättsligt relevant förfogande).⁵⁹ I doktrinen⁶⁰ har framförts uppfattningen att databasdirektivet bör kompletteras med en sådan inskränkning, något som också kommissionen har föreslagit.⁶¹

2.3 Frågan om omstruktureringars betydelse. I de båda förhandsavgörandena tog EGD ställning till en grundläggande fråga för *sui generis*-rättens tillämplighet, nämligen frågan om omstruktureringars betydelse för intrångsbedömningen. Domstolen framhöll att begreppet ”utdrag” *inte* är beroende av om överföringen av innehållet i en skyddad databas leder till att de ifrågavarande uppgifterna uppställs på ett annat sätt än vad som är utmärkande för den ursprungliga databasen. Domstolen fann här stöd i punkt 38 i ingressen till direktivet, enligt vilken den ökande användningen av digital teknologi utsätter databasproducenten för risken att innehållet i databasen kopieras och omarbetas elektroniskt utan tillstånd. Därigenom skulle en ny databas kunna skapas, vilken har ett identiskt innehåll som den första basen, men som på grund av omstruktureringen inte skulle utgöra intrång i det upphovsrättsliga skyddet för densamma.⁶²

⁵⁸ Se artikel 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosocdirektivet), införlivad genom paragraf 11 a i de nordiska upphovsrättslagarna. Inskränkningen gäller ej heller för datorprogram, se 11 a § tredje stycket URL.

⁵⁹ Se punkt 33 i ingressen till Infosocdirektivet. I Sverige uppställs inte något krav på lovlig förlaga för tillämpningen av inskränkningen avseende tillfälliga exemplar. Se prop. 2004/05:110 s. 91 ff. och 380 ff. och Ds. 2007:29 s. 50 och 58 f. I Danmark uppställs dock ett sådant krav, se § 11 tredje stycket i den danska upphovsrättslagen (lov om ophavsret). Huruvida den danska regleringen är förenlig med Infosocdirektivet är omdiskuterat, se t.ex. prop. 2004/05:110 s. 97, Ds. 2007:29 s. 349 f., Axhamn i NIR 2008 s. 48 och Clement Salung Petersen i NIR 2009 s. 21 ff.

⁶⁰ Derclaye s. 276 f., Beunen s. 27, Davison s. 275 f. och Kur, Hilty, Geiger och Leistner i IIC 2006 s. 557.

⁶¹ Se Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, Bryssel 19 juli 2004, SEC (2004) 995, avsnitt 2.1.3.2.

⁶² Directmedia punkt 39 och 40 och Lakorda punkt 47. Punkt 38 i direktivets ingress lyder: ”Den alltjämt ökande användningen av numerisk teknologi utsätter databasproducenten för risken att innehållet i hans databas kopieras och omarbetas elektroniskt utan tillstånd för att med innehållet tillverka en annan databas med ett identiskt innehåll men som inte skulle strida mot upphovsrätten till sammanställningen av den ursprungliga basens innehåll.”

För att närmare förstå innebörden av EGD:s bedömning i denna del är det nödvändigt att redogöra för vad domstolen fastslår: att *sui generis*-rätten inte innebär skydd för den *struktur* som databasproducenten gett basens innehåll. Den är istället föremålet för det upphovsrättsliga skyddet till databasen, som regleras i artikel 3.1 i direktivet.

Direktivets upphovsrättsliga skydd för databaser⁶³ går tillbaka på det skydd för sammanställningar som regleras i Bernkonventionen (BK)⁶⁴ och TRIPS-avtalet.⁶⁵ I sammanhanget kan också nämnas WIPO:s Fördrag om upphovsrätt (WCT),⁶⁶ som dock inte var antaget när databasdirektivet antogs.

Enligt artikel 2.5 BK ska ”samlingar av litterära eller konstnärliga verk, såsom uppslagsböcker och antologier, vilka med hänsyn till urvalet och dispositionen av innehållet utgör intellektuella skapelser skyddas såsom sådana, utan att detta inskränker den rätt som tillkommer upphovsmännen till de i samlingarna ingående verken.” Det råder delade meningar i doktrinen om bestämmelsen innebär att de anslutna staterna inte är skyldiga att ge skydd för sammanställningar innehållande annat än upphovsrättsligt skyddat material.⁶⁷ WCT- och TRIPS-avtalen är tydligare i det avseendet. Artikel 5 i WCT-avtalet lyder: ”sammanställningar av data eller annat material, oavsett form, som genom urvalet eller dispositionen av innehållet utgör intellektuella skapelser skyddas som sådana.” Skyddet gäller dock inte ”dessa data eller materialet som sådant och påverkar inte eventuell existerande upphovsrätt till de data eller det material som ingår i

⁶³ Se redogörelsen för rådets motivering i Gemensam ståndpunkt, avsnitt II. Se också artikel 1.2 i direktivet, enligt vilken begreppet ”databas” avser ”en samling av verk, data eller andra självständiga element som sammanställs på ett systematiskt eller metodiskt sätt och som var för sig är tillgängliga genom elektroniska medier eller på något annat sätt.” Enligt punkt 13 i ingressen till direktivet skyddas ”sammanställda verk, ibland kallade ’samlingsverk’, data eller annat material vars bearbetning, lagring eller åtkomst sker genom elektroniska elektromagnetiska, elektrooptiska eller andra liknande metoder.” Enligt punkt 14 ska det skydd som direktivet inför utsträckas till att gälla icke-elektroniska databaser. I det följande bortses från att direktivets databasdefinition ställer krav på att de ingående elementen ska vara självständiga, var för sig tillgängliga och systematiskt eller metodiskt sammanställda och därigenom kan sägas tillföra nya kriterier utöver vad som gäller för skyddet för sammanställningar enligt de internationella konventionerna. Brittisk rätt ger t.ex. skydd för såväl ”databaser” i direktivets mening, som för samlingar, vilka inte uppfyller direktivets databasdefinition. För en diskussion härom, se Axhamn s. 46 ff.

⁶⁴ Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886, senast reviderad i Paris den 24 juli 1971.

⁶⁵ Avtal om handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) (1994).

⁶⁶ WIPO:s Fördrag om upphovsrätt (WCT), antaget i Genève 1996.

⁶⁷ Det synes i vilket fall inte vara oförenligt med Bernkonventionen att ge ett skydd för sammanställningar innehållande annat än upphovsrättsligt skyddat material. Sådana sammanställningar kan omfattas av den generella bestämmelsen om ”litterära och konstnärliga verk” i artikel 2.1. Se härom WIPO dokument BCP/CE/III/2-II av den 12 mars 1993, WIPO dokument DB/IM/2 av den 30 juni 1997, Ricketson och Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond* (2006) (Ricketson/Ginsburg) avsnitt 8.88–8.90, Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (2002) (Ficsor) avsnitt C5.01, Gervais, *The TRIPS Agreement. Drafting History and Analysis* (2008) (Gervais I) avsnitt 2.102–2.104, Beunen s. 49 ff. och Gervais i *Chicago-Kent Law Review* 2007 (Gervais II) s. 1112 f.

sammanställningen.” Enligt artikel 10.2 i TRIPS-avtalet ska sammanställningar av ”uppgifter eller annat material i maskinläsbar eller annan form” som ”genom det sätt innehållet valts ut eller arrangerats utgör verk,” åtnjuta skydd ”som sådana.” Vidare anges att skyddet inte omfattar ”själva uppgifterna eller materialet” och att det inte ska ”inskränka upphovsrätten till själva uppgifterna eller materialet.”

Den svenska versionen av artikel 2.5 BK skiljer sig i ett betydande avseende från den auktoritativa franska versionen⁶⁸ i det att rekvisiten ”urval” och ”disposition” anges som *kumulativa*, när de i själva verket är *alternativa*.⁶⁹ Även i det avseendet är WCT- och TRIPS-avtalen alltså tydligare än BK.

Begreppet ”urval” tar sikte på valet av verk eller andra element för insamling, medan begreppet ”disposition” eller ”arrangemang” tar sikte på hur materialet presenteras, t.ex. tematiskt eller efter ämne.⁷⁰ För båda kriterierna krävs att de val som upphovsmannen gör är resultatet av ett intellektuellt skapande arbete, dvs. är *originellt*.⁷¹ Valen ska vara mer än triviala, banala, eller av rent mekanisk natur. I linje med vad som uttrycks i de internationella konventionerna anges i artikel 3.1 i databasdirektivet att medlemsstaterna ska ge upphovsrättsligt skydd för ”databaser som på grund av innehållets urval eller sammanställning utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse”.⁷² Vidare anges i punkt 15 i ingressen till direktivet att ”de villkor som tillämpas för att avgöra om en databas ska vara upphovsrättsligt skyddad ska begränsas till att gälla om urvalet eller sammanställningen av innehållet i databasen är ett intellektuellt verk som upphovsmannen skapat. Detta skydd avser basens struktur.” I punkt 16, slutligen, anges att ”[i]nget annat kriterium bör komma att tillämpas för att bestämma om en databas förtjänar upphovsrättskydd eller ej än originalitet i betydelsen av upphovsmannens intellektuella skapelse. I synnerhet bör ingen uppskattning ske av databasens kvalitet eller estetiska värde.”⁷³

Att det upphovsrättsliga skyddet för strukturen hos en databas inte är tillräckligt för att skydda investeringen i upprättandet av basen var, närmare besett, ett av huvudskälen bakom införandet av *sui generis*-rätten. Även om punkt 38 synes ha fått en undanskymd plats i direktivets ingress, finns det ytterligare stöd i

⁶⁸ Såväl den franska som den engelska språkversionen är auktoritativa, se artikel 37.1 BK. Vid meningsskiljaktigheter beträffande tolkningen ska dock den franska texten äga vitsord.

⁶⁹ Den franska artikeltexten lyder: ”Les recueils d’œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils.” Ricketson/Ginsburg gör också tolkningen att kraven är alternativa, se Ricketson/Ginsburg avsnitt 8.87.

⁷⁰ Ricketson/Ginsburg avsnitt 8.87, Beunen s. 51 f. och Gervais II s. 1115 f.

⁷¹ Masouyé, Guide to the Berne Convention (1978) avsnitt 2.19, Gervais I avsnitt 2.102–2.104, Ricketson/Ginsburg avsnitt 8.87, Beunen s. 51 f. och Ficsor avsnitt C5.05.

⁷² Lakorda punkt 7 och Directmedia punkt 5.

⁷³ Punkt 16 återges här i Karnells språkdräkt, se not 14 ovan. Den officiella svenska språkversionen lyder: ”Inget annat kriterium än det immateriella verkets egenart skall behöva tillämpas för att avgöra huruvida en databas kan skyddas av upphovsrätt. I synnerhet skall databasens kvalitet eller estetiska värde inte värderas.”

ingressen för att *sui generis*-rätten har ett annat föremål än det upphovsrättsliga skyddet till databasens struktur – nämligen den underliggande *investeringen*.⁷⁴

Att det upphovsrättsliga skyddet för basens struktur inte förmådde skydda investeringen i upprättandet av basen identifierades tidigt av gemenskapslagstiftaren. Förarbetena till direktivet – Grönboken från 1988,⁷⁵ kommissionens första utkast,⁷⁶ Europaparlamentets tillägg och ändringar⁷⁷ och rådets gemensamma ståndpunkt⁷⁸ – ger alla uttryck åt uppfattningen att framställaren av en databas bör beredas ett skydd som inte är begränsat till basens struktur.⁷⁹ Förarbetena till *sui generis*-rätten påverkades starkt av att amerikanska Supreme Court 1991 meddelat dom i det s.k. *Feist*-avgörandet, i vilket domstolen konstaterade att upphovsrätten till en sammanställning omfattade endast originaliteten i dess urval och disposition oavsett om stort arbete lagts ner på att framställa den. Domstolen betonade också att upphovsrätt inte kan utsträckas till att omfatta de

⁷⁴ Punkt sex i direktivets ingress anger att i frånvaro av enhetliga stadganden om otillbörlig konkurrens eller rättspraxis inom detta område, är andra tilläggsåtgärder nödvändiga för att förhindra att innehållet i en databas blir föremål för utdrag och/eller återanvänds utan tillstånd. Enligt punkt sju kräver upprättandet av databaser en betydande insats av mänskliga, tekniska och finansiella resurser, men det är möjligt att till en betydligt lägre kostnad kopiera eller få tillgång till dem än vad det kostar att själv skapa dem. Enligt punkt åtta utgör utdrag och/eller återanvändning utan tillstånd av innehållet i en databas åtgärder som kan ha allvarliga ekonomiska eller tekniska följder. Enligt punkt 39 har direktivet som mål – förutom att säkerställa skyddet av upphovsrätten som grundas på originaliteten hos urvalet och sammanställningen av innehållet i databasen – att skydda databasproducenterna mot att användare eller konkurrenter tillgodogör sig resultaten av de investeringar i pengar och sakkunskap som de som sökt och samlat innehållet gjort, genom att skydda hela eller väsentliga delar av databasen mot vissa av användarens eller konkurrentens förfoganden. Enligt punkt 40 är det specifika föremålet för denna rätt av sitt eget slag att garantera att investeringar för anskaffning, granskning och presentation av innehållet i en databas skyddas för en bestämd tid. Enligt punkt 41 är syftet med rätten av sitt eget slag att ge databasproducenten möjlighet att förhindra olovligt utdrag och/eller återanvändning av hela eller en väsentlig del av innehållet i en databas. Enligt punkt 42 avser den särskilda rätten att förhindra olovligt utdrag och/eller återanvändning användarens förfoganden som överskrider dennes lagliga rätt och som på så vis är till men för investeringen.

⁷⁵ Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action. COM(88) 172 final. Brussels 7 June 1988, avsnitt 6.

⁷⁶ Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases. COM(92) 24 final – SYN 393. Brussels 15 April 1992.

⁷⁷ Parliament amendments on the Commission Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases of 23 June 1993, A3-0183/93, OJ C194/144, 19 July 1993 och Europaparlamentets beslut om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om rättsligt skydd för databaser (C4-0370/95 – 00/0393(COD)), A4-0290/95, EGT C17/164, 22 januari 1996.

⁷⁸ Gemensam ståndpunkt – se not 5 ovan.

⁷⁹ *Sui generis*-rätten genomgick omfattande ändringar under sin tillkomstshistoria. Rätten var från början utformad (endast) som ett skydd mot konkurrenters ”illojala” förfoganden, men blev alltså till slut en långtgående immateriell ensamrätt. Direktivets tillkomstshistoria har analyserats ymnigt i doktrinen. Förutom tidigare refererad litteratur – särskilt Derclaye, Beunen, Davison och Axhamn – kan nämnas t.ex. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken* (1999), Bensinger, *Sui-generis Schutz für Datenbanken – Die EG-Datenbankenrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts* (1999), Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht: eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz* och Herr i Julebog. Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København (2005) s. 243 ff.

faktauppgifter som ingår i sammanställningen.⁸⁰ I doktrinen har det upphovs-
rättsliga skyddet för databaser (därför) karakteriserats som ”tunt”.⁸¹

I sammanhanget kan nämnas de skäl som generaladvokat *Stix-Hackl* anförde i sitt förslag till avgörande i *BHB*, där hon kraftfullt argumenterade för att *sui generis*-rätten inte uppställer något krav på att det utdragna eller återanvända ska uppvisa en liknande struktur som den ursprungliga databasen.⁸² Enligt *Stix-Hackl* innebar den omständigheten att det i artikel 1.2 uttryckligen anges att samlingen ska ha ”sammanställts på ett systematiskt eller metodiskt sätt” och att detta inte alls nämns i artikel 7, motsatsvis att gemenskapslagstiftaren inte önskat uppställa detta villkor för tillämpningen av artikel 7.⁸³ Även direktivets syfte, såsom det anges i punkt 38 i ingressen till direktivet, talade enligt *Stix-Hackl* mot att det förelåg ett sådant kompletterande villkor. *Sui generis*-rätten skulle nämligen motverkas om det var möjligt att kringgå ensamrätten genom att företa enkla ändringar av delar av databasen.⁸⁴ Liknande argument hade anförts av *Judge Laddie* när *BHB* tolkades i lägre instans⁸⁵ och har förts fram inom doktrinen av *Derclaye*,⁸⁶ *Aplin*,⁸⁷ *Leistner*,⁸⁸ *Davison* och *Hugenholtz*,⁸⁹ *Westkamp*⁹⁰ och *Axhamn*.⁹¹

⁸⁰ *Feist Publications v Rural Telephone Service Co.*, 499 US 340, 111 S.Ct. 1282 (1991). Vid 1289 uttrycker domstolen att ”[t]his inevitably means that the copyright in a factual compilation is thin. Notwithstanding a valid copyright, a subsequent compiler remains free to use the facts contained in another’s publication to aid in preparing a competing work, so long as the competing work does not feature the same selection and arrangement”. Domstolen hänvisar därefter till följande uttalande av Ginsburg i *Columbia Law Review* 1990 s. 1868: ”No matter how much original authorship the works displays, the facts and ideas it exposes are free for the taking... [T]he very same facts and ideas may be divorced from the context imposed by the author, and restated or reshuffled by second comers, even if the author was the first to discover the facts or to propose the ideas.” Avgörandet har kommenterats av Ginsburg i *Columbia Law Review* 1992 s. 338 ff. och Gervais i *Journal of the Copyright Society of the USA* 2002 s. 949 ff. Angående *Feist*-avgörandets inverkan på *sui generis*-rättens utformning, se Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken* (1999) s. 59 ff.

⁸¹ Se t.ex. *Axhamn* s. 115 f. och 137 ff. och Ginsburg i *Columbia Law Review* 1990 s. 1868.

⁸² *BHB* (Yttrande) punkterna 62 till 71. I punkt 70 anförts: ”Det kan alltså fastställas att samma systematiska eller metodiska presentation som i den ursprungliga databasen inte utgör något villkor vid bedömningen av huruvida de åtgärder som har vidtagits med avseende på databasen är rättsenliga. Det är därför i princip oriktigt att direktivet inte beviljar skydd för data som sammanställts på ett förändrat eller annorlunda strukturerat sätt.”

⁸³ *BHB* (Yttrande) punkterna 63–64.

⁸⁴ *BHB* (Yttrande) punkterna 65–66.

⁸⁵ *British Horseracing Board Limited and Others v. William Hill Organisation Limited*, [2001] CMLR 12, punkt 47 (med hänvisning till punkterna 38 och 39 i direktivets ingress): ”Indeed the Recitals to the Directive are quite explicit that the form of a database is what is protected by copyright not by the *sui generis* right.”

⁸⁶ *Derclaye* s. 112 f.

⁸⁷ *Aplin* i *IPQ* 2005 s. 220 och *Aplin*, *Copyright Law in the Digital Society. The Challenges of Multimedia* (2005) (*The Challenges of Multimedia*) s. 144.

⁸⁸ *Leistner* i *IIC* 2003 s. 142 f.

⁸⁹ *Davison/Hugenholtz* i *EIPR* 2005 s. 118.

⁹⁰ *Westkamp* i *IIC* 2003 s. 788 och *Westkamp* i *European Competition Law Review* (2001) s. 21.

⁹¹ *Axhamn* s. 63 ff. och *Axhamn* i *Lov&Data* nr 89 (april 2007) s. 28 f.

För att intrång ska föreligga förutsätts alltså det som dras ut eller återanvänds ha varit föremål för en väsentlig investering i anskaffning, granskning eller presentation. Därigenom uppstår en överensstämmelse mellan skyddsförutsättningen (väsentlig investering i anskaffning, granskning eller presentation av basens innehåll) och intrångskriterierna utdrag och återanvändning.⁹² Vid en jämförelse med den ”gamla” nordiska katalogregeln kan konstateras att den saknar motsvarande överensstämmelse, eftersom intrång kan kringgå genom att omstrukturera innehållet.⁹³

Viss doktrin har dock varit benägen att ge begreppen ”utdrag” och ”återanvändning” samma innebörd som de upphovsrättsliga förfoganderätterna exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten – med effekt att *sui generis*-rätten skulle skydda endast databasens struktur.⁹⁴ Denna doktrin får nu sägas vara överspelad. Ytterligare annan doktrin har ansett att föremålet för *sui generis*-rätten är innehållet i databasen.⁹⁵ Inte heller denna uppfattning är förenlig med EGD:s tolkningbesked. Det är alltid möjligt för en annan databasproducent att framställa en konkurrerande databas och för enskilda att tillgodogöra sig samma information som den i databasen. Förutsättningen är att informationen i den första databasen är allmänt tillgänglig. EGD gjorde 2004 en åtskillnad mellan investeringar i *skapandet* av uppgifter, verk eller andra element och investeringar i anskaffning, granskning och presentation av detta innehåll i en databas.⁹⁶ Därigenom kan innehållet i en databas *per se* aldrig bli föremål för skydd enligt *sui generis*-rätten. Det skulle även strida mot bestämmelser i direktivets ingress.⁹⁷ Innehållet kan däremot bli föremål för *indirekt* skydd genom att databasproducenten ges rätt att förhindra direkta och indirekta förfoganden av innehållet i basen.

En tredje uppfattning som förts fram inom doktrinen är att *sui generis*-rätten skulle vara en närstående rättighet, liksom den som ges till framställare av ljud- och bildupptagningar och radio- och TV-företag. Enligt denna tolkning har omstruktureringar betydelse för intrångsbedömningen – avgörande är om de särskiljande dragen i den ursprungliga databasen (eng. basens ”databasensess”)

⁹² För ett längre resonemang härom, se Axhamn s. 62 ff. och Davison & Hugenholtz i EIPR 2005 s. 116.

⁹³ För ett längre resonemang härom, se Axhamn s. 85 f. och 115 ff. Se också Karnell i NIR 1972 s. 257 som kritiserade utformningen av den gamla katalogregeln eftersom det i grunden rörde sig om ett objektsskydd som alltså fann sina begränsningar när det inte kunde fånga in vad som från ”konkurrens-moralisk” synpunkt kunde te sig otillfredsställande.

⁹⁴ Se t.ex. Davison s. 87 och Beunen s. 31 och 158.

⁹⁵ Herr, *Is the Sui Generis Right a Failed Experiment?: A Legal and Theoretical Exploration of How to Regulate Unoriginal Database Contents and Possible Suggestions for Reform* (2008) (Herr) och Herr i Julebog. Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København (2004) s. 85 ff.

⁹⁶ BHB punkter 47–50.

⁹⁷ Enligt punkt 45 i direktivets ingress ger rätten att förhindra utdrag och/eller återanvändning utan tillstånd inte upphov till någon utvidgning av upphovsrätten till enkla fakta eller data. Vidare anges i punkt 46 ”att det finns en rätt att förhindra utdrag och/eller återanvändning av hela eller en väsentlig del av verk, data eller element i en databas ger inte upphov till någon ny rätt för detta specifika verk, för dessa specifika data eller element.”

återfinns i den databas som påstås göra intrång. Denna tolkning har förts fram av bl.a. *Karnell*:

”The sui generis protection given to database producers in the directive has been rendered in the form of a property right, very similar, in its aim to protect investments, to the neighbouring rights of phonogram and film producers and broadcasters regarding their recordings and transmissions. Such protection is related to objects: they concern records/films, etc. (not what has been recorded) and the signals transmitted (not their content). The same goes for databases (collections are protected, not data content). What constitutes the factual object/subject matter for a claim for protection, on the one side, and what is the substantial foundation, the object, for an assertion about infringement of a neighbouring right, on the other, are presupposed to correspond to each other.”⁹⁸

Även om många medlemsstater har valt att inordna *sui generis*-rätten som en närstående rättighet i sin nationella upphovsrättslag,⁹⁹ är den till sin utformning (enligt direktivet) inte en närstående rättighet i traditionell mening. Liksom de nämnda närstående rättigheterna ger *sui generis*-rätten ett kompletterande skydd *utöver* det eventuella upphovsrättsliga skyddet. Rätten att förbjuda utdrag och återanvändning av *innehållet* i databasen innebär emellertid i motsats till de nämnda närstående rättigheterna att databasproducenten kan förbjuda förfoganden över icke-originellt innehåll. Att *sui generis*-rätten ger databasproducenten möjlighet att förfoga över hela eller en väsentlig del av innehållet i sin databas oberoende av om det utdragna eller återanvända återges i samma struktur som i den ursprungliga databasen, innebär också att den saknar den fundamentala åtskillnaden mellan fakta och uttryck som finns inom upphovsrätten – vilken betonades av Supreme Court i *Feist*-avgörandet.

2.3.1 Sui generis-rättens avsaknad av dikotomi fakta/uttryck. Att omstruktureringar inte har betydelse för intrångsbedömningen innebär att *sui generis*-rätten saknar en direkt motsvarighet till den upphovsrättsliga principen att ensamrätten inte kan utsträckas till att skydda faktauppgifter (*fact/expression dichotomy*).¹⁰⁰ Principen framgår redan av förarbetena till upphovsrättslagen. Där anges att upphovsrätten ”inte omfattar vad som skulle kunna kallas verkets innersta kärna, dess ämne, motiv eller idé, och icke heller de tankar, erfarenhetsrön eller *uppgifter om fakta* som däri framläggas; vad verket i dessa hänseenden innehåller blir allmän egendom.”¹⁰¹ [Min kursivering]. Denna princip gällde också för den äldre katalogregeln, i vars lagrum *sui generis*-rätten nu är införd. I förarbetena till den

⁹⁸ Karnell i *Journal of the Copyright Society of the USA* 2002 s. 998 f. För ett liknande resonemang, se Leistner i *IIC* 2005 s. 594, Cook i *Copyright World* 1996/61 s. 27, Garrigues i *EIPR* 1997 s. 4, Koumantos i *RIDA* 1997/171 s. 97, Gaster 1999 s. 120 och Beunen s. 14 ff.

⁹⁹ I en studie, gjord på uppdrag av kommissionen men som inte är att uppfatta som ett officiellt dokument, konstateras att de flesta medlemsstater har genomfört *sui generis*-rätten som en närstående rättighet. Se NAUTADULITH Study – Contract ETD/2001/B5-3001/E/72.

¹⁰⁰ Se t.ex. det ovan nämnda *Feist*-avgörandet 499 US 340 (1991) vid punkt 456.

¹⁰¹ SOU 1956:25 s. 68 f. För ett resonemang härom, se Rosén i *NIR* 2006 s. 17 f.

bestämmelsen angavs att ”stadgandet bereder emellertid icke något skydd för de särskilda sakuppgifter som samlats i arbetet. Dessa få återgivas av andra; det är endast sammanställningen av dem som är skyddad.”¹⁰²

Som anges ovan skyddar *sui generis*-rätten inte uppgifterna i databasen *direkt*: det är *investeringen* i anskaffningen, granskningen och presentationen av databasens innehåll som skyddas. Om informationen i basen är allmänt tillgänglig är det alltid möjligt för någon annan att anskaffa, granska och presentera samma information i en ny, konkurrerande, databas. Det är också möjligt för enskilda att få tillgång till informationen från denna källa. Om den som står för investeringen i anskaffning, granskning och presentation även är den som skapar de uppgifter som ingår i basen, uppstår dock risk för *indirekt* informationsmonopol. Det gäller under förutsättning att en sådan databasproducent gör en tydlig (kronologisk) uppdelning mellan de aktiviteter som är hänförliga till skapandet i förhållande till de aktiviteter som rör anskaffning, granskning och presentation av innehållet och dessutom säkerställer att innehållet i databasen inte finns tillgänglig på något annat sätt än direkt eller indirekt ur databasen.¹⁰³

Framställaren av en sådan s.k. *sole source*-databas ges på det sättet ett *indirekt* skydd för innehållet i basen. Även om innehållet i en sådan databas görs tillgänglig för allmänheten, t.ex. online eller via någon dagstidning, sker allt förflöende över basens innehåll, åtminstone teoretiskt sett,¹⁰⁴ *direkt* eller *indirekt* ur basen. De omedelbara effekterna därav är att *sui generis*-rätten på ett helt annat sätt än upphovsrätten och den äldre nordiska katalogregeln kan användas för att skapa monopol på s.k. härledda marknader, med uppenbart negativa effekter för bl.a. informations- och konkurrensfriheten.¹⁰⁵ I *Directmedia* uppställde också bolaget en rad invändningar mot att ge Albert-Ludwigs-Universität Freiburg en sådan långtgående ensamrätt.

2.3.2 Konkurrensproblematik. I fråga om konkurrensproblematiken anförde *Directmedia* att ett förbud enligt *sui generis*-rätten mot inhämtandet av information som fanns i databasen, skulle främja uppkomsten av monopol eller missbruk av dominerande ställning bland databasproducenterna.¹⁰⁶ EGD pekade dock på punkt 47 i ingressen till direktivet, enligt vilken *sui generis*-rätten inte får utövas på ett sätt som skulle underlätta missbruk av dominerande ställning. Domstolen framhöll också att det i linje härmed i artikel 13 föreskrivs att direktivet inte ska påverka tillämpningen av bestämmelser rörande bland annat kartellrätt och otillbörlig konkurrens.¹⁰⁷

¹⁰² SOU 1956:25 s. 391.

¹⁰³ För ett liknande resonemang, se Davison & Hugenholtz i EIPR 2005 s. 115, Riis och Schovsbo i EIPR 2007 s. 4, Axhamn i Lov&Data nr 89 (april 2007) s. 28 f., Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008) s. 28 f., Axhamn s. 65 ff. med hänvisningar, The Challenges of Multimedia s. 67 ff., Aplin i IPQ 2005 s. 211 och Beunen s. 273.

¹⁰⁴ Se nedan om bevisregler.

¹⁰⁵ För ett längre resonemang härom, se Axhamn s. 63 ff. och Pehrson i Festskrift till Seipel s. 447 ff.

¹⁰⁶ *Directmedia* punkt 50.

¹⁰⁷ *Directmedia* punkterna 55 och 56.

Vidare anförde EGD att ”i samma anda” föreskrivs i artikel 16.3 att kommissionen ska överlämna periodiska rapporter om genomförandet av databasdirektivet, vilka har till syfte att bland annat undersöka om tillämpningen av *sui generis*-rätten inneburit missbruk av dominerande ställning eller andra konkurrensbegränsningar som skulle motivera att ändamålsenliga åtgärder vidtogs.¹⁰⁸ Avslutningsvis angav domstolen att begreppet utdrag i detta sammanhang – kännetecknat av förekomsten av gemenskapsrättsliga instrument eller instrument i den nationella rätten för att förhindra eventuella åsidosättanden av konkurrensreglerna, såsom missbruk av dominerande ställning – inte kan tolkas på ett sådant sätt att databasproducenten går miste om skydd mot förfoganden som skulle kunna skada dennes legitima intressen.¹⁰⁹

Måhända för att ”luckra upp” riskerna med *sole source*-databaser gjorde EGD ett uttalande i *Lakorda* om hur en sådan konstruktion ska bedömas i bevishänseende vid en intrångsbedömning. EGD menade att den omständigheten att element som en databasproducent har anskaffat från källor som inte är tillgängliga för allmänheten också förekommer i en databas som tillhör en annan producent, inte i sig utgör *bevis* för att en överföring har skett från den ena till den andra databasens medium. Den andre producenten kan nämligen ha samlat in de aktuella elementen direkt från samma källor. Enligt EGD kan en sådan omständighet likväl utgöra en *indikation* på att ett utdrag har gjorts.¹¹⁰

2.3.3 Informationsfrihet. Directmedia gjorde gällande att upprättandet av en databas inte gav någon äganderätt till information (eng. ”ownership of information”) och att ett förbud mot att inhämta information som finns i databasen skulle strida mot databasanvändarnas legitima rätt till fri tillgång till information.¹¹¹

EGD anförde att det sedan tidigare hade stått klart att det är tillåtet att göra *sökningar* i en databas som databasproducenten eller någon med hans tillstånd (återanvändare) har gjort tillgänglig för allmänheten. Sökning i en sådan databas omfattas inte av databasproducentens ensamrätt, eftersom ett sådant förfarande inte motsvaras av begreppen utdrag eller återanvändning.¹¹² Frågan är dock hur väl möjligheten till sökning förmår kompensera för den omfattande ensamrätten, särskilt när fråga är om digitala databaser. Vid sökning i en sådan databas uppstår nämligen utdrag av databasens innehåll på datorns internminne och som framgår ovan är det ett förfogande som databasproducenten kan förbjuda inom ramen för sin ensamrätt.

I *Lakorda*-avgörandet uttalade sig EGD om det hade någon betydelse att innehållet i basen utgjordes av officiella dokument, vilka var tillgängliga för all-

¹⁰⁸ Directmedia punkt 57. Kommissionen har hittills kommit med (endast) en sådan rapport, se DG Internal Market and Services Working Paper – First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases.

¹⁰⁹ Directmedia punkt 58.

¹¹⁰ *Lakorda* punkterna 52 och 55. Jfr Pehrson i Festskrift till Seipel s. 447 ff., som diskuterar bevisfrågor vid databasintrång.

¹¹¹ Directmedia punkt 50.

¹¹² Directmedia punkterna 51 till 53 och BHB punkt 54. Jfr dock strax nedan om elektroniska databaser.

mänheten och inte skyddas av upphovsrätt. Exempel härpå är t.ex. myndighetsbeslut eller författningstexter. EGD konstaterade att det inte hade någon betydelse för *sui generis*-rättens tillämplighet att basen innehåll utgjordes av sådana element.¹¹³ *Sui generis*-rätten synes alltså kunna ge (indirekt) skydd för element som av tradition inte omfattats av det upphovsrättsliga skyddet.

2.3.4 Omstrukturerings betydelse i bevishänseende. Även om omstruktureringar inte har någon betydelse för den rättsliga frågan om intrång i *sui generis*-rätten, kan det ha betydelse vid bevisvärderingen. I *Lakorda* hade EGD att ta ställning till om den omständigheten att producentens databas har en särskild struktur samt innehåller anteckningar, hänvisningar, kommandon, fält, hyperlänkar och redaktionella texter, vilka också förekommer i den databas som tillhör den person som påstås vara skyldig till en överträdelse, utgör en indikation på att utdrag har gjorts.¹¹⁴ Domstolen anförde att den omständigheten att sådana *materiella och tekniska särdrag* hos innehållet i en databas också förekommer i en annan databas, kan ses just som en *indikation* på att en överföring har skett mellan dessa båda databaser och därmed på att ett utdrag har gjorts. Domstolen poängterade dock att det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida denna överensstämmelse inte kan förklaras av andra faktorer, såsom att de källor som har använts vid skapandet av de båda databaserna är identiska och att sådana särdrag förekommit i dessa gemensamma källor.¹¹⁵

Att den ”nya” databasen har samma ”struktur” som den första kan givetvis aktualisera fråga om intrång i *upphovsrätten* till den sistnämnda – förutsatt att den åtnjuter sådant skydd (se ovan). Vid en bedömning av om intrång föreligger i upphovsrätten till en databas aktualiseras de regler om ”hoppande” bevisbörda som har fastslagits i upphovsrättspraxis.

3. Sammanfattande kommentar till EGD:s förhandsavgöranden

Genom sina uttalanden får EGD sägas ha slagit fast att *sui generis*-rätten tillgodoser informationsfriheten *intert*¹¹⁶ (inom ramen för ensamrättens utformning) genom möjligheten till ”sökning” och de inskränkningar som direktivet uppställer för *sui generis*-rätten.

På motsvarande sätt tillgodoses förhållandet mellan databasproducentens legitima intressen och konkurrensintresset *extert*¹¹⁷ genom konkurrensrätten. Det finns således ingen möjlighet att tolka *sui generis*-rätten inskränkande för att tillgodose eventuella konkurrensintressen eller ”frihållningsbehov” på ett sätt som skadar databasproducentens legitima intressen. EGD:s bedömning i dessa delar ligger i linje med de bedömningar som doktrinen sedan tidigare gjort av rättsläget.¹¹⁸

¹¹³ Lakorda pp. 69–73.

¹¹⁴ Lakorda punkt 25 fråga 4.

¹¹⁵ Lakorda punkt 51 och 55.

¹¹⁶ Jfr Axhamn s. 60 och Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008) s. 30.

¹¹⁷ Jfr Axhamn s. 67 ff. och Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008) s. 30.

¹¹⁸ Axhamn s. 63 ff. med hänvisningar.

Eftersom inskränkningarna i *sui generis*-rätten inte i tillräcklig utsträckning anses tillmötesgå allmänna och enskilda intressen motstående databasproducentens, har dess interna balans utsatts för omfattande kritik i doktrinen.¹¹⁹ Särskilda betänkligheter väcker faktum att *sui generis*-rätten kan ge (indirekt) skydd för innehåll som av tradition inte omfattats av det upphovsrättsliga skyddet, t.ex. rena faktauppgifter eller myndighetsdokument.

Det kan naturligtvis anföras synpunkter på det lämpliga i att låta *sui generis*-rätten huvudsakligen balanseras av konkurrensrätten och en rätt till sökning vars omfattning är oklar när det gäller digitala databaser.¹²⁰ En generell invändning är därför att EGD har gett ensamrätten ett flexibelt, allomfattande och teknikneutralt omfång, – närmast liknande en generalklausul – medan användarens rätt till sökning är beroende av vilket medium databasen används i. *Sui generis*-rätten har i doktrinen beskrivits som en av de mest ensidiga och producentvänliga ensamrätterna – framtvångad av förlagsbranschen. Ytterst baseras den kritiken på att databasdirektivets utformning bygger på synen på information som en *handelsvara* bland andra, snarare än information som en samhällsresurs.¹²¹

I sammanhanget kan framhållas att kommissionens första utkast till databasdirektiv innehöll bestämmelser om tvångslicenser – just för att beakta informations- och konkurrensintressen. Dessutom var databasskyddet utformat (endast) som ett skydd mot ”unfair extraction”, dvs. ett skydd mot illojala förfoganden som alltså inte omfattade förfoganden av enskilda.¹²² Inom doktrinen har framförts synpunkten att *sui generis*-rätten bör kompletteras med sådana tvångslicenser, eller åtminstone samma inskränkningar som gäller för den egentliga upphovsrättens del,¹²³ för att tillgodose allmänna och enskilda intressen.¹²⁴ EGD:s hänvisning till artikel 16.3 i direktivet kan även ses som en markering till kommissionen att den bör vara synnerligen uppmärksam på de frågor som nuvarande utformning av direktivet väcker beträffande informationsfrihet och konkurrenshänsyn.

¹¹⁹ Direktivet tillåter att medlemsstaterna inför endast tre inskränkningar i *sui generis*-rätten: utdrag för enskilt bruk av innehåll i en icke-elektronisk databas, utdrag för undervisningsändamål och forskning i vissa fall och utdrag eller återanvändning i den allmänna säkerhetens intresse eller för ett administrativt eller rättsligt förfarande. Se härom artikel 8 och 9 i direktivet. För kritik mot inskränkningarnas utformning och *sui generis*-rättens interna balans, se t.ex. Davison s. 79 f., 91 f. och 99, Beunen s. 228 ff. och Derclaye s. 136 f.

¹²⁰ För ett liknande resonemang, se Axhamn s. 75 ff. och 137 ff. Jfr Beunen s. 273: ”Instead of balancing private and public interests within its own scope, the *sui generis* right thus simply leaves this balancing act to competition law.” Se också Kur, Hilty, Geiger och Leistner i IIC 2006 s. 554 f.: ”Instead of relying entirely on external rules which are possibly subject to an overly strict interpretation by the courts and competent authorities, it might therefore be a preferable alternative to implement a regime of no-voluntary licenses within database legislation...”

¹²¹ Corbett i EIPR 2006 s. 83 ff., Davison s. 264 ff. och Axhamn s. 38 f.

¹²² Se Commission Proposal for a Council directive – COM (92) 24 final – SYN 393, artikel 1.2, 2.5 och 8.

¹²³ Jfr inskränkningarna i *sui generis*-rätten (se not 119 ovan) med artikel 5 i Infosocdirektivet, vilken uppställer betydligt fler inskränkningar. Eftersom *sui generis*-rätten är betydligt mer omfattande – den kan ju leda till (indirekt) informationsmonopol – än upphovsrätten synes en utökning av inskränkningarna vara påkallad.

¹²⁴ Davison s. 79 f., 91 f. och 99, Beunen s. 228 ff. och 280 och Derclaye s. 136 f.

Framöver blir den viktigaste uppgiften på databasområdet att fastställa gränsytan mellan *sui generis*-rätten och konkurrensrätten. Som bekant finns på upphovsrättens område en rad avgöranden från EGD och Förstainstansrätten som behandlar gränsytan mellan ensamrätt och konkurrensrätt. För *sui generis*-rättens del återstår för doktrin och rättspraxis att reda ut denna gränsyta.¹²⁵

4. *Sui generis*-rätten i förhållande till det nordiska införlivandet av databasdirektivet

De förfoganderätter som knyts till *sui generis*-rätten i de nordiska lagtexterna¹²⁶ – exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten – är, som framgått av den här artikeln, något helt annat än *sui generis*-rättens förbudsätter utdrag och återanvändning.¹²⁷ Det medför osäkerhet på marknaden för databaser när den nationella lagtexten inte återger de rättigheter och skyldigheter som direktivet påbjuder, eftersom lagtexten inte uppenbart kan tolkas *mot sin ordalydelse* för att åstadkomma det resultat som direktivet syftar till. Det gäller särskilt mot bakgrund av att *sui generis*-rättens ensamrätt utformades med tanke på att det upphovsrättsliga skyddet för strukturen hos en databasens ansågs otillräckligt för att skydda investeringen som producenten gjort i upprättandet av databasen.

Generellt gäller att bestämmelser i direktiv på det horisontella planet (dvs. mellan enskilda) kan få genomslag i nationell rätt endast genom s.k. direktivkonform tolkning. I *Von Colson* slog EGD fast att det av *samarbetsprincipen*,¹²⁸ läst tillsammans med artikel 249 i fördraget, följer att nationella domstolar är skyldiga att *i den utsträckning det är möjligt* tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet.¹²⁹ I *Wagner Miret* framhöll EGD att kravet på den nationella domstolen att tolka nationella bestämmelser *i den utsträckning det är möjligt* i syfte att ge (indirekt) effekt åt ett direktiv knappast kan karakteriseras som absolut i alla delar, eftersom en förutsättning för principens tillämplighet rimligtvis borde vara

¹²⁵ Inledande försök till bestämning av gränsytan mellan *sui generis*-rätten och konkurrensrätten har gjorts av bl.a. Derclaye s. 296 ff., Beunen s. 233 ff., Derclaye i IIC 2007 s. 275 ff., Schovsbo i IT-rätten i 1900-talets sista skälvande år (red. Blume) s. 85 ff., Pehrson i Festskrift till Seipel s. 447 ff. och Axhamn s. 67 ff.

¹²⁶ Se 49 § Upphovsrättslagen (Sverige), § 43 Lov om opphavsett til åndsverk m.v. (Norge), § 71 lov om ophavsret (Danmark) och 49 § Upphovsrättslagen (Finland).

¹²⁷ Jfr propositionen till genomförandet av databasdirektivet där det anförs att utformningen av 49 § URL har den ”praktiska fördelen” att man ”normalt inte behöver ta ställning” [sic!] till frågan om en samling utgör ett verk som skyddas med upphovsrätt enligt 1 § URL eller ett arbete som skyddas enligt 49 § URL, se prop. 1996/97:111 s. 114.

¹²⁸ Samarbetsprincipen (artikel 10 EG) är av grundläggande betydelse för samarbetet inom Gemenskapen och för gemenskapsrättens förhållande till nationell rätt. Enligt denna princip är nationella domstolar och myndigheter ålagda att säkerställa att gemenskapsrätten får fullt genomslag i den nationella rättsordningen.

¹²⁹ Dom av den 10 april 1984 i mål C-14/83, *Von Colson och Kamann* (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577) punkterna 26 och 28. Motsvarande engelsk terminologi är ”as far as possible”. Kravet på direktivkonform tolkning är oberoende av huruvida direktivet har vertikal direkt effekt, se härom dom i mål 79/83, *Harz*, (REG 1984, s. 1921), punkt 26 f.

att det finns ett utrymme för *tolkning*.¹³⁰ Där erkände EG-domstolen för första gången att det kan finnas sådana omständigheter att den nationella domstolen inte kan *tolka in* direktivets bestämmelser i den nationella lagtexten.¹³¹ I *Pfeiffer* förtydligade domstolen att det är *tolkningsprinciper i nationell rätt* som avgör hur långt det är möjligt att tolka den nationella rätten i ljuset av EG-rätten.¹³² Klart är ändå att den nationella domstolen, vid direktivkonform tolkning, är skyldig att åsidosätta nationella förarbeten som ger uttryck åt en motsatt tolkning av nationell rätt än vad det bakomliggande direktivet påbjuder.¹³³ Generellt gäller alltså att databasdirektivet kan få genomslag på det horisontella planet endast i den utsträckning det är möjligt att tolka 49 § URL i ljuset av direktivet.¹³⁴

4.1 Direktivkonform tolkning av 49 § URL i ljuset av databasdirektivet. I NJA 2002 s. 398 (Svenska spel / Fixtures Marketing) beslutade HD att inhämta förhandsavgörande från EGD beträffande tolkningen av databasdirektivet. I sin begäran om förhandsavgörande konstaterade HD att ändringen av 49 § URL syftade till att genomföra databasdirektivet och därför skulle tolkas i ljuset av det. När tvisten mellan Svenska Spel och Fixtures Marketing slutligen avgjordes (NJA 2005 s. 924 (NIR 2006 s. 266)) – efter inhämtat förhandsavgörande från EGD – gjorde HD en del klargöranden om tolkningen av 49 § URL. Domstolen uttryckte generellt att det direktivbaserade investeringsskyddet *sui generis* skulle tolkas direktivkonformt. I avgörandet tog HD dock inte konkret ställning till om exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten kunde tolkas till att motsvara direktivets utdrag och återanvändning; eftersom skyddsförutsättningen *väsentlig investering* i avgörandet inte ansågs uppfylld, behövde HD aldrig ta ställning till den frågan. Med tanke på att HD ställde frågor till EGD om tolk-

¹³⁰ Dom av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret (REG 1993, s. I-6911; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-477), punkt 22.

¹³¹ Drake i ELR 2005 s. 342–343.

¹³² Dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 116.

¹³³ Dom av den 29 april 2004 i mål C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier (REG 2004, s. I-5791), punkt 13.

¹³⁴ Axhamn s. 132 och Axhamn i NIR 2006 s. 280 ff. Att den svenska lagstiftaren gör bedömningen att *sui generis*-rätten ”bygger på de principer som bär upp det nordiska katalogskyddet” (se prop. 1996/97:111 s. 23), medför alltså inte att *sui generis*-rätten ska tolkas i ljuset av den nordiska katalogregeln. Se t.ex. generaladvokatens uttalande i sitt förslag till avgörande i Fixtures Marketing II: ”Det nyinförda *sui generis*-skyddet i direktivet går tillbaka på det nordiska katalogskyddet och det nederländska ’geschriftenbescherming’. Denna bakgrund kan emellertid inte leda till att den tolkning av dessa tidigare bestämmelser som har utvecklats i doktrin och rättspraxis förs in i direktivet. Snarare är det så att direktivet skall utgöra utgångspunkten för tolkningen av nationell rätt, varvid detta även gäller för de medlemsstater som redan före direktivets tillkomst hade liknande bestämmelser. Även för dessa medlemsstater är det nödvändigt att anpassa de nationella bestämmelserna till direktivets krav.” En annan fråga, som inte behandlas i den här artikeln, är om det är förenligt med direktivet att i nordisk rätt fortfarande ge skydd för arbeten som är resultatet av att ett stort antal uppgifter har sammanställts. För en diskussion härom, se t.ex. Karnell i NIR 1999 s. 53 ff., Koktvedgaard i Festskrift till Karnell s. 342 ff., Axhamn i Lov&Data nr 89 (april 2007) s. 28 f. och Axhamn s. 117 ff., 125 ff. och 137 ff., Rosenmeier i NIR 2007 s. 405 ff. och Rognstad i NIR 2007 s. 411 ff.

ningen av förbudsrätterna, synes det dock som om HD varit beredd att tolka den svenska lagtexten till att motsvara det resultat som direktivet åsyftar. En sådan tolkning av begreppen exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten kan inte heller anses strida mot grundläggande krav på förutsebarhet i rättstillämpningen. En sådan ordning medför också att den kongruens som uppställs av direktivet mellan skyddsförutsättningen väsentlig investering och intrångskriterierna utdrag och återanvändning blir aktuell för databaser även i svensk rättstillämpning.¹³⁵

Efter EGD:s tolkningsbesked 2004 och HD:s slutliga avgörande 2005 har *sui generis*-rätten, så som den återges i 49 § URL, prövats i svensk underrettspraxis. I ett avgörande från Stockholms tingsrätt av den 14 december 2006 i mål nr T 30270-05, som fastställdes av Svea hovrätt den 14 april 2008 i mål T-359-07, tolkades begreppen exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten till att motsvara sin gängse upphovsrättsliga innebörd. I målet var fråga om intrång i en av Immigrantinstitutet publicerad katalog över invandrar- och minoritetstidskrifter. Immigrantinstitutet hävdade att Styrelsen för psykologiskt försvar (SPF) genom utgivandet av katalogen "Minoritetsmedier i Sverige" hade publicerat delar av Immigrantinstitutets katalog och därigenom gjort intrång i deras rättigheter enligt 49 § URL. Enligt domstolen innebar 49 § URL att Immigrantinstitutet hade ensamrätt att framställa exemplar av katalogen och att göra denna tillgänglig för allmänheten. Enligt tingsrätten omfattade skyddet själva sammanställningen som sådan och inte uppgifter i den och inte heller själva idén att sammanställa invandartidskrifter på det sätt som skett. Det var således tillåtet att återge uppgifter ur katalogen och använda den som källa, men inte att eftergöra själva databasen. Vid en jämförelse mellan SPF:s katalog och Immigrantinstitutets katalog fann domstolen att katalogernas systematik skilde sig åt. Domstolen konstaterade också att SPF:s katalog innehöll delvis annan information än Immigrantinstitutets. Enligt domstolens bedömning medförde skillnaderna i katalogernas systematik och innehåll att SPF inte kunde anses ha framställt exemplar av Immigrantinstitutets katalog eller någon väsentlig del därav. Käromålet lämnades därför utan bifall.

Immigrantinstitut-avgörandet har stora likheter med *Directmedia*-avgörandet från EGD. Även om avgörandet är från tiden före EGD:s tolkningsbesked i *Directmedia* och *Lakorda*, borde tingsrätten ha tolkat den nationella lagtexten i ljuset av direktivet istället för att konsultera de nationella ("hemsnickrade") förarbetena. Om tingsrätten hade tolkat den svenska lagtexten i ljuset av direktivet hade den förmodligen konstaterat att omstruktureringar inte har någon betydelse för intrångsbedömningen. Därigenom hade avgörandet kunnat få ett annat utfall.

Ett annat avgörande från Stockholms tingsrätt om tolkning av databasrätten är från den 4 april 2008 i mål T 16297-07. Avgörandet avsåg beslut om interimis-

¹³⁵ Beträffande överensstämmelse mellan skyddsförutsättning och intrångskriterier, se ovan och Axhamn s. 132 ff. Avgörandet NJA 2005 s. 924 är kommenterat och analyserat av Axhamn i NIR 2006 s. 280 ff.

tiskt förbud. I avgörandet tolkade domstolen begreppen exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten till att motsvara direktivets begrepp utdrag och återanvändning – dvs. tvärtemot sin tidigare tolkning i Immigrant-institut-avgörandet. I målet hade AB Trav och Galopp (ATG) väckt talan mot Unibet International Ltd. (Unibet) under påståendet att Unibet uppsåtligt eller av oaktsamhet begick intrång i den ”sportdatabas” som ATG framställt, vari information om hästsport och hästtävlingar i Sverige registrerats och samlats. Domstolen fann att databasen innehöll ett stort antal uppgifter och att den utgjorde resultatet av en väsentlig investering. Databasen åtnjöt därför katalogskydd enligt 49 § upphovsrättslagen. Tingsrätten fann dock att omfattningen av de utdrag som Unibet gjort från databasen och den återanvändning som skett inte utgjorde en kvantitativt sett väsentlig del av innehållet i databasen. Domstolen fann inte heller att Unibets upprepade förfogande av databasen kumulativt sett medförde att Unibet återskapade eller gjorde hela eller en väsentlig del av innehållet i databasen tillgänglig för allmänheten. På grund av det anförda fann tingsrätten att ATG inte hade visat sannolika skäl för påstått intrång. Det interimistiska förbudsyrkandet lämnades därför utan bifall. Beslutet överklagades till Svea hovrätt som delade tingsrättens bedömning. Därutöver anförde hovrätten att ATG inte gjort sannolikt att just de uppgifter som omfattades av Unibets förfoganden utgjorde resultatet av en kvalitativt sett väsentlig investering. Mot bakgrund av det anförda fann hovrätten att det inte förelåg sannolika skäl för påstått intrång, varför överklagandet avslogs. Tvisten pågår fortfarande och huvudförhandling har ännu inte hållits i tingsrätten.

Från övriga nordiska länder kan nämnas den danska Sø og- Handelsrettens avgörande av den 24 februari 2006, i en tvist mellan Home a/s och OFIR a/s. Eftersom domstolen fann att skyddsförutsättningen ”väsentlig investering” inte var uppfylld, behövde den inte ta ställning till intrångskriterierna och hur de skall tolkas.¹³⁶

Underrättspraxis efter NJA 2005 s. 924 är alltså splittrad i frågan om det är möjligt att tolka den nordiska lagtexten för att åstadkomma det resultat som direktivet syftar till. Det medför osäkerhet på marknaden för databaser när den nationella lagtexten inte återger de rättigheter och skyldigheter som direktivet påbjuder, eftersom det inte är uppenbart att det är möjligt att tolka lagtexten mot sin ordalydelse för att åstadkomma det resultat som direktivet syftar till.¹³⁷

Det nordiska genomförandet av databasdirektivet har varit föremål för mycket diskussion i doktrinen.¹³⁸ Mycket kritik riktades redan innan domsto-

¹³⁶ Sø og- Handelsrettens dom av den 24 februari 2006. Sagsnr: V-0108-99, Home a/s mod OFIR a/s. Avgörandet har kommenterats av Glæsel i Lov&Data nr 86 (juni 2006) s. 1 ff., Axhamn i Lov&Data nr 89 (april 2007) s. 28 f., Axhamn s. 132 ff., Rosenmeier i NIR 2007 s. 405 ff. och Rognstad i NIR 2007 s. 411 ff.

¹³⁷ För ett liknande resonemang, se Axhamn s. 125 ff. och 137 ff., Axhamn i NIR 2006 s. 280 ff. och Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008) s. 30.

¹³⁸ Se t.ex. Karnell i NIR 1999 s. 53 ff., Koktvedgaard i Festskrift till Karnell s. 342 ff., Pehrson i Festskrift till Seipel s. 450, Axhamn i Lov&Data nr 89 (april 2007) s. 28 f., Axhamn s. 117 ff., 125 ff. och 137 ff., Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008) s. 28 ff., Rosenmeier i NIR 2007 s. 405 ff. och Rognstad i NIR 2007 s. 411 ff.

larna prövat frågan om direktivkonform tolkning. Den oro som uttrycks i doktrinen beträffande genomförandet av direktivet och därtill hörande frågor om tolknings- och tillämpningssvårigheter, får nu sägas ha besannats. Ytterst behövs troligtvis en lagändring för att skapa säkerhet på marknaden för databasproduktion.

5. Avslutande synpunkter

EGD:s besked i *Directmedia* och *Lakorda* att omstruktureringar inte har någon betydelse för bedömningen av om intrång föreligger i *sui generis*-rätten, ligger i linje med den förhärskande uppfattningen i doktrinen. EGD:s nya tolkningsbesked aktualiserar också *sui generis*-rättens interna obalans mellan databasproducentens rättigheter och motstående allmänna och enskilda intressen, som tidigare har varit föremål för omfattande diskussion i doktrinen. EGD synes genom sin hänvisning till artikel 16.3 i direktivet signalera till kommissionen att den anser att *sui generis*-rättens nuvarande utformning är alltför ensidig till databasproducentens förmån. Rätten kan därför behöva kompletteras med tvångslicenser eller inskränkningar motsvarande dem som gäller för upphovsrätten enligt Infosocdirektivet. Avgörandena visar också att det nordiska införlivandet av databasdirektivet, vilket vid upprepade tillfällen har kritiserats av doktrinen, behöver ses över.