

# Direktivkonform tolkning av 49 § upphovsrättslagen i ljuset av databasdirektivet. En kommentar och analys av NJA 2005 s. 924

*Av jur. kand., civ. ek. Johan Axhamn*<sup>1</sup>

## 1. Inledning

Den 28 december 2005 meddelade Högsta domstolen (HD) dom i ett mål mellan Fixtures Marketing Ltd. (Fixtures) och AB Svenska Spel (Svenska Spel), rörande det s.k. katalogskyddet i 49 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL).<sup>2</sup> Den här rättsfallscommentaren avser att analysera HDs resonemang i nämnda mål utifrån två kompetensfördelningsfrågor mellan Sverige och Europeiska unionen, vilka aktualiserades i rättsfallet och enligt artikelförfattarens mening felbedömdes av HD. Den första frågan gäller rollfördelningen mellan svenska domstolar och EG-domstolen och är relaterad till HDs bedömning av *sakomständigheterna* i målet. Den andra frågan rör *rättsfrågan* och behandlar (de nationella) domstolarnas förändrade roll i förhållande till (den nationelle) lagstiftaren. Den senare frågan har särskild aktualitet beträffande 49 § URL eftersom lagrummet ändrades vid implementeringen av den rätt av sitt eget slag – *sui generis* – som anges i artikel 7 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (direktivet).<sup>3</sup>

Mycket har sagts, och skrivits, om den nordiska implementeringen av databasdirektivets *sui generis*-rätt i nationell lagstiftning.<sup>4</sup> I nuvarande form skiljer sig

<sup>1</sup> Doktorand i rättsvetenskap vid Handelshögskolan i Stockholm. e-post: johan.axhamn@hhs.se.

<sup>2</sup> NJA 2005 s. 924.

<sup>3</sup> Se prop. 1996/97:111 Rättsligt skydd för databaser, m.m.

<sup>4</sup> Se Bensinger, *Sui-generis Schutz für Datenbanken – Die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts*, München 1999, Karnell i NIR 1999 s. 53 ff. och GRUR Int 1999 s. 329 ff., Gaster i *Computer und Recht International* 2/2000 s. 38 ff., Lorentzen i NIR 2004 s. 118 ff., Jensen i NIR 1999 s. 64 ff., Harenko i NIR 2005 s. 623 ff., Spoor i *Festskrift till Gunnar Karnell* s. 731 ff., Koktvedgaard i *Festskrift till Gunnar Karnell* s. 342 ff. samt Axhamn, *Sui generis-skydd för databaser*, Stockholm 2006 s. 64 ff. Se även NAUTADUTILH Study – Contract ETD/2001/B5-3001/E/72, "The Implementation and Application of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases". Den senare studien är gjord på uppdrag av Kommissionen, men är inte att anse som ett officiellt dokument. Att implementera direktivets *sui generis*-rätt i katalogregeln beslutades efter överläggning med övriga nordiska länder, vilka sedan tidigare haft motsvarande katalogregel. Se prop. 1996/97:111 s. 13 och 38. *Sui generis*-rätten är alltså även i övriga nordiska länder införd i deras katalogregel i respektive upphovsrättslag, dvs. 43 § (Norge), 71 § (Danmark) och 49 § (Finland). Det bör poängteras att lagtexten efter implementeringen av

de nordiska katalogreglerna något åt, men för svensk del gäller beträffande skyddsförutsättningen att den svenske lagstiftaren behållit delar av den gamla katalogregeln ("en katalog, en tabell eller annat dylikt arbete, i vilket ett stort antal uppgifter har sammanställts") och samtidigt infört *sui generis*-rätten ("arbete ... vilket är resultatet av en väsentlig investering"):<sup>5</sup>

"Den som har framställt en katalog, en tabell eller annat dylikt arbete i vilket ett stort antal uppgifter har sammanställts eller vilket är resultatet av en väsentlig investering har utslutande rätt att framställa exemplar av arbetet och göra det tillgängligt för allmänheten."

Ett utmärkande drag för den svenska implementeringen av direktivet är följaktligen att den skedde på ett summariskt sätt där flera av direktivets centrala bestämmelser kom att behandlas endast i de nationella förarbetena istället för att införas direkt i författningstexten.

EG-domstolen har i *Kommissionen mot Sverige* accepterat att förarbeten enligt en fast rättstradition i Sverige utgör ett "viktigt instrument för lagtolkningen". För genomförande av *vägledande* bestämmelser i direktiv gäller att dessa kan införas i förarbeten istället för direkt i författningstexten.<sup>6</sup> Emellertid gjorde EG-domstolen i målet en distinktion i förhållande till *Kommissionen mot Danmark*, som gällde implementering av en *ovillkorlig* (tvingande) direktivbestämmelse i dansk rätt. Danmark var i målet inte framgångsrikt i sin argumentation att innebörden av bestämmelsen gavs i förarbetena till den lagstiftning som syftade till att genomföra direktivet.<sup>7</sup> I det svenska målet underströk EG-domstolen att målet skiljde sig från det danska genom att de vägledande bestämmelserna endast var ett *verktyg för tolkningen* av direktivets artiklar och inte i sig hade som syfte att *skapa rättigheter och skyldigheter för enskilda*.<sup>8</sup> I en kommentar anför Bernitz att slutsatsen av de två målen är att bestämmelser i direktiv som reglerar enskildas rättigheter och skyldigheter tydligt måste genomföras inom ramen för nationell lagstiftning.<sup>9</sup> Det är alltså uppenbart att den av lagstiftaren valda metoden att diskutera databasdirektivets samtliga bestäm-

---

dabasdirektivet skiljer sig något åt mellan de nordiska länderna. Den, för den här redogörelsen, mest betydelsefulla skillnaden är att Sverige inte, såsom övriga nordiska länder, infört direktivets centrala begrepp *databas* direkt i lagtexten.

<sup>5</sup> Karnell anför: "Av allt detta juridiska finsnickeri, åstadkommet under avsevärda födslovändor och europeiska avvägningar till harmonins etablering, syns i den svenska lagtexten knappt ett spår." Se Karnell i NIR 1999 s. 56.

<sup>6</sup> Mål C-478/99 Kommissionen mot Sverige p. 23. Målet kommenteras av Abrahamsson i SvJT 2002 s. 720–722.

<sup>7</sup> Mål 143/83 Kommissionen mot Danmark. EG-domstolen uttalade (p. 10) att "Principerna om rättssäkerhet och om enskildas rättsliga skydd kräver en entydig formulering, som gör det möjligt för de berörda personerna att på ett klart och tydligt sätt få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och som gör det möjligt för domstolarna att säkerställa att dessa iakttas."

<sup>8</sup> Mål C-478/99 Kommissionen mot Sverige p. 13. EG-domstolen klargjorde (p. 18) att det är nödvändigt att den rättsliga situation som följer av nationella åtgärder för införlivande är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och ges möjlighet att göra dem gällande inför nationella domstolar.

<sup>9</sup> Bernitz i ERT 2003 s. 158. Samma resonemang anförts motsatsvis av Öberg i JT 2000-01 s. 502.

melser i förarbetena, med undantag av kravet på ”väsentlig investering”, istället för att införa dem i lagtexten inte motsvarar de krav som ställs av Gemenskapen för genomförande av direktiv i nationell rätt. Avgörandet *Kommissionen mot Sverige* ändrar inte faktum att databasdirektivets tvingade bestämmelser borde ha genomförts direkt i lagtexten.

Vidare gäller efter det s.k. *Björnekulla*-avgörandet 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. Det är oväsentligt om de bestämmelser som är föremål för den direktivkonforma tolkningen har antagits före eller efter direktivet.<sup>10</sup> Av det sagda följer dessutom att för det fall att uttalanden i lagförarbeten tidigare har utgjort en del av gällande svensk rätt och dessa regler numera har ersatts av europarättens regler, saknar de aktuella lagförarbetena relevans.<sup>11</sup> Följaktligen bör *Koktvedgaards* påpekande framhållas, att den svenske lagstiftaren har gjort rättstillämpningen en *björntjänst* när den valt att bibehålla begrepp från den gamla katalogregeln, eftersom möjligheten att tolka lagtexten direktivkonformt ter sig problematisk.<sup>12</sup> *Karnell* är av samma uppfattning.<sup>13</sup> Det är alltså oklart i vilken utsträckning det går att tolka 49 § URL i strid med dess ordalydelse – något som aktualiserades i det avgörande av HD som är föremål för den här kommentaren.

NJA 2005 s. 924 är en fullföljning av NJA 2002 s. 398 i vilket HD beslutade att, med stöd av artikel 234 EG, inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen om tolkningen av vissa bestämmelser i direktivet. Den 9 november 2004 lämnade EG-domstolen förhandsavgörande i fyra mål om tolkningen av direktivet, varav ett av dem alltså rörde frågor ställda av HD, vilket HD också redogör för i sin dom – se ovan s. 270 ff.<sup>14</sup> EG-domstolens förhandsbesked har debatterats i omfattande utsträckning inom doktrinen och diskuteras därför inte vidare här.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Mål C-371/02 *Björnekulla* p. 13. Se även Lagrådets yttrande i prop. 2001/02:121 s. 193 och Öberg i SvJT 2003 s. 510. Vängby karakteriserar således dylika svenska förarbeten som någon sorts ”halvofficiell kommentar” som inte kan ha särskilt stark ställning i rättstillämpningen. Se Vängby i SvJT 2003 s. 501. Pehrson anför ett liknande resonemang i JT 1992-93 s. 635.

<sup>11</sup> Rosén i SvJT 1996 s. 253. Abrahamsson anför att makten förskjuts från lagstiftaren till domstolarna, se SvJT 1999 s. 842-843. För ett liknande resonemang se Wersäll i SvJT 2000 s. 253-254 och Wiklund i ERT 2001 s. 219. Norberg framhåller i JT 1994-95 s. 386 att ”domstolarna har en skyldighet att ge rättsskydd även mot åtgärder som vidtas av den nationella lagstiftaren”.

<sup>12</sup> *Koktvedgaard* i Festskrift till Gunnar Karnell s. 343.

<sup>13</sup> Karnell anför att ”...det leder bara till rättsosäkerhet när de nordiska länderna gemensamt stannat för sina gamla formuleringar och begrepp och mer eller mindre bortsett från direktivtexten.” Karnell i NIR 1999 s. 53 ff.

<sup>14</sup> I likhet med det svenska målet rörde två av målen talan riktad av Fixtures mot anordnare av tipsspel – i dessa fall i Grekland och Finland. Det fjärde målet gällde talan riktad av British Horseracing Board Ltd. m.fl. mot William Hill Organisation Ltd. med anledning av att William Hill olovligen hade nyttjat den databas som käranden framställt för att möjliggöra spel över Internet på hästar. Se mål C-338/02 *Fixtures Marketing Ltd mot Svenska Spel (Svenska Spel)*, mål C-444/02 *Fixtures Marketing Ltd mot Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou EG (OPAP)*, mål C-46/02 *Fixtures Marketing Ltd mot Oy Veikkaus Ab (Oy Veikkaus)*, och mål C-203/02 *British Horseracing Board Ltd mot William Hill Organization Ltd (BHB)*.

<sup>15</sup> Se Karnell i NIR 2005 s. 204 ff., Aplin i IPQ 2005 s. 52 ff., Davison / Hugenholtz i EIPR 2005 s. 113 ff., Gaster i *Computer und Recht International* 5/2005 s. 129 ff., Leistner i IIC 2005 s. 592 ff. och Ritter i *CMLRev* 2005 s. 803.

Istället fokuseras på HDs bedömning, vid tillämpning av EG-domstolens tolkningsbesked, av sakfrågorna i målet och tolkningen av den svenska lagtexten i ljuset av direktivets bestämmelser. Av utrymmesskäl begränsas det senare spörsmålet till katalogregelns skyddsförutsättningar *väsentlig investering* och *stort antal uppgifter*.<sup>16</sup>

## 2. Högsta domstolens bedömning av sakomständigheterna

Av ordalydelsen i 49 § URL framgår att lagrummet ger skydd för *arbeten* (HD använder sig dock av direktivets begrepp *databas*, något som det finns anledning att återkomma till) under två skilda förutsättningar – antingen en väsentlig investering eller att ett stort antal uppgifter har sammanställts. HD konstaterade att det *vid en prövning av omständigheterna i målet*, med beaktande av EG-domstolens dom och en tolkning av 49 § URL i enlighet med direktivet, står klart att spelordningarna inte utgör sådana databaser som är resultatet av en väsentlig investering.

I de fyra mål, som var föremål för förhandsavgörande angående tolkningen av direktivet, gjorde EG-domstolen en ovanlig prövning av sakomständigheterna i de enskilda fallen. En anledning härtill kan vara hur de nationella domstolarna vid sin begäran om förhandsavgörande hade redogjort för sakomständigheterna i de anhängiggjorda målen. Dessutom var de frågor som ställdes till EG-domstolen utformade på ett sådant sätt att det för denna kan ha framstått som svårt att dra en klar skiljelinje mellan tillämpning och tolkning.<sup>17</sup> Eftersom EG-domstolens ställning i förhållande till nationella domstolar inte är formellt hierarkiskt överordnad, utan sidoordnad, avgör EG-domstolen emellertid inte den inför nationella domstolen omtvistade frågan, utan har endast att avgöra *tolkningen* av den aktuella gemenskapsrättsregeln.<sup>18</sup> På denna grund har EG-domstolens förhandsavgöranden beträffande databasdirektivet kritiserats, eftersom domstolen kan ha överträtt sin behörighet.<sup>19</sup> Följaktligen gäller att om EG-domstolen gör

<sup>16</sup> Således diskuteras inte här hur katalogregelns intrångskriterier exemplarframställning och tillgänglighetsförhållanden för allmänheten förhåller sig till direktivets förbudsrätter utdrag och återanvändning. För en redogörelse beträffande sui generis-rättens intrångskriterier i förhållande till dess skyddsförutsättning, samt möjligheten att tolka katalogregelns upphovsrättsligt inspirerade intrångskriterier i ljuset av direktivet, se Axhamn, a.a. kapitel 2 och 5.

<sup>17</sup> I grundlagsutredningens betänkande EG och våra grundlagar framhölls att det långt ifrån alltid är möjligt att i enskilda fall dra en tydlig gräns mellan tolkningen av en regel och tillämpningen av regeln på omständigheterna i fallet. Se SOU 1993:14 s. 165.

<sup>18</sup> Rollfördelningen är således ett uttryck för den allmänna samarbetsprincipen i artikel 10 i fördraget, se härom Ds 2005:25 s. 13. Det speciella förhållandet mellan EG-domstolen och den nationella domstolen som riktar en tolkningsfråga till EG-domstolen brukar allmänt betecknas som en form för judiciellt samarbete domstolarna emellan. Se härom Norberg i SvJT 1995 s. 406 och JT 1994-95 s. 374.

<sup>19</sup> När EG-domstolen lämnat sitt förhandsavgörande anförde ett av ombuden för en av de förlorande parterna att EG-domstolen överträdde sin befogenhet när den gick in i en direkt sakprövning istället för att lämna endast förhandsbesked: "the ECJ has gone one step further than it is empowered to do by applying the law to the facts of the case. We have looked at the way it has reasoned the case and it has misunderstood what the BHB database consists of." Se härom *The Lawyer*, 15 November 2004 s. 3. Vid det slutliga avgörandet i *Courts of Appeal* hade man dock inte framgång med sitt resonemang, se [2005] EWCA (Civ) 863. Den brittiska domstolen bemödade

en tillämpning av rätten, kan den nationella domstolen förbise det vid sin egen tillämpning av den tolkning som givits av EG-domstolen. Emellertid synes inte HD vid bedömningen av om skyddsförutsättningen *väsentlig investering* kunde anses uppfyllt göra någon egen sakprövning.

Av EG-domstolens *tolkningsbesked* framgår att det avgörande för om en investering i anskaffning (i betydelsen söka och/eller samla in), granskning eller presentation kan ligga till grund för en väsentlighetsbedömning är att den är *självständig* i förhållande till den investering som avser skapande.<sup>20</sup> Beträffande begreppet *anskaffning* hänvisar HD direkt till EG-domstolens *sakprövning* där det slogs fast att begreppet investering, som avser *anskaffning*, inte omfattar resurser som, inom ramen för upprättandet av en spelordning för att kunna anordna ligaspel i fotboll, läggs ned på att fastställa speldagar, matchtider och vilka lag som skall spela mot varandra i de olika ligorna.<sup>21</sup> Anmärkningsvärt i sammanhanget är att EG-domstolen i sitt förhandsavgörande konstaterat att Fixtures självt påpekat att dess arbete med att söka och samla uppgifter i spelordningar inte kräver någon investering som är *självständig* i förhållande till den investering som krävs för att skapa uppgifterna i spelordningen. EG-domstolen framhåller också att Fixtures arbete med att söka och samla in uppgifterna i spelordningarna för ligorna inte kräver någon särskild ansträngning.<sup>22</sup> En sådan sakprövning ligger emellertid utanför EG-domstolens kompetens, som är att endast besvara tolkningsfrågor. Trots det synes HD inte göra en *egen* bedömning av om det har förelegat en sådan självständig investering, som avser anskaffning, och om den i så fall har varit väsentlig. Det hade varit förtjänstfullt om HD hade redogjort för varför den ansåg att den investering som avsåg sökning och insamling dels inte var självständig i förhållande till den som avsåg skapande och dels inte var att anse som väsentlig.

Beträffande de alternativa skyddsförutsättningarna *granskning* och *presentation* synes HD inte heller i dessa fall göra någon egen sakprövning. Fixtures påstod att hela administreringen av spelordningarna kostade ca 11,5 miljoner pund per år och att en del av dessa kostnader hänförde sig till presentation och granskning, bl.a. i anledning av ändring av matchtider. Begreppet "granskning" avser enligt EG-domstolens tolkningsbesked investeringar som läggs ned i *kontroll* av att sökelementen är korrekta både när databasen *upprättas* och när den är *i drift*. Där emot hör investeringar i granskning under tidigare skeden, när element skapas, vilka sedan samlas i databasen, inte till de relevanta för skyddet.<sup>23</sup> Således synes investeringar som hänför sig till granskning av redan insamlade data vara relevant, medan resurser som läggs ner i att granska de data som samlas in inte är

sig dock med att göra en egen prövning av om det förelåg en självständig väsentlig investering i den bemärkelse som EG-domstolen avsåg i sitt tolkningsbesked.

<sup>20</sup> Mål C-338/02 Svenska Spel p. 24–27 och 29.

<sup>21</sup> Stadgandet är en direkt avskrift av mål C-338/02 Svenska Spel p. 37.

<sup>22</sup> Mål C-338/02 Svenska Spel p. 37.

<sup>23</sup> Mål C-338/02 Svenska Spel p. 27.

det.<sup>24</sup> Vidare stadgas i direktivets artikel 10 (3) att varje kvalitativt eller kvantitativt sett *väsentlig ändring* (en samling av tillägg, utplåningar eller ändringar) i innehållet i en databas som medfört att det har uppkommit en ny kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig investering, kan tilldelas en egen skyddstid. Av preambeln framgår att en sådan väsentlig, ny investering som medför en ny skyddstid kan inbegripa en omfattande *granskning* av databasens innehåll.<sup>25</sup> Emellertid gjorde EG-domstolen även när det gäller begreppet granskning en sakprövning och framhöll att de professionella fotbollsligorna inte behöver göra någon särskild ansträngning för att kontrollera att uppgifterna om de matcher som skall spelas är korrekta när spelordningen framställs, eftersom ligorna är direkt inblandade i arbetet med att skapa dessa uppgifter. EG-domstolen konstaterar också att det framgår av Fixtures yttrande att arbetet med att under säsongen kontrollera att innehållet i spelordningarna är korrekt består i att uppdatera vissa uppgifter i dem till följd av att en match eller en ligaomgång eventuellt måste flyttas fram efter beslut av eller i samråd med de professionella fotbollsligorna. Enligt EG-domstolen kan en sådan granskning inte anses utgöra en väsentlig investering.<sup>26</sup>

HD konstaterar kort att *den allra största delen* av de kostnader som Fixtures angett har avsett kostnader som enligt EG-domstolens svar inte skall medräknas vid bedömningen av om det gjorts en väsentlig investering. Vidare framhålls att kostnader för att *revidera* spelordningar inte kan anses utgöra en sådan investering som skall medräknas vid väsentlighetsbedömningen, samt att härutöver inte *i någon nämnvärd mån* förekommit kostnader som hänför sig till sådana självständiga investeringar som kan erhålla *sui generis*-skydd i enlighet med direktivet. Det är oklart vad HD avser med ”revidera”, dvs. hur begreppet förhåller sig till den enligt direktivet skyddsvärda investeringskategorin *granskning*. Om ”revidering” avser något annat än självständiga investeringar som avser granskning av sökelementen i en databas, hade det varit önskvärt om HD hade varit tydligare i det avseendet. En lexikalisk tolkning av ordet *revidera* ger vid handen att sådana kostnader visst utgör investeringar som skall medräknas vid väsentlighetsbedömningen.<sup>27</sup> Det är därvidlag oklart om HD i sin argumentation hänvisar till EG-domstolens tolkningsbesked beträffande begreppet granskning eller om HD syftar på EG-domstolens sakprövning.

Beträffande lokutionenerna ”den allra största delen av de kostnader som Fixtures angett” [ca 11,5 miljoner pund årligen, min anm.] och ”härutöver i någon

<sup>24</sup> För en utförlig diskussion om gränsdragningen mellan skapande och självständiga investeringar som avser anskaffning, granskning eller presentation, se Axhamm, a.a. kapitel 2.

<sup>25</sup> Preambeln p. 55. En fråga som EG-domstolen undvek att svara på var om sk. ”dynamiska databaser” skall ses som en räkka av nya databaser, alla med sin egen skyddstid, eller om de är att anse som uppdateringar av en och samma databas – vilket leder till ett evigt *sui generis*-skydd, förutsatt givetvis att det sker kontinuerliga uppdateringar. Andra förslag till hur dynamiska databaser skyddas är att de väsentliga ändringar och granskningar som görs av den ursprungliga databasen i sig själva kan utgöra en ny databas, dvs. att den ursprungliga databasen ändras och en ny skapas. Se Karnell i *Journal of the Copyright Society of the USA* 2002 s. 996.

<sup>26</sup> Mål C-338/02 Svenska Spel p. 34.

<sup>27</sup> Enligt svenska akademins ordlista har *revidera* betydelsen granska, bearbeta, överbearbeta och ändra.

nämnavrd mån” synes HD relatera den självständiga investeringen avseende granskning till investeringen som helhet, dvs. även de investeringar som avser skapande. Resonemanget kan tolkas som att HD, vid bedömningen av om en investering som avser granskning är väsentlig, beaktar storleken på investeringen som avser skapande. Om HD har resonerat på det sättet, måste det förstås som en lapsus. Snarare är det så att bedömningen av om väsentlighetskravet är uppfyllt skall ske oberoende av storleken på den investering som avser skapande. *Med andra ord: storleken på investeringen som avser skapande är betydelslös för bedömningen av om en självständig investering som avser anskaffning, granskning eller presentation är väsentlig eller inte.* En annan ordning vore orimlig eftersom det skulle beröva databasproducenter, vilka har stora kostnader för skapande av sökelement som utgör databasens innehåll, men betydligt mindre (men ändå väsentliga i absolut mening) självständiga investeringar i anskaffning, granskning eller presentation, från skydd.

Oavsett om det var HDs avsikt att relatera storleken på den självständiga investeringen som avsåg granskning till den icke skyddsvärda investeringen som avsåg skapande, hade det varit förtjänstfullt om HD tydliggjort storleken på de självständiga kostnaderna. Ett sådant ställningstagande hade klargjort vad som *inte* utgör en, i direktivets mening, kvantitativt väsentlig investering.

Av vad som framgått ovan verkar det således som om HD inte har gjort en från EG-domstolen självständig prövning av omständigheterna i målet. HD borde istället ha utgått från den *tolkning* av begreppet väsentlig investering i anskaffning, granskning eller presentation som EG-domstolen meddelat och därefter gjort sin egen sakprövning. Följaktligen gäller alltså att spelordningar inte är uteslutna från *sui generis*-skydd *per se*, vilket däremot EG-domstolen i sin sakprövning hävdar när den anför att varken anskaffning, granskning eller presentation av innehållet i en spelordning (för en fotbollsliga) utgör en väsentlig investering som kan motivera att spelordningen skall ges *sui generis*-skydd i enlighet med direktivet.<sup>28</sup> De nationella domstolarna har att tillämpa EG-domstolens *tolkning* av direktivet, inte dess tillämpning av denna tolkning.

### 3. Databasdirektivets implementering i katalogregeln

Beträffande skyddsförutsättningen ”ett stort antal uppgifter” hävdade kändepartien Fixtures att var och en av de i målet aktuella *databaserna* innehöll en *sammanställning* av ett så stort antal uppgifter att de skulle vara skyddade på denna grund, oavsett om skyddsförutsättningen ”väsentlig investering” kunde anses uppfyllt. HD konstaterade att man varken i sin egen begäran om förhandsavgörande<sup>29</sup> eller EG-domstolen i sin dom<sup>30</sup> gått in på frågan om en sammanställning av ett stort antal uppgifter kan åtnjuta skydd *enligt direktivet* utan att vara re-

<sup>28</sup> Mål C-338/02 Svenska Spel p. 36.

<sup>29</sup> NJA 2002 s. 398. I målet slår HD, med hänvisning till propositionen som syftade till att genomföra direktivet, fast att ”genomförandet av direktivet har medfört att det, precis som tidigare, finns ett skydd för sammanställningar av ett stort antal uppgifter, men dessutom ett skydd för arbeten som är resultatet av en väsentlig investering”. Se härom prop. 1996/97:111 s. 39.

<sup>30</sup> Mål C-338/02 Svenska Spel.

sultatet av en väsentlig investering. HD tar emellertid inte ställning i frågan, utan fastslår med hänvisning till viss doktrin endast att frågan om ett sådant skydd, *vid sidan av* direktivet, är tillåtet i den nationella regleringen är *omdiskuterad*. Det konstateras också att det i lagförarbetena till genomförandet av direktivet uttalas att medlemsstaterna får bestämma ett *starkare* skydd än det som direktivet ger, men att det å andra sidan anges i direktivets preambel att dess syfte är att säkerställa ett *ändamålsenligt* och *enhetligt* skydd för databaser.<sup>31</sup>

HD synes ha blandat ihop direktivets eventuella harmoniseringsmetod med den verkan som direktivet kan få i en tvist mellan enskilda. En liknande lapsus verkar den danska *Sø- og Handelsretten* ha gjort i ett nyligen avgjort mål (daterat den 24 februari 2006). Den danska domstolen kom i sitt avgörande fram till att det alternativa rekvisitet ”stort antal uppgifter” inte är *tillämpbart*.<sup>32</sup> Den fortsatta framställningen kommer därför att behandla katalogregelns skyddsförutsättningar *väsentlig investering* och *stort antal uppgifter* mot bakgrund av databasdirektivets *tillämpningsområde* och *harmoniseringsmetod*.

**3.1 Databasdirektivets tillämpningsområde.** Eftersom direktiv endast är bindande (för medlemsstater) med avseende på det resultat som skall uppnås, har det överlåtit till medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet av bestämmelserna i ett direktiv, vilket framgår av artikel 249 EG.<sup>33</sup> Eftersom direktiv kan variera i saklig omfattning, varierar också den kvarvarande ”restkompetens” som lämnas åt medlemsstaterna. Med *tillämpningsområde* menas det område som direktivet avser att harmonisera. Med *harmoniseringsmetod* avses i vilken utsträckning som direktivet till sin utformning utgörs av tvingande eller frivilliga bestämmelser.<sup>34</sup> Således fastställer valet av harmoniseringsmetod gränserna för den ”restkompetens” som lämnats åt medlemsstaterna inom direktivets tillämpningsområde.<sup>35</sup>

Databasdirektivets artikel 1 (1) anger att direktivet gäller rättsligt skydd för alla slags databaser oavsett i vilket medium de förekommer.<sup>36</sup> Tidiga utkast till direktiv avsåg att skydda databaser endast i digital form, men det slutgiltiga för-

<sup>31</sup> Av preambeln p. 48 framgår att syftet med direktivet är att säkerställa en enhetlig skyddsnivå för databaser. Se även pp. 1–4 i preambeln.

<sup>32</sup> *Sø- og Handelsrettens* dom den 24 februari 2006. Sagsnr: V-0108-99. (Home a/s mod OFIR a-s).

<sup>33</sup> Öberg anför två motiv till att fördraget uttryckligen förbehåller medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförande av direktiv: dels respekten för medlemsstaternas suveränitet och dels respekten för den nationella lagstiftaren att genomföra direktivets bestämmelser genom begagnande av en för medlemsstaten ändamålsenlig och välkänd lagstiftningsteknik. Se Öberg i JT 2000-01 s. 503. Hallström betonar att medlemsstaterna formellt har kvar sin suveräna kompetens inom området, men att man ändå kan tala om att direktivet ger en spärrverkan mot nationell lagstiftning som är oförenlig med direktivets bestämmelser. Därmed kan den faktiska kompetensen sägas tillfalla Gemenskapen. Se Hallström i JT 1992-93 s. 65.

<sup>34</sup> Se Kurcz i *European Business Law Review* 2001 s. 287.

<sup>35</sup> Se exempelvis mål 72/83 *Campus Oil* p. 31.

<sup>36</sup> Direktivets skydd omfattar såväl elektroniska databaser (såsom CD-ROM och CD-I, vilket framgår av p. 22 i preambeln) som icke-elektroniska databaser (vilket framgår av p. 14). Preambeln



slaget omfattar alltså även ”databaser” i analog form. Artikel 1 (2) anger direktivets tillämpningsområde, dvs. definitionen av databas:

”I detta direktiv avses med ’databas’ en samling av självständiga, på ett systematiskt eller metodiskt sätt sammanställda verk, data eller andra element, vilka var och ett för sig är tillgängliga med elektroniska eller andra medel.”<sup>37</sup>

EG-domstolen anförde i ett av sina förhandsavgöranden att begreppet *databas*, i direktivets mening, avser varje samling som innehåller verk, data eller andra element som kan särskiljas från varandra utan att deras innehållsvärde påverkas och som innefattar någon form av metod eller system som gör det möjligt att återfinna var och en av dess beståndsdelar.<sup>38</sup> Definitionen av ”databas” är så bred att man med skäl kan undra vad som egentligen faller utanför dess område. Ett rimligt skäl till definitionen kan vara att Gemenskapen har varit mån om att ge direktivet ett så omfattande materiellt tillämpningsområde som möjligt, eftersom definitionen är en förutsättning för *sui generis*-rätten.

Kravet att de ingående elementen skall vara självständiga medför att element som är ömsesidigt beroende (”interdependent” i motsats till ”independent”) inte kan utgöra en databas. Stöd för denna tolkning ger punkt 17 i direktivets preambel, vilken anger att exempelvis ett audiovisuellt, filmiskt, litterärt eller musikaliskt verk – som kan bestå av osjälvständiga element – inte *i sig* hör till direktivets tillämpningsområde. En databas är således inte linjär – den har varken början eller slut – och det skall gå att lägga till nya och dra ifrån gamla element utan att påverka databasens koherens. EG-domstolen slog fast i ett av målen som rörde tolkningen av direktivet att elementen är *självständiga* i den utsträckning som de ”kan särskiljas från varandra utan att deras informativa, litterära, konstnärliga eller musikaliska innehållsvärde, eller något annat *innehållsvärde*, påverkas”.<sup>39</sup> Ett annat begrepp som kräver viss belysning är ”samling”. Under tillkomsten av direktivtexten föreslog Europaparlamentet att till databasdefinitionen skulle fogas ett krav på ”ett stort antal uppgifter”<sup>40</sup> (ett duplikat av den nordiska katalogregeln), men detta förslag förkastades inför antagandet av det

p. 13 anger att direktivet avser att skydda sammanställda verk, ibland kallade ”samlingsverk”, data eller annat material vars bearbetning, lagring eller åtkomst sker genom elektroniska, elektromagnetiska, elektro-optiska eller andra liknande metoder.

<sup>37</sup> Efter att ha jämfört den officiella svenska översättningen av databasdirektivet, bestämde sig Karnell för att göra en egen översättning. Vid genomgången här av direktivet används Karnells översättning, vilken har jämförts med den officiella svenska översättningen samt den engelska texten. Karnells översättning finns i NIR 1999 s. 209 ff.

<sup>38</sup> Mål C-444/02 OPAP p. 32. Multimedieprodukter kan alltså skyddas såsom databas i direktivets mening. Det förutsätter emellertid att produkten kan ses som en sammanställning av självständiga element, där elementen kan sägas ha en ”passiv” eller ”vilande” funktion. Likväl torde karaktären av multimedieprodukter vara sådan att de ingående elementen ofta är av osjälvständig karaktär och dessutom att de ingående elementen inte är tillgängliga var och ett för sig. Sådana multimedieverk skulle av samma anledning som ett audiovisuellt, filmiskt, litterärt eller musikaliskt verk därmed inte omfattas av direktivets databasdefinition.

<sup>39</sup> Mål C-444/02 OPAP p. 29.

<sup>40</sup> A3 – 0183/93, OJ 1993 No. C194, 23 Juni 1993, s. 133.

slutliga direktivet. Inom direktivets tillämpningsområde finns därför inte anledning att uppställa något sådant krav. Följaktligen kan, i teorin, en databas vara för handen även om den innehåller endast *två* uppgifter.

Att de ingående elementen skall vara ”var för sig tillgängliga” innebär att databasen skall finnas på ett fast medium av något slag, även om den systematiska eller metodiska sammanställningen inte är fysiskt synlig, så att det på teknisk väg skall vara möjligt att finna varje självständigt element i samlingen, till exempel genom elektroniska, elektromagnetiska, elektrooptiska eller andra metoder, som till exempel ett index, en innehållsförteckning, en översikt eller en särskild klassificeringsmetod. Det kan således hävdas att kravet på att de ingående elementen är ”var och ett för sig tillgängliga” är uppfyllt om det är möjligt att söka efter det enskilda elementet och kunna urskilja det separat, även om det vid sidan om visas andra element. I doktrinen har framförts synpunkten att kravet att de ingående elementen skall vara tillgängliga med elektroniska eller andra medel inbegriper att de går att uppfatta med blotta ögat.<sup>41</sup> Följaktligen är kravet på att de ingående elementen skall vara ”självständiga” inte detsamma som att de är ”var och ett för sig tillgängliga”, eftersom att något är oberoende och därmed har självständig mening inte är detsamma som att det är individuellt tillgängligt.

För att en databas skall kunna åtnjuta *sui generis*-skydd krävs, förutom att definitionen av databas är uppfylld, att skyddsförutsättningen väsentlig investering är det. *Sui generis*-rätten definieras i direktivets artikel 7 (1):

”Medlemsstaterna skall tillerkänna framställaren av en databas som utvisar att det har förekommit en kvalitativ eller kvantitativ väsentlig investering i antingen anskaffning, granskning eller presentation av innehållet en rätt att förhindra utdrag och/eller återanvändning av hela eller en kvalitativt eller kvantitativt väsentlig del av databasens innehåll.”

3.2 *Katalogregeln i förhållande till databasdirektivets tillämpningsområde och harmoniseringsmetod.* Generellt gäller att ett direktivs harmoniseringsmetod avgör det spelrum som lämnats till medlemsstaten att utforma de nationella bestämmelserna för att uppnå det resultat som avses med direktivet. Beträffande den svenska implementeringen av databasdirektivet är *Karnell* kritisk och anför att direktivet inte har tillhandahållit underlag för harmonisering ”som vore det fråga om minimiregler”.<sup>42</sup> *Lorentzen* anför en liknande uppfattning och framhåller att utfallet i *Silhouette*-målet måste förstås så att databasdirektivets *sui generis*-rätt utesluter de nordiska länderna från att behålla rester av sin äldre katalogregel.<sup>43</sup> I likhet med vad som har anförts tidigare, finns emellertid ingenting i direktivet som

<sup>41</sup> Chalton i *The Computer Law and Security Report* 1995 s. 296 och Derclaye i *Journal of World Intellectual Property* 2005 s. 995.

<sup>42</sup> *Karnell* i *NIR* 1999 s. 60.

<sup>43</sup> *Lorentzen* i *NIR* 2004 s. 120. I *Silhouette*-avgörandet fastslog EG-domstolen att även om det av punkt 3 i preambeln till (det i målet aktuella) direktivet om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning inom området för varumärken framgick att det ”[inte förefaller] nödvändigt att nu genomföra ett fullständigt närmande av medlemsstaternas lagstiftning om varumärken”, kvarstod faktum att direktivet medförde en harmonisering av grundläggande och centrala regler på området.

hindrar att Sverige ger skydd för sammanställningar som uppfyller kriterierna i (resterna av) den gamla katalogregeln – ”ett stort antal uppgifter” – förutsatt att dessa sammanställningar *inte* samtidigt uppfyller kriterierna för att utgöra databas i direktivets mening.<sup>44</sup>

I förarbetena till genomförandet diskuteras helt kort begreppet databas. Det konstateras att ordet ”databas” i svenskt språkbruk normalt används endast för digitala sammanställningar. Det vedertagna begreppet ”sammanställning” sägs *inkludera* begreppet databas, varför lagstiftaren har valt ordet ”sammanställts” (i 49 § URL) för att ange ett systematiskt samlande av verk, uppgifter eller annat material.<sup>45</sup> Det skall dock noteras att ”sammanställts” endast refererar till ”stort antal uppgifter” och inte till ”väsentlig investering”, vilket lagstiftaren verkar ha varit omedveten om.<sup>46</sup> Istället är det ”en katalog, en tabell eller annat dylikt arbete” som kan vara resultatet av en väsentlig investering. Propositionen anger dock att lokutionen ”en katalog, en tabell eller annat dylikt arbete”, innebär att det, liksom tidigare, måste vara fråga om en ”samling”, men vad som avses härmed definieras inte vidare.<sup>47</sup> Ett centralt spørsmål är att förarbetena inte tydligare åtskiljer det upphovsrättsliga begreppet ”sammanställning”, direktivets definition av databas och den gamla katalogregelns skyddsobjekt ”katalog, tabell eller annat liknande arbete”. Inom såväl den internationella som den svenska doktrinen har uppmärksamats att direktivets databasdefinition inte överrensstämmer med den definition av sammanställning som förekommer i Bernkonventionens artikel 2 (5), TRIPS-avtalets artikel 10 (2) och WIPO:s fördrag om upphovsrätt (WCT) artikel 5.<sup>48</sup>

---

Således avsåg direktivet att harmonisera de nationella bestämmelser som närmast påverkar den inre marknads funktion och texten i preambeln kunde inte utesluta en fullständig harmonisering av dessa bestämmelser. Se Mål C-355/96 Silhouette p. 23.

<sup>44</sup> För ett liknande resonemang, se Karnell i Colección de trabajos en homenaje a Alberto Berco-vitz Rodríguez-Cano s. 623 ff. Att direktivet omfattar endast de databaser som uppfyller kriterierna i artikel 1 (2) uppmärksammades i propositionen som avsåg att genomföra direktivet. Se prop. 1996/97:111 s. 21 och 28. Se även Spoor i Festskrift till Gunnar Karnell s. 74. I en studie, beställd av Kommissionen, men som inte är att anse som ett officiellt dokument, framhålls synpunkten att katalogregeln till fullo skall ersättas av sui generis-rätten: ”In implementing the Directive, the Swedish legislator has tragically overlooked that the catalogue right, albeit a forerunner of the sui generis right, should be fully superseded by the latter.” Se härom NAUTADUTILH Study – Contract ETD/2001/B5-3001/E/72 s. 308. För en diskussion om förenligheten av 49 § URL med bestämmelserna om de fria varurörelserna i artiklarna 28 och 30 EG, se Axhamn, a.a. kapitel 4.

<sup>45</sup> Prop. 1996/97:111 s. 27. Propositionen hänvisar till TRIPS artikel 10 (2) och WCT artikel 5 som inte innehåller motsvarande kriterier för sammanställningar. Propositionen nämner här inte begreppet ”självständiga”, kanske beroende på att man blandat samman begreppet ”självständiga” med ”tillgängliga var för sig”. Se prop. 1996/97:111 s. 21 f. och 28.

<sup>46</sup> Prop. 1996/97:111 s. 27 och 38.

<sup>47</sup> Prop. 1996/97:111 s. 38 f. och 54 f.

<sup>48</sup> Bernkonventionen ger förvisso endast skydd för samlingar av verk. Beträffande bristen på överrensstämmelse beträffande direktivets databasdefinition och tillhörande upphovsrättsliga skydd i förhållande till definitionen av sammanställningar i TRIPS och WCT, se Aplin, *The Challenges of Multimedia 2005* s. 46 ff. och 204. För motsatt uppfattning, se Gaster i *Fordham International Law Journal* 1997 s. 1133 f. och *Entertainment Law Review* 1995 s. 259. För svensk del stödjer

Den diskussion som har förts inom doktrinen beträffande direktivets databasdefinition har emellertid behandlat endast direktivets *upphovsrättsliga* skydd för databaser i förhållande till den *upphovsrättsliga* definitionen av *sammanställning* i TRIPS och WCT. Däremot har ingen, mig veterligt, diskuterat förhållandet mellan katalogregelns ”katalog, tabell eller annan dylikt arbete” och direktivets databasdefinition. Klart är att katalogregelns nuvarande led ”i vilket ett stort antal uppgifter har sammanställts” inte har motsvarighet i direktivet, som endast anger ”väsentlig investering vid anskaffning, granskning eller presentation av innehållet i databasen” som grund för rättsskydd. I propositionen anges att ”det vore otillfredsställande” om det nu inte längre skulle finnas något skydd för sådana *arbeten*. Det uttalas också att ”eftersom direktivet tillåter att ett mera omfattande rättsskydd ges, bör katalogskyddet även i fortsättningen gälla också för *arbeten* med ett stort antal uppgifter”.<sup>49</sup> [Min kursivering]. Det måste därför ha varit avsikten att skydda *arbeten* (dvs. inte nödvändigtvis det samma som direktivets definition av databas), vilka är resultatet av ett stort antal uppgifter.

Sålunda är det problematiskt att direktivets databasdefinition i vissa avseenden är mer *omfattande*, men samtidigt i andra avseenden mer *inskränkande*, i förhållande till bestämmelsen ”sammanställning av ett stort antal uppgifter”, vilken får anses som ”resten” av den gamla katalogregeln, särskilt med beaktande av att direktivets grundläggande definition av vad som avses med ”databas” inte har införts i den svenska lagstiftningen.<sup>50</sup> Den äldre katalogregelns tillämpningsområde, en ”sammanställning av ett stort antal uppgifter”, dvs. en katalog, tabell eller annat dylikt ”arbete”, skyddade endast ett stort antal uppgifter. Det var inte, som i direktivets databasdefinition, tal om att skydda ”verk” eller ”andra element”. Inte heller uppställdes något (explicit) krav på att uppgifterna skulle vara ”tillgängliga var för sig” eller ”självständiga” eller att de hade ”sammanställts på ett metodiskt eller systematiskt sätt”. Beträffande dessa senare, i förhållande till begreppet samling/sammanställning *inskränkande* rekvisit, bör man ställa sig frå-

Rosén uppfattningen att begreppet sammanställning i traditionell upphovsrättslig mening inte avser detsamma som begreppet databas i direktivet. Se Rosén, Upphovsrättens avtal, Stockholm 2006 s. 53 och 57. I brittisk rätt finns skydd för såväl ”databaser” i direktivets mening, som för sammanställningar vilka inte uppfyller direktivets databasdefinition (compilations). Chalton påpekar att den i Storbritannien valda ordningen att skydda även compilations, vilka inte uppfyller direktivets definition av databas, är en direkt nödvändighet, eftersom sådana sammanställningar annars skulle vara skyddslösa. Se Chalton i EIPR 1998 s. 178. Aplin framhåller att det därför för brittiska databasproducenter kan finnas incitament att inte uppfylla direktivets databasdefinition, men medger också att en sådan ordning verkar störande på den inre marknadens funktion. Se Aplin, a.a. s. 52 ff. och s. 204. Se även Leistner i IIC 2002 s. 441 not 23, som identifierar den brittiska åtgärden att skydda även compilations, vilka inte omfattas av Direktivets databasdefinition. Leistner tar dock inte själv ställning i frågan om det ligger utanför den nationella lagstiftarens kompetens att göra det. Se även Cornish i Colombia-VLA Journal of Law & the Arts 1996 s. 5 som vidhåller att det är fritt för medlemsstaterna att lagstifta utanför det område som ligger utanför direktivets tillämpningsområde. Jämför även Derclaye i EIPR 2002 s. 466 ff. Det är således en stor brist i utformningen av direktivets tillämpningsområde att det inte är systematiserat i förhållande till BK, TRIPS och WCT, något som får konsekvenser för den inre marknadens funktion.

<sup>49</sup> Prop. 1996/97:111 s. 39.

<sup>50</sup> Resonemanget utvecklas i Axhamm, a.a. kapitel 3.

gan om de tillför något utöver vad som påbjuds av begreppet ”sammanställning av ett stort antal uppgifter”, dvs. om det går att tala om ”osjälvständiga uppgifter”, uppgifter som *inte* är tillgängliga var för sig, eller om samlingar som *inte* är resultatet av en viss metod eller systematik. Kravet på att de ingående elementen (uppgifterna eller verken) skall vara självständiga, infördes med anledning av att man ville exkludera filmer från databasdirektivets tillämpningsområde. Varje enskild bild i en film skulle kunna utgöra ett element i direktivets mening, men eftersom det uppställs ett krav på självständiga verk exkluderas alltså filmer från direktivets tillämpningsområde. Mot denna bakgrund är det tveksamt om kravet på självständighet tillför något nytt i fråga om begreppet *uppgift*: förutsätter inte begreppet ”uppgift” att det som avses har vad EG-domstolen har karakteriserat som självständigt *innehållsvärde*? Beträffande begreppet ”tillgängliga var för sig” har viss doktrin framhållit att detta begrepp även avser uppgifter som kan uppfattas med blotta ögat – således skulle inte heller detta rekvisit tillföra något nytt. Angående det sista rekvisitet, kravet på ett ”systematiskt eller metodiskt sammanställande”, är det möjligt att ”samling” *implicit* ställer ett motsvarande krav: en samling måste helt enkelt vara resultatet av en viss process. Likväl är det uppenbart att den gamla katalogregeln avsåg endast samlingar av uppgifter – och detta begrepp är snävare än direktivets databasbegrepp, eftersom det inte avser samlingar av verk och/eller element.

Eftersom direktivets databasdefinition i vissa avseenden är mer omfattande och i andra avseenden inskränkande än det skydd för samlingar av uppgifter som direktivet avsåg att reglera, motsvarar begreppet ”sammanställningar av stort antal uppgifter” inte direktivets tillämpningsområde. Emellertid kan en ”sammanställning av ett stort antal uppgifter”, i det enskilda fallet, hamna inom direktivets tillämpningsområde. Det råder inget motsatsförhållande mellan de båda skyddsobjekten, vilket bäst förklaras med att direktivets databasdefinition har gjort vissa tidigare möjligtvis *implicita* rekvisit *explicita*. Icke desto mindre medför det s.k. *Silhouette*-avgörandet<sup>51</sup> att direktivet inte medger att en databas, vilken inte är resultatet av en väsentlig investering, ges skydd på den grunden att den är resultatet av att ett stort antal uppgifter har sammanställts. I det här avseendet har databasdirektivet karaktär av fullharmoniseringsdirektiv. Frågan är då om det, inom direktivets tillämpningsområde, är möjligt att vid tillämpningen av 49 § URL ”tolka bort” resten av den gamla katalogregeln (*stort antal uppgifter*).

#### 4. Direktivkonform tolkning av katalogregelns skyddsförutsättningar i ljuset av databasdirektivet

Enligt fast rättspraxis från EG-domstolen gäller att direktiv endast kan ha *vertikal* direkt effekt, dvs. åberopas av enskilda gentemot offentliga myndigheter. Härav följer att även om en direktivbestämmelse som syftar till att tillerkänna enskilda rättigheter eller ålägga dem skyldigheter uppfyller kravet på direkt effekt, kan den inte som sådan tillämpas inom ramen för en tvist som enbart berör enskilda. För att dämpa effekten av att en konkret bestämmelse i ett direktiv inte tiller-

<sup>51</sup> Mål C-355/96 *Silhouette*. Se härom ovan.

känns direkt effekt i en tvist mellan enskilda, har EG-domstolen utvecklat principen om s.k. *direktivkonform tolkning*. EG-domstolen slog fast i det s.k. *von Colson*-avgörandet att det av *solidaritetsprincipen*,<sup>52</sup> läst tillsammans med artikel 249 i fördraget, följer att den nationella domstolen är skyldig 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.<sup>53</sup> Principen gäller oavsett om det är fråga om äldre nationell rätt som har tillkommit före direktivet, eller nyare nationell rätt. EG-domstolen underströk i *Wagner Miret*-avgörandet att principen gör sig särskilt gällande om den nationella lagstiftaren vid genomförandet av direktivet har bedömt att redan gällande bestämmelser i nationell rätt motsvarar kraven i det direktivet.<sup>54</sup> Det senare spörsmålet är särskilt relevant för tolkningen av 49 § URL, eftersom det i propositionen inför implementeringen av direktivet anges att den svenska implementeringen svarar mot de krav som direktivet ställer.<sup>55</sup> Vidare gäller att principen om direktivkonform tolkning är oberoende av om den nationella domstolen har beslutat inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

Beträffande nationella lagförarbeten som underlag för tolkning av lagtext som bygger på direktiv uttalade EG-domstolen i *Björnekulla*-avgörandet 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. Det är oväsentligt om de bestämmelser som är föremål för den direktivkonforma tolkningen har antagits före eller efter direktivet.<sup>56</sup> Följaktligen påpekade generaladvokaten, i sitt förslag till avgörande i de fyra målen som rörde tolkningsbesked av databasdirektivet, att även om *sui generis*-skyddet delvis går tillbaka på det nordiska katalogskyddet, denna bakgrund inte kan leda till att den tolkning av dessa äldre bestämmelser som har utvecklats i doktrin och rättspraxis används som underlag för att tolka *sui generis*-rätten. Istället framhölls att *databasdirektivet skall fungera som utgångspunkt för tolkningen av nationell rätt*.<sup>57</sup> Emellertid är det oklart hur långt ”i den utsträckning det är möjligt” kan sträckas.

<sup>52</sup> Solidaritetsprincipen (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.

<sup>53</sup> Mål C-14/83 *von Colson* p. 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 mål 79/83 *Harz* p. 26 f. Principen om indirekt effekt kom att ifrågasättas efter mål C-168/95 *Arcaro*, men omständigheterna i målet var särskilda (straffrättsligt mål) och senare praxis har bekräftat principen i enlighet med *von Colson*. Se härom *Drake* i *European Law Review* 2005 s. 337 f. och 348.

<sup>54</sup> Mål C-334/92 *Wagner Miret* p. 21. *Bernitz* uttrycker saken så att det inte finns anledning att presumera att den svenske lagstiftaren har gjort en riktig bedömning vid utformandet av den nationella rätten. Se härom *Bernitz*, Sverige och europarätten, Stockholm 2002 s. 28 och 38. Se även *Strömholm*, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, Stockholm 1996 s. 222 ff.

<sup>55</sup> Prop. 1996/97:111 s. 1.

<sup>56</sup> Mål C-371/02 *Björnekulla* p. 13.

<sup>57</sup> Generaladvokatens yttrande i mål C-338/02 *Svenska Spel* p. 33.

*Nordling* har anförut att principen om direktivkonform tolkning har till följd att man tolkningsvis uppnår samma effekt som om bestämmelsen hade direkt effekt.<sup>58</sup> Emellertid poängterade EG-domstolen i *Pfeiffer*-avgörandet att det är tolkningsprinciper i nationell rätt som avgör hur långt det är möjligt att tolka den nationella rätten i ljuset av EG-rätten.<sup>59</sup> I *Wagner Miret*-avgörandet fastslog EG-domstolen 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 emellertid knappast kan karakteriseras som absolut i alla delar, eftersom en förutsättning för principens tillämplighet rimligtvis borde vara att det finns ett utrymme för *tolkning*.<sup>60</sup> Målet var det första där EG-domstolen erkände att det kan finnas sådana omständigheter att den nationella domstolen inte kan *tolka in* direktivets bestämmelser i den nationella lagtexten.<sup>61</sup> *Wahl* framhåller att det inte är meningsfullt att tala om tolkning – i betydelsen att ge en regel en viss innebörd inom ramen för dess ordalydelse – när detta skulle innebära en tolkning *contra legem*. För att något skall vara tolkningsbart torde krävas någon form av *flexibilitet* i ordalydelsen.<sup>62</sup>

I doktrinen har diskuterats om begränsningen i den horisontella effekten av direktiv kan förklaras utifrån ett resonemang om individuella rättigheter. Att på det horisontella planet (via direkt effekt eller direktivkonform tolkning) ge genomslag för direktiv framför motstridande nationella bestämmelser skulle sålunda strida mot den allmänna principen om lagstiftningens förutsebarhet och principen om berättigade förväntningar. En enskild skall kunna lita på att den nationella lagstiftning som är tillämplig i målet verkligen tillämpas.<sup>63</sup> Under alla förhållanden gäller att om en direktivkonform tolkning såväl som en direkt effekt är utesluten pga. att 49 § URL inte är möjlig att tolka i enlighet med direktivets bestämmelser, kan staten ådra sig ett skadeståndsansvar i förhållande till den enskilde.<sup>64</sup>

En sammanfattande bedömning av nationell (svensk) rättspraxis är att de högsta dömande instanserna är villiga att tolka svensk rätt i ljuset av direktivbestämmelser och relevant praxis från EG-domstolen så länge inte ordalydelsen i den svenska lagtexten ger ett klart avvikande besked om hur ett begrepp skall för-

<sup>58</sup> Nordling i SvJT 2003 s. 456 ff.

<sup>59</sup> De förenade målen C-397/01 & C-403/01 Pfeiffer m.fl. p. 116.

<sup>60</sup> Mål C-334/92 Wagner Miret, p. 22. Se Mål C-6 & 9/90 Francovich p. 40.

<sup>61</sup> Drake i ELR 2005 s. 342–343.

<sup>62</sup> Mål C-334/92 Wagner Miret p.23. Se även Wahl i JT 1996–97 s. 455.

<sup>63</sup> Se Hettne / Eriksson (red.), EU-rättslig metod, Stockholm 2005 s. 128 f.

<sup>64</sup> Se Mål C-6 & 9/90 Francovich p. 40. För skadeståndsansvar uppställs inte något krav på att bestämmelsen i direktivet har direkt effekt. Se härom Hallström i JT 1992–93 s. 82. Emellertid gäller sådant skadeståndsansvar inte endast i förhållande till ett icke-införlivande av ett direktiv, utan också vid en endast felaktig införlivning. Se härom mål C-392/93 The Queen and H.M. Treasury ex parte. Domstolen har ställt upp tre krav som måste uppfyllas för att skadestånd skall utgå: i) Den överträdde gemenskapsrättsregeln skall ha ställts upp till skydd för enskildas rättigheter, ii) den aktuella överträdelsen av gemenskapsrätten skall vara tillräckligt klar och iii) det måste föreligga ett kausalsamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde lidit.

stås.<sup>65</sup> Beträffande katalogregeln har *Lorentzen* anfört ståndpunkten att ordalydelsen av ”stort antal uppgifter” är klar och att det därför inte är möjligt att (direktivkonformt) ”tolka bort” detta alternativa kriterium.<sup>66</sup> Således är det märkligt att, som tidigare nämnts, den danska *Sø- og Handelsretten* nyligen har kommit fram till att det alternativa rekvisitet ”stort antal uppgifter”, pga. databasdirektivets karaktär av totalharmoniseringsdirektiv, inte är *tillämpligt*.<sup>67</sup> Domstolen gjorde emellertid ingen prövning av förutsättningarna för att ge direktivet indirekt effekt, dvs. hur långt en direktivkonform tolkning kan sträcka sig. Snarare än en *tolkning contra legem*, verkar det som om domstolen *direkt tillämpande* databasdirektivets bestämmelser framför den danska lagtextens ordalydelse. Emellertid har, såsom visats, direktiv inte horisontell direkt effekt och kan därmed inte tillämpas direkt i en tvist mellan enskilda.

### 5. Slutsatser

Det saknas i NJA 2005 s. 924 en diskussion om begreppet databas. Det redogörs inte för hur detta begrepp förhåller sig till den gamla katalogregelns begrepp ”katalog, tabell eller annat dylikt arbete” (dvs. samling). HD nämner inledningsvis att det av ordalydelsen av 49 § URL framgår att lagrummet ger skydd för *databaser* under två skilda förutsättningar – antingen en väsentlig investering eller att ett stort antal uppgifter har sammanställts. Senare talas om att det är omdiskuterat huruvida en *sammanställning* av ett stort antal uppgifter kan åtnjuta skydd enligt direktivet utan att vara resultatet av en väsentlig investering, och avslutningsvis konstateras att en upprepad användning av i sig icke väsentliga delar av ett *arbete* sammantaget kan anses innebära användning av en väsentlig del av *arbetet*. Vid beslutet att inhämta förhandsavgörande konstaterade HD, med hänvisning till propositionen som syftade till att genomföra direktivet, att ”genomförandet av direktivet har medfört att det, precis som tidigare, finns ett

<sup>65</sup> I fallet NJA 2000 s. 497 var fråga om tolkning av 39 § patentlagen. HD slog fast att paragrafen skulle tolkas i enlighet med motsvarande bestämmelse i den europeiska patentkonventionen. Även om fallet inte rör en gemenskapsrättslig fråga, belyser det ändå hur HD har varit öppen för att tolka svensk rätt i enlighet med internationella konventioner. I NJA 2003 s. 82 var fråga om preskriptionstid i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Även om HD anförde att direktivets tillämpningsområde inte omfattade den i målet aktuella tvistefrågan, fastslog domstolen samtidigt att en direktivkonform tolkning av en lagbestämmelse endast aktualiseras om dess avfattning ger utrymme för olika tolkningar. Målet rörde vilken dag som skulle anses som preskriptionsgrundande och HD anförde att denna inte tolkningsvis kan ges annan innebörd än den som ges i lagtexten. I NJA 2003 s. 163 fann HD att den svenska varumärkeslagen måste tolkas i överrensstämmelse med varumärkesdirektivet och tillämplig rättspraxis från EG-domstolen, trots att den i målet aktuella förväxlingsrisken, som specificerats i direktivet till att inbegripa risken för association mellan tecknet och varumärket, inte tagits in i den svenska lagtexten. I propositionen till genomförandet av nämnda direktiv hade lagstiftaren angett att lagtexten i sak motsvarade bestämmelsen i direktivet och att det därför inte fanns anledning att göra några ändringar. I NJA 2003 s. 555 konstaterade HD att tidigare svensk rättspraxis (NJA 1990 s. 469) hade funnit att ett registrerat varumärkes skyddsomfång inte påverkas av märkets användning. HD anförde att denna äldre (nationella) praxis (från tiden före inträdet i EG) inte längre var relevant och därmed skulle åsidosättas till förmån för bestämmelser i varumärkesdirektivet och praxis från EG-domstolen som pekade i en annan riktning.

<sup>66</sup> *Lorentzen* i NIR 2004 s. 123.

<sup>67</sup> *Sø- og Handelsrettens dom* den 24 februari 2006. Sagsnr.: V-0108-99. (Home a/s mod OFIR a-s).



skydd för *sammanställningar* av ett stort antal uppgifter, men dessutom ett skydd för *arbeten* som är resultatet av en väsentlig investering”.<sup>68</sup> [Min kursivering]. Exempelen åskådliggör begreppsförvirringen, en begreppsförvirring som leder till rättsosäkerhet, eftersom databasdefinitionen är en förutsättning för direktivets tillämpning. De sammanställningar, arbeten eller samlingar som inte uppfyller direktivets databasdefinition kan inte komma ifråga för *sui generis*-skydd, även om kravet på väsentlig investering är uppfyllt.

Om man vill återropa direktivets *sui generis*-skydd måste man uppfylla de kumulativa kraven på väsentlig investering och den definition av databas som ges i direktivet. Men hur är det med sammanställningar av ett stort antal uppgifter? Av analysen ovan följer att det inte ligger i konflikt med direktivets tillämpningsområde, och därmed dess spärrverkan, att ge skydd för sammanställningar av ett stort antal uppgifter, vilka inte samtidigt uppfyller direktivets alla rekvisit för vad som är att förstå som ”databas”. Istället är det den äldre definitionen ”samling” som gäller för dessa sammanställningar. Då hamnar dessa sammanställningar helt utanför direktivets tillämpningsområde – och här gäller inte den direktivkonforma tolkningen. Den nationella lagstiftaren har explicit angett att man fortfarande vill skydda denna typ av arbeten, varför det vore märkligt om det skulle ställas krav på att samlingen skall vara systematiskt och metodiskt sammanställd, att de ingående uppgifterna skall vara tillgängliga var för sig och självständiga. Emellertid avser lokutionen ”stort antal uppgifter” just bara *uppgifter* och inte, såsom direktivets databasdefinition, dessutom ”verk” och element”. Det är också klart i vilken utsträckning dessa nya begrepp (”självständiga” etc.) tillför något nytt krav, eller om de bara gör tidigare implicita krav explicita. Likväl gäller att även om direktivet inte medger alternativa skyddsförutsättningar inom sitt tillämpningsområde, det inte automatiskt leder till att den alternativa skyddsförutsättningen ”stort antal uppgifter” kan tolkas bort. HD verkar dock inte ha varit medveten om den här distinktionen, utan konstaterar endast att det är omdiskuterat vilken *harmoniseringsmetod* direktivet ger uttryck åt.

Sammanfattningsvis gäller alltså att databaser (i direktivets mening) skyddas endast om de är resultatet av en väsentlig investering. Sammanställningar av ett stort antal uppgifter skyddas oavsett om dessa uppgifter är självständiga, tillgängliga var för sig eller har sammanställts på ett systematiskt eller metodiskt sätt. Skälet till att sammanställningar av stort antal uppgifter skyddas *inom* direktivets tillämpningsområde är att det rimligtvis inte går att tolka *contra legem*, och skälet till att skydda sammanställningar av ett stort antal uppgifter *utanför* direktivets tillämpningsområde är att direktivet inte har spärrverkan mot nationella lagstiftningsåtgärder utanför sitt eget tillämpningsområde. Det är likväl beklagligt att HD inte tog ställning i frågan om det, inom direktivets tillämpningsområde, direktivkonformt går att *tolka bort* den direktivstridiga skyddsförutsättningen ”ett stort antal uppgifter”. HD är den enda instans som kan ge ett auktoritativt besked i den frågan, eftersom det är den domstolen som avgör hur långt det är möjligt att sträcka en direktivkonform tolkning.

<sup>68</sup> NJA 2002 s. 398 med hänvisning till prop. 1996/97:111 s. 39.