

# EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande

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

EU-domstolen<sup>2</sup> (EGD) meddelade den 16 juli 2009 dom i målet C-5/08 Infopaq International A/S (Infopaq) mot Danske Dagblades Forening (de danska dagstidningarnas branschorganisation, DDF).<sup>3</sup> Målet rörde begäran om förhandsavgörande som framställdes av danska Højesteret i ett mål mellan Infopaq och DDF om tolkning av begreppet mångfaldigande i artikel 2 a i EU:s s.k. infocodirektiv<sup>4</sup> och inskränkningen avseende vissa tillfälliga former av mångfaldigande<sup>5</sup> i den mening som avses i artikel 5.1 i samma direktiv.

Infopaq-avgörandet är av särskilt intresse eftersom EGD föreskriver att det s.k. originalitetskriterium som anges i tre direktiv på upphovsrättsområdet – datorprogramdirektivet<sup>6</sup>, databasdirektivet<sup>7</sup> och skyddstidsdirektivet<sup>8</sup> – ska tilläm-

<sup>1</sup> Doktorand i immaterialrätt vid Juridiska institutionen vid Stockholms universitet, e-post [johan.axhamn@juridicum.su.se](mailto:johan.axhamn@juridicum.su.se).

<sup>2</sup> Med ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december 2009 ändrade EG-domstolen (EGD) namn till Europeiska unionens domstol eller förkortat EU-domstolen.

<sup>3</sup> Domstolens dom av den 16 juli 2009 i mål C-5/08 Infopaq International, Rättsfallsamling 2009 s. I-6569 (Infopaq).

<sup>4</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infocodirektiv).

<sup>5</sup> I infocodirektivet används begreppet "mångfaldigande" och inte, såsom i den svenska lagtexten, begreppet "exemplarframställning". Huruvida infocodirektivets ensamrätt till mångfaldigande var exakt densamma som innebörden i förfogandet exemplarframställning enligt dåvarande gällande svensk rätt diskuterades vid direktivets genomförande. Regeringen gjorde bedömningen att rätten till mångfaldigande till större delen inte innebar några nyheter i förhållande till dåvarande gällande rätt och att direktivet i vilket fall inte hindrade att nationell rätt hade mer generösa regler, se prop. 2004/05:110 51 ff. och 377 f. För att uppfylla direktivets krav och införliva det på ett tydligt sätt genomfördes dess definition av mångfaldigande som ett nytt andra stycke i 2 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Eftersom begreppet "mångfaldigande" är det som används i direktivet (och som var föremål för EGD:s tolkningsbesked) kommer jag huvudsakligen att använda mig av det begreppet i den här artikeln. Av rent språkliga skäl har jag dock funnit det nödvändigt att ibland använda begreppet "exemplar", ett begrepp som också används i den svenska språkversionen av förhandsavgörandet.

<sup>6</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version) (datorprogramdirektivet).

<sup>7</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (databasdirektivet).

<sup>8</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (kodifierad version) (skyddstidsdirektivet).

pas även för andra verkskategorier än dem som omfattas av de nämnda direktivens tillämpningsområden. I direktiven anges att ett alster omfattas av upphovsrätt om det är ”originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse” och att ”inga andra bedömningsgrunder ska tillämpas vid fastställandet av om det ska komma i åtnjutande av skydd”. Uttalanden av såväl nationella lagstiftare, domstolar som doktrin har, om inte förespråkats en annan tolkning än den som EGD uttalade, åtminstone gett uttryck åt osäkerhet om tillämpningsområdet för direktivens originalitetskriterium.

I avgörandet ger EGD också besked om tolkningen av innebörden av begreppet ”flyktig” i artikel 5.1 i infocodirektivet om inskränkning till förmån för vissa s.k. tillfälliga former av mångfaldigande. EGD:s tolkningsbesked i denna del kommer att få stor betydelse för förutsättningarna för licensiering kontra fria nyttjanden över upphovsrättsligt skyddat material i digital miljö, där tillfälliga former av mångfaldigande ofta är en förutsättning för att tekniken ska kunna fungera på avsett sätt.

### **Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

Infopaq är ett företag verksamt inom mediebevakning och medieanalys. Arbetet inkluderar framställande av sammanfattningar av utvalda artiklar från bl.a. danska dagstidningar. Artiklarna väljs utifrån ämnen som företagets kunder har valt och sänds till kunderna med e-post. Infopaqs process för att ta fram sammanfattningar består av fem faser:

- i. I den första fasen registrerar Infopaqs anställda manuellt i en elektronisk databas vissa data relaterade till varje publikation.
- ii. I den andra fasen skannas publikationerna in. Genom inskanningen skapas en fil i filformatet TIFF (Tagged Image File Format) för varje sida i respektive publikation. Därefter överförs TIFF-filen till en OCR-server (OCR – Optical Character Recognition) (optisk igenkänning av bokstäver).
- iii. I den tredje fasen omvandlar OCR-servern TIFF-filen till (digitalt) sökbar information: varje bokstavsbild omvandlas till en digital kod. Denna information lagras som en textfil. Denna fas avslutas med att TIFF-filen raderas.
- iv. I den fjärde fasen analyseras de textfiler som skapats under den tredje fasen. Analysen innebär att vissa på förhand bestämda ord eftersöks i filerna. Varje gång som det sökta ordet förekommer i texten lagras det i en fil som anger publikationens namn, rubriken och den sida där sökordet förekommer. För att underlätta sökningen av ett visst ord, citeras sökordet tillsammans med de fem ord som står före detta ord och de fem ord som står efter det. Denna fas avslutas med att textfilen, som skapats under fas tre, raderas.
- v. I den femte fasen skrivs ett dokument ut för varje sida i respektive publikation där det sökta ordet förekommer.

År 2005 fick DDF kännedom om Infopaqs verksamhet. DDF bedömde att Infopaqs förfoganden krävde tillstånd från artiklarnas rättighetshavare. Infopaq bestred att sådant tillstånd krävdes och väckte negativ fastställelsetalan mot DDF

och dess medlemmar vid Østre Landsret.<sup>9</sup> Efter att Østre Landsret ogillat talan överklagade Infopaq domen till Højesteret. För att kunna avgöra tvisten beslutade Højesteret att inhämta förhandsavgörande från EGD.<sup>10</sup>

I begäran om förhandsavgörande framhöll Højesteret bl.a. att parterna i det nationella målet tvistade om huruvida skapandet av TIFF- och textfiler skulle betecknas som mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 i infocodirektivet. Det var även tvistigt i vilken utsträckning bestämmelsen i artikel 5.1 i samma direktiv var tillämplig på Infopaqs verksamhet.<sup>11</sup>

I sitt förhandsavgörande svarade EGD översiktligt på tolv av de tretton frågor som ställdes av den danska domstolen. De frågor som besvarades avsåg tolkning av ensamrätten till mångfaldigande (artikel 2) och inskränkningen till förmån för vissa s.k. tillfälliga former av mångfaldigande (artikel 5.1). EGD besvarade inte den trettonde frågan om tolkning av den s.k. trestegsregeln (artikel 5.5).<sup>12</sup> Højesteret har dock inte ansett sig kunna avgöra målet utifrån de översiktliga tolkningsbesked som EGD meddelade. Den danska domstolen har därför begärt nytt förhandsavgörande, huvudsakligen för att få utförligare svar på samma frågor (som i det förhandsavgörande som refereras här).<sup>13</sup> I sammanhanget är det också av intresse att det i Sverige pågår ett parallellt mål mellan samma parter. Efter att Stockholms tingsrätt meddelat dom<sup>14</sup> den 19 februari 2008 avvaktar nu Svea hovrätt EU-domstolens prövning av de nya frågorna från Højesteret.

### Originalitetskriteriet

Den första frågan från Højesteret till EGD tog sikte på om begreppet ”delvist mångfaldigande” i artikel 2<sup>15</sup> i infocodirektivet skulle tolkas så att det omfattade lagring i datasystem och utskrift på papper av ett utdrag om elva ord.

EGD inledde besvarandet av denna fråga med att påminna om att det följde av såväl *kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten* som *likhetsprincipen* att gemenskapsbestämmelser – liksom dem i artikel 2 i infocodirektivet – som inte innehöll någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gällde att bestämma deras lydelse och räckvidd. Normalt skulle ges en *självständig* och *enhetlig* tolkning inom hela gemenskapen.<sup>16</sup> EGD framhöll att kravet på självständig och enhetlig tolkning gällde särskilt beträffande infocodirektivet,

<sup>9</sup> Østre Landsrets dom den 14 februari 2007, mål nr. B-3449-05.

<sup>10</sup> Begäran om förhandsavgörande hade framställts av Højesteret genom beslut den 21 december 2007. Begäran inkom till EGD den 4 januari 2008.

<sup>11</sup> Infopaq p. 22–25.

<sup>12</sup> De frågor som Højesteret ställde till EGD återges i Infopaq p. 26.

<sup>13</sup> Begäran om förhandsavgörande framställd av Højesteret (Danmark) den 18 juni 2010 – Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening (Mål C-302/10).

<sup>14</sup> Stockholms tingsrätts dom 2008-02-19, mål nr T 34209-05.

<sup>15</sup> Enligt artikel 2 a i infocodirektivet ska medlemsstaterna föreskriva en ensamrätt för upphovsmän att ”tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis” av deras verk.

<sup>16</sup> Infopaq, p. 27. Kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten och likhetsprincipen (eller likabehandlingsprincipen) förklaras och diskuteras i Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2006) s. 29 ff. respektive 74 ff.

mot bakgrund av styckena 6 och 21 i dess ingress, enligt vilka vikten av harmoniserade bestämmelser på området betonades.<sup>17</sup>

Skäl 6 till infocodirektivet anger att "[u]tan en harmonisering på gemenskapsnivå kan nationellt lagstiftningsarbete, som redan har inletts i ett antal medlemsstater för att svara mot de tekniska utmaningarna, leda till betydande skillnader i skyddet och därmed till inskränkningar av den fria rörligheten för varor och tjänster, som innehåller eller bygger på immaterialrätt, med en ny splittring av den inre marknaden och inkonsekvens i lagstiftningen som följd. Effekterna av sådana rättsliga skillnader och osäkerhetskällor kommer att bli än större i takt med den fortsatta utvecklingen av informationssamhället, som redan har lett till att immateriella rättigheter i allt högre grad utnyttjas över nationsgränserna. Denna utveckling kommer att intensifieras och bör så göra. Betydelsefulla rättsliga skillnader och oklarheter i fråga om skyddet kan vara ett hinder för att uppnå stor-driftsfördelar för nya varor och tjänster med innehåll som omfattas av upphovsrätt och närstående rättigheter." Skäl 21 till samma direktiv anger att "[i] detta direktiv bör området fastställas för de handlingar som omfattas av mångfaldiganderätten i fråga om de olika rättsinnehavarna. Detta bör göras i överensstämmelse med gemenskapens regelverk. En vid definition av dessa handlingar krävs för att säkerställa klarhet i rättsligt avseende på den inre marknaden."

EGD konstaterade därefter att infocodirektivet visserligen inte uppställde någon definition av begreppet mångfaldigande eller begreppet delvist mångfaldigande, men att kravet på självständig och enhetlig tolkning medförde att begreppen skulle definieras mot bakgrund av lydelsen av övriga bestämmelser i artikel 2, och deras sammanhang, samt mot bakgrund av folkrätten och de mål som eftersträvades med direktivet som helhet.<sup>18</sup>

När det gällde begreppen "mångfaldigande" och "delvis mångfaldigande", sedda mot bakgrund av lydelsen av övriga bestämmelser i artikel 2 och deras sammanhang, konstaterade EGD att det följde av artikeln att det skydd som rätten att tillåta eller förbjuda mångfaldigande som upphovsmannen hade avsåg ett "verk". Beträffande detta begrepp anförde domstolen att det följde av "systemet i Bernkonventionen", bl.a. av dess artiklar 2.5 och 2.8, att skydd av litterära eller konstnärliga verk förutsatte att de utgjorde intellektuella skapelser.<sup>19</sup>

Enligt artikel 2.5 i den svenska versionen av Bernkonventionen (BK) ska "[s]amlingar 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." Den svenska versionen av artikeln skiljer sig här i ett betydande avseende från den auktoritativa franska versionen i det att rekvisiten "urval" och "disposition" anges som kumulativa, när de i själva verket är alternativa ("par le choix ou la disposition"). Enligt artikel 2.8 i samma konvention ska skydd inte ges till

<sup>17</sup> Infopaq, p. 28.

<sup>18</sup> Infopaq, p. 31 och 32.

<sup>19</sup> Infopaq, p. 33 och 34.

”nyhetsmeddelanden eller i fråga om notiser vilka endast har karaktären av vanliga tidsningsmeddelanden.”

Domstolen får genom sin referens till nämnda artiklar i BK sägas ansluta sig till den bedömning som gjorts i doktrinen mot bakgrund av diskussioner under den s.k. Brysselrevisionen av BK; att artikel 2.5 BK implicerar kravet ”intellektuell skapelse” som internationell norm för skyddsförtjänhet – *originalitet* – för väsentligen alla de verkskategorier som omfattas av BK:s tillämpningsområde.<sup>20</sup>

EGD konstaterade därefter att artikel 1.3 i datorprogramdirektivet, artikel 3.1 i databasdirektivet och artikel 6 i skyddstidsdirektivet angav att de verk som omfattades av direktiven skulle få upphovsrättsligt skydd endast om de var originala på så sätt att de var ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse”. Med hänvisning till skäl 4, 9–11 och 20 i infocodirektivets ingress framhöll domstolen vidare att det direktivet ”genom vilket harmoniserade rättsliga ramar för upphovsrätt inrättas, grundas på samma princip”. De skäl i ingressen till direktivet som domstolen hänvisade till betonar nödvändigheten av ett harmoniserat, starkt, tillfredsställande och effektivt skydd för upphovsrätt och närstående rättigheter. I skälen framhålls också uttryckligen att infocodirektivet bygger vidare på principer som fastlagts i tidigare direktiv på upphovsrättsområdet.

Skäl 4 i ingressen till infocodirektivet anger att ”[h]armoniserade rättsliga ramar för upphovsrätt och närstående rättigheter kommer genom ökad klarhet i rättsligt hänseende och genom att en hög skyddsnivå skapas inom området för immaterialrätt att uppmuntra till betydande investeringar i kreativ och innovativ verksamhet, bl.a. då det gäller nätinfrastruktur, vilket i sin tur leder till tillväxt och ökad konkurrenskraft för europeisk industri inom såväl innehållsskapande som informationsteknik och mer allmänt inom ett brett område av industri- och kultursektorer. Detta kommer att säkerställa samsättningen och främja skapandet av nya arbetstillfällen.” Skäl 9 anger att ”[u]tgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Skyddet av dem bidrar till att bevara och utveckla kreativiteten och gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet. Immaterialrätt har därför erkänts som en integrerad del av äganderätten.” I skäl 10 anförs att ”[f]ör att upphovsmännen och de utövande konstnärerna skall kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet måste de få en ersättning för utnyttjandet av sina verk och detsamma gäller producenterna som måste kunna finansiera denna verksamhet. De investeringar som krävs för att producera varor, t.ex. fonogram, filmer eller multimedieprodukter, och tjänster, t.ex. sådana som tillhandahålls på begäran, är betydande. Ett tillfredsställande rättsligt skydd av immateriella rättigheter är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och för att möjliggöra en tillfredsstäl-

<sup>20</sup> Se t.ex. Masouyé, *Guide to the Berne Convention* (1978) avsnitt 2.19, Ricketson/Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights – The Berne Convention and Beyond* (2006) avsnitt 8.03 och 8.05, Aplin i *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (2009) (ed. Derclaye) s. 53 f., Gervais i *Chicago-Kent Law Review* 2007 s. 1113, Hugenholtz (ed.), *Harmonizing European Copyright Law* (2009) s. 40 med not 132 och Axham i *NIR* 2009 s. 154 f. Jf. Karnell i *NIR* 1998 s. 158 och Nordell i *NIR* 2001 s. 73.

lande avkastning på investeringarna.” I skäl 11 anges att ”[e]tt effektivt och strikt system för skydd av upphovsrätten och närstående rättigheter är ett av de viktigaste sätten för att se till att det europeiska kulturskapandet och den europeiska kulturproduktionen får nödvändiga resurser och för att värna om skapande och utövande konstnärers självständighet och värdighet.” Av skäl 20 framgår slutligen att ”[d]etta direktiv bygger på de principer och regler som redan fastlagts genom de direktiv som nu är i kraft på området, särskilt 91/250/EEG, 92/100/EEG, 93/83/EEG, 93/98/EEG och 96/9/EG, samt utvecklar och sätter in dem i ett sammanhang, nämligen informationssamhället. Bestämmelserna i detta direktiv bör inte påverka bestämmelserna i de direktiven, om inte annat föreskrivs i detta direktiv.”

Mot bakgrund av bestämmelserna i BK och infocodirektivets artikel 2 sedd i sitt sammanhang slog EGD sammanfattningsvis fast att ”den upphovsrätt som avses i artikel 2 a i infocodirektivet endast kan tillämpas med avseende på ett alster som är originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.”<sup>21</sup> EGD får härigenom anses ha etablerat ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” som generellt originalitetskriterium även för *andra* verkskategorier än dem som direkt omfattas av de tre ”vertikala” direktivens tillämpningsområde. En fråga som därmed aktualiseras är om kriteriet ska gälla för *alla* verkskategorier. Jag återkommer till det senare i den här framställningen.

Enligt skäl 16 i ingressen till skyddstidsdirektivet gäller visserligen för fotografiska verk – utöver kravet på ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” – att fotografiet ska avspegla upphovsmannens personlighet. En förklaring, som har förts fram inom doktrinen, till varför fotografier har getts en mer ”klassisk” originalitetsbestämning är att de – genom att de kan utgöra konstnärliga verk – typiskt sett skiljer sig från de mer funktionsbetingade datorprogrammen och databaserna.<sup>22</sup> Mot bakgrund av att EGD härleder tolkningen av begreppet ”verk” i artikel 2 a i infocodirektivet ur de tre vertikala direktiven, utan att fästa avseende vid den strängare originalitetsbestämning som markeras i skyddstidsdirektivet, ser jag dock inte att den ingresskrivningen i praktiken påbjuder att medlemsstaterna ska uppställa ett strängare originalitetskriterium för fotografier – eller för den delen andra konstnärliga verk – än ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse”. Skrivningen i ingressen till skyddstidsdirektivet får istället förstås i ljuset av att det enligt nationell (tysk) rättspraxis från tiden före genomförandet av datorprogramdirektivet var oklart om datorprogram kunde skyddas som upphovsrättsliga verk.<sup>23</sup> I fråga om datorprogram (och kanske även de likaledes funktionsbetingade databaserna) var gemenskapslagstiftaren därför mån om att säkerställa att originalitetskriteriet i medlemsstaterna inte sattes på en för hög nivå, medan det i fråga om fotografier i stället var fråga om att medlemsstaterna inte satte för låga originalitetskrav.<sup>24</sup> Som framhålls i skäl 16 *in*

<sup>21</sup> Infopaq, p. 35 och 37.

<sup>22</sup> Karnell i NIR 1998 s. 160 och Walter/von Lewinski (ed.), European Copyright Law. A Commentary (2010) avsnitt 11.1.5 och 16.0.6.

<sup>23</sup> BGH, Entscheidung vom 9. Mai 1985 – I ZR 52/83. I engelsk översättning i IIC 1986 s. 688 och på tyska i GRUR 1985 p. 1041.

<sup>24</sup> Jfr Karnell 1998 s. 160 och 164 f.

*fine* i ingressen till skyddstidsdirektivet står det medlemsstaterna fritt att skyddet även andra typer av fotografier, t.ex. som närstående rätt (fotografisk bild).

För en del framstår det säkert som förvånande att EGD ”utsträcker” (horisontellt) originalitetskriteriet ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” till att avse även andra verkskategorier än dem för vilka uttrycklig (vertikal) harmonisering har skett. Att kriteriet inte uttryckligen har harmoniserats för hela det upphovsrättsliga fältet har förklarats med att det var omöjlighet att nå politisk enighet i frågan.<sup>25</sup>

För svenska förhållanden kan framhållas att Högsta domstolen (HD) i flera avgöranden,<sup>26</sup> även efter att de tre direktiven i vilket originalitetskriteriet är uttryckt har genomförts i svensk rätt, har åberopat den s.k. verkshöjdsläran,<sup>27</sup> snarare än stött sig på originalitetsbestämningen i direktiven. I det förra året avgjorda s.k. Mini Maglite-avgörandet (NJA 2009 s. 159)<sup>28</sup> uttalade HD att ”[d]en partiella harmonisering som följer av direktiven är alltså begränsad till vissa särskilt angivna alster och får anses motiverad av dessa alsters särskilda art.” Inom såväl nordisk<sup>29</sup> som utomnordisk<sup>30</sup> doktrin har liknande uppfattning framförts. Mest anmärkningsvärt är kanske ändå att kommissionen har gjort samma bedömning. I ett arbetsdokument från 2004 uttrycker kommissionen att originalitetskriteriet är harmoniserat endast för verkskategorierna databaser, datorprogram och fotografier. Kommissionens uttrycker också att det inte är nödvändigt, i ett inre marknadens perspektiv, att harmonisera originalitetskriteriet för övriga verkskategorier:

”On these occasions, the Community legislator has considered it necessary to take account of the special features or the special technical nature of the category of work in question. These special cases aside, Member States remain free to determine what level of originality a work must possess for granting it copyright protection. Whether the requirement of originality should be harmonised regarding all types of works remains a debated issue. In theory, divergent requirements for the level of originality by Member

<sup>25</sup> Hugenholtz (ed.), *Harmonizing European Copyright Law* (2009) s. 31.

<sup>26</sup> Se t.ex. NJA 1998 s. 563 (Tomokohus, NIR 1999 s. 252), kommenterat av Nordell i JT 1998–99 s. 656 ff., och NJA 2004 s. 149 (Patentritning, NIR 2004 s. 585), kommenterat av Rosén i NIR 2004 s. 595 ff. och Eklöf i JT 2004–05 s. 145 ff.

<sup>27</sup> Begreppet ”verkshöjd” introducerades, efter tysk förebild, av Ljungman i Festskrift till Carl Jacob Arnholm (1969), s. 179 ff. Se även Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp* (1970), Törnqvist i TfR 1986 s. 365 ff. och Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (2001).

<sup>28</sup> Rättsfallet finns återgivet i NIR 2009 s. 490 och kommenteras av Rosenmeier i NIR 2009 s. 498.

<sup>29</sup> Se t.ex. Karnell i NIR 1998 s. 157 ff., Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 9 uppl. (2007) s. 82 f., Eklöf i JT 2004–05 s. 148 och Rognstad, *Ophavsrett* (2009) s. 82. Jfr Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4 uppl. (2008) s. 107, Schönning i NIR 2003 s. 527, Nordell i NIR 2001 s. 73 och Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 3 uppl. (2006) s. 33 f.

<sup>30</sup> Se t.ex. Walter/von Lewinski (ed.), *European Copyright Law. A Commentary* (2010) avsnitt 5.1.18 och 16.0.5–16.0.8, Hugenholtz (ed.), *Harmonizing European Copyright Law* (2009) s. 39 ff. och Casas Vallés i *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (2009) (ed. Derclaye) s. 102 ff. Jfr dock Sterling i IIC 1998 s. 305.

States have the potential of posing barriers to intra-Community trade. In practice, however, there seems to be no convincing evidence to support this. The Community harmonisation was needed, and has been enacted, with respect to technology-related categories of works, notably computer programs and databases. However, there are no indications that the lack of harmonisation of the concept of originality would have caused any problems for the functioning of the Internal Market with respect to other categories of works, such as compositions, films or books. Therefore, legislative action does not appear necessary at this stage.”<sup>31</sup>

En central fråga är om EGD:s uttalanden ska tolkas som att originalitetskriteriet, så som det uttolkas av domstolen ur BK och återges i de tre upphovsrättsdirektiven, gäller för *alla* verkskategorier. Såväl nordisk<sup>32</sup> som utomnordisk<sup>33</sup> doktrin som har kommenterat avgörandet har framhållit att det är oklart om EGD:s uttalanden bör förstås så att originalitetskriteriet ska utsträckas till att omfatta alla verkskategorier. För egen del anser jag att uppmärksamhet bör fästas vid domstolens hänvisning till ”den upphovsrätt som avses i artikel 2 a i infocodirektivet”. Tillämpningsområdet för artikel 2 a är enligt sin ordalydelse inte begränsat till vissa verkskategorier.<sup>34</sup> EGD:s uttalande om originalitetskriteriet synes därför i förstone vara tillämpligt för alla verkskategorier. Infocodirektivet reglerar dock inte uttryckligen vilka kategorier av verk som ska skyddas i medlemsstaterna. Istället förefaller det som om direktivet förutsätter att medlemsstaterna redan skyddar vissa alster som verk.

I internationella konventioner på upphovsrättsens område, vilka EU är bundet av, finns bestämmelser om vilka alster som ska skyddas som verk.<sup>35</sup> Enligt huvudregeln i artikel 2.1 BK ska unionsländerna ge skydd åt alster som utgör litterära eller konstnärliga verk. För s.k. brukskonst uppställer BK dock en undantagsregel i artikel 2.7 enligt vilken det är förbehållet unionsländernas lagstiftning att närmare fastsälla skyddet för sådana alster. Redan därigenom kan dock inte dras slutsatsen att verkskategorin brukskonst inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2 a i infocodirektivet. Infocodirektivet innehåller dock en skrivning som kan ge stöd för att undanta brukskonst från direktivets tillämpningsområde. I artikel 1 och skäl 20 till direktivet anges att det tar sikte på det rättsliga skyddet för upphovsrätt, men att särskilt tonvikt läggs vid informationssam-

<sup>31</sup> Se Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004) 995 (Bryssel 19 juli 2004), avsnitt 3.1.

<sup>32</sup> Lidgard, ”Swedish copyright evergreens. Mini-Maglite as ‘artware’?”, in *Swedish Studies in European Law* (2010) (under utgivning).

<sup>33</sup> Walter/von Lewinski (ed.), *European Copyright Law. A Commentary* (2010) avsnitt 11.1.5, Cushley i *World Intellectual Property Review*, Nov–Dec 2009 s. 67 och Derclaye i *EIPR* 2010 s. 247 ff. Jfr dock *Handing* i *EIPR* 2010 s. 53 ff.

<sup>34</sup> Se Walter/von Lewinski (ed.), *European Copyright Law. A Commentary* (2010) avsnitt 11.2.2. Artikel 1 klargör dock att infocodirektivet inte ska påverka befintliga gemenskapsbestämmelser om rättsligt skydd för datorprogram och databaser.

<sup>35</sup> EU är formellt inte part till BK. Genom att EU och vissa av dess medlemsstater den 14 december 2009 ratificerade WIPO-fördraget om upphovsrätt, vilket bl.a. i sina artiklar 1 och 3 hänvisar till BK, är dock EU numera, åtminstone indirekt, bundet av bestämmelserna i BK.



hället.<sup>36</sup> Alster av brukskonst kan knappast sägas höra till kärnområdet för informationssamhället. En rimlig slutsats är alltså att brukskonst torde kunna undantas från tillämpningsområdet för artikel 2 a och därmed det direktivbaserade originalitetskriteriet.

En sådan tolkning innebär också att HD:s uttalanden i Maglite-avgörandet om verkshöjdsbedömningen för brukskonst fortfarande är gällande svensk rätt – dock inte utifrån de skäl HD anförde, utan istället utifrån att brukskonst inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2 a. Utöver brukskonst ser jag dock inte att det finns utrymme för att undanta någon verkskategori från tillämpningsområdet för artikel 2 a – och därmed inte heller från tillämpningsområdet för det harmoniserade originalitetskriteriet.

En annan tolkning är att BK visserligen lämnar åt sina unionsländer om de vill ge skydd för brukskonst, men att tillämpningsområdet för artikel 2 a i infosocdirektivet enligt sin ordalydelse – varifrån uttryckligen endast utesluts verkskategorierna datorprogram, databaser och fotografier – innebär att de medlemsstater i EU som ger skydd för brukskonst inte får uppställa annat skyddskriterium än ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse”. Jag kan inte ansluta mig till denna tolkning, eftersom direktivet tydligt motiveras av och tar sikte på informationssamhället. Dessutom kan man argumentera att det borde krävas mer än ”tyst, omedveten harmonisering” för att reglera ett område som Bernkonventionen behandlar som ett undantag.

Att tillämpningsområdet för infosocdirektivet är oklart förklaras ytterst av att Gemenslagsstiftaren – förutom verkskategorierna datorprogram, databaser och fotografier – inte uttryckligen har harmoniserat vilka verkskategorier som ska skyddas i medlemsstaterna. Vissa medlemsstater, bl.a. Sverige, uppställer en exemplifierande lista över vilka kategorier av verk som skyddas, medan andra, t.ex. Storbritannien, uppställer en ”stängd lista” med verkskategorier.<sup>37</sup>

En annan fråga är om EGD:s ”harmonisering” av originalitetskriteriet genom rättspraxis har någon reell, praktisk betydelse, t.ex. för originalitetsbestämningen i medlemsstaternas domstolar. Det direktivbaserade kriteriet anses allmänt vara en sammanvägning eller kompromiss mellan den brittiska upphovsrättens ”låga” originalitetskrav och det ”högre” krav som av tradition har ställts i kontinentaleuropeisk upphovsrätt. Medan ”intellektuell skapelse” anses vara ett uttryck för den kontinentaleuropeiska tanken om upphovsrättsligt skapande som ett uttryck för upphovsmannens person, anses ”upphovsmannens egen” vara en eftergift till det brittiska originalitetskravet, enligt vilket det som är originellt per definition inte är en efterbildning av någon annans verk.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Skäl 20 återges ovan s. 344. Jfr Lidgard, “Swedish copyright evergreens. Mini-Maglite as ‘art-ware’?”, in *Swedish Studies in European Law* (2010) (under utgivning).

<sup>37</sup> För en diskussion härom, se t.ex. Aplin i *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (2009) (ed. Derclaye) s. 54 ff. och 67 ff.

<sup>38</sup> Se t.ex. Cohen Jehoram i IIC 1994 s. 829, Cohen Jehoram i IIC 2001 s. 536 ff., Davies i IIC 1995 s. 970 f., Schricker i IIC 1995 s. 41 ff., Hugenholtz (ed.), *Harmonizing European Copyright Law* (2009) s. 31 ff. Walter/von Lewinski (ed.), *European Copyright Law. A Commentary* (2010) avsnitt 5.1.17 och 16.0.5–16.0.8, von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (2008) avsnitt 3.32–3.36 och Handing i EIPR 2009 s. 665 ff.

Kriteriet ”intellektuell skapelse” är, i likhet med vad EGD framhöll, redan etablerat på internationell nivå genom BK. I internationell doktrin har framhållits att det begreppet, genom att inte ange hur ”kvantitativt omfattande” det intellektuella skapandet måste vara för att anses som originellt, lämnar stort utrymme åt de anslutna staterna att utforma sitt originalitetskriterium, t.ex. i nationell rättspraxis.<sup>39</sup> På liknande sätt har i nordisk doktrin framhållits att uttrycket ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” är tillräckligt generellt och abstrakt utformat för att inbegripa den verkshöjdsbestämning som vi traditionellt gjort i de nordiska länderna.<sup>40</sup> I rättstillämpningen kan, eller åtminstone bör, vi dock förvänta oss att domstolarna framöver – i motsats till etablerad HD-praxis – kommer att hänvisa till ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” i enlighet med vad EGD nu påbjudit i Infopaq-avgörandet.

För den verkskategori det var fråga om i målet – litterära verk i form av tidningsartiklar – konstaterade domstolen att det intellektuella skapandet normalt kommer till uttryck av det sätt på vilket ämnet presenteras och språkbehandlingen: genom valet, dispositionen och kombinationen av ord kan upphovsmannen ge uttryck åt sin kreativitet på ett originellt sätt.<sup>41</sup> Yttrandet får sägas ligga i linje med vad som tidigare gällt för nordiska förhållanden.<sup>42</sup>

EGD uttalade sig också om vad som gäller för delar av verk. Domstolen konstaterade inledningsvis att det vare sig i infosocdirektivet eller i något annat direktiv på (upphovsrätts-)området finns något som tyder på att delar av verk ska bedömas annorlunda än hela verk. Härav följer, enligt domstolen, att de ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd om de i sig bidrar till originaliteten hos verket i sin helhet: de olika delarna av ett verk ska således åtnjuta skydd förutsatt att de innehåller de element som ger uttryck åt upphovsmannens egen intellektuella skapelse.<sup>43</sup> Även i denna del får domstolens bedömning sägas överrensstämma med vad som redan tidigare gällt för nordiska förhållanden.<sup>44</sup>

EGD framhöll också att även om enskilda ord inte i sig kan utgöra en intellektuell skapelse, så kan vissa enskilda meningar, eller till och med delar av meningar, återge originaliteten hos en tidningsartikel, genom att återge element som i sig utgör ett uttryck för artikelförfattarens egen intellektuella skapelse. Sådana meningar eller delar av meningar kan alltså vara föremål för upphovsrättsligt skydd. EGD lämnade dock till den nationella domstolen att pröva om en viss sekvens om elva ord kunde utgöra upphovsrättsintrång.<sup>45</sup> För svensk del kan konstateras att EGD:s uttalanden inte torde avvika från vad som varit gällande sedan tidigare: åtminstone i underrättsavgöranden har enskilda meningar ansetts vara originella.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> Ricketson/Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights – The Berne Convention and Beyond* (2006), avsnitt 8.05.

<sup>40</sup> Jfr t.ex. Karnell i NIR 1998 s. 157 ff.

<sup>41</sup> Infopaq, p. 44–45.

<sup>42</sup> Se t.ex. NJA 1996 s. 712 och Rosén i SvJT 2004 s. 153 ff.

<sup>43</sup> Infopaq, p. 38–39.

<sup>44</sup> Se t.ex. NJA II 1961 s. 40, NJA 1995 s. 256 och prop. 2004/05:110 s. 50.

<sup>45</sup> Infopaq, p. 44–45.

<sup>46</sup> Se t.ex. Stockholms TR dom av den 11 april 2006 i mål T 9014–04 där textraden ”ta mig till

### Tillfälliga former av mångfaldigande

EGD uttalade sig även om tolkningen av artikel 5.1 i infocodirektivet om inskränkning till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande. Domstolen konstaterade att fem kumulativa kriterier måste vara uppfyllda för att inskränningen ska bli tillämplig:<sup>47</sup>

- det är fråga om en tillfällig form av mångfaldigande,
- mångfaldigandet är flyktigt eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse,
- mångfaldigandet utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process,
- det enda syftet med denna process är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster, och
- mångfaldigandet inte har någon självständig ekonomisk betydelse.

Domstolen framhöll att eftersom inskränkingsbestämmelsen var ett undantag från en huvudregel (domstolen använde uttrycket ”en allmän princip”) om upphovsmannens exklusiva ensamrätt till mångfaldigande i artikel 2, den skulle ges en restriktiv tolkning.<sup>48</sup> Enligt domstolen accentuerades detta av det faktum att artikel 5.1. ska tolkas mot bakgrund av artikel 5.5, som ger uttryck för den s.k. trestegsregeln: undantag får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Trestegsregeln är en internationellt etablerad norm för hur rättighetshavarens och motstående allmänna och enskilda intressen ska balanseras när fråga är om utformningen av inskränkningar och undantag i det upphovsrättsliga skyddet.<sup>49</sup> Domstolen framhöll också att punkterna 4, 6 och 21 i ingressen till infocodirektivet anger att rekvisiten i artikel 5.1 även ska tolkas mot bakgrund av kravet på *upphovsmännens* rättssäkerhet i fråga om skyddet av deras verk.<sup>50</sup>

EGD konstaterade att ett ”flyktigt” mångfaldigande, i den mening som avses i artikel 5.1., har till syfte att möjliggöra den tekniska process som den ska utgöra en integrerad och väsentlig del av. Kraven på att inskränningen ska tolkas

---

havet och gör mig till kung” i Peter Lundblads sång ”Ta mig till havet” ansågs ha verkshöjd. Samma domstol ansåg i dom den 12 september 1989 att en mening ur Ingmar Bergmans bok ”Laterna Magica” hade skydd som litterärt verk. Jfr. NJA 1975 s. 679 där HD torde ha bedömt orden ”flamma stolt mot dunkla skyar” som ett skyddat litterärt verk. Se härom Rosén i SvJT 2004 s. 154 med not 9.

<sup>47</sup> Infopaq, p. 54–55.

<sup>48</sup> Op. cit. p. 56–57.

<sup>49</sup> På det upphovsrättsliga området introducerades trestegsregeln i samband med revideringen av BK vid Stockholmskonferensen år 1967. Regeln gjordes då tillämplig endast på rätten till mångfaldigande. Regeln har sedermera kommit att utsträckas även till vissa former av tillgängliggörande för allmänheten, samt även gjorts tillämplig på vissa närstående rättigheter och andra immaterialrättigheter. Inom det upphovsrättsliga området finns regeln i dag uttryckt i artikel 9.2 BK, artikel 10 WCT, artikel 16.2 WPPT och artikel 13 TRIPS.

<sup>50</sup> Infopaq, p. 59. Punkterna 4, 6 och 21 återges ovan.

restriktivt och i ljuset av trestegsregeln innebar enligt EGD att det flyktiga mångfaldigandet inte fick gå utöver vad som var nödvändigt för att den tekniska processen skulle fungera väl.<sup>51</sup> Därutöver innebar kravet på upphovsrättshavarnas rättssäkerhet ett krav på att bevarandet och raderandet av mångfaldigandet inte var beroende av något ”skönsmässigt mänskligt ingripande”, t.ex. av den som använde de skyddade verken. Domstolen anförde att det i ett sådant fall nämligen inte skulle kunna säkerställas att den berörda personen verkligen raderade den form av mångfaldigande som gjorts eller att personen raderade den när den inte längre fyllde någon funktion för genomförandet av den tekniska processen.<sup>52</sup> Som referens framhöll domstolen att punkten 33 i ingressen till direktivet nämner webbläsning och cachelagring som exempel på tillfälliga mångfaldiganden som, på grund av att de skapas och raderas automatiskt utan mänskligt ingripande, omfattas av artikel 5.1.<sup>53</sup> Domstolen konstaterade därför att ett mångfaldigande kan anses vara ”flyktigt” (i den mening som avses i artikel 5.1) endast om det existerade under den tid som behövdes för att den berörda tekniska processen skulle fungera väl. Domstolen poängterade att processen skulle vara automatiserad på så sätt att exemplaret raderades automatiskt, utan mänskligt ingripande, så snart som den inte längre fyllde någon funktion för genomförandet av den tekniska processen.<sup>54</sup>

Domstolen gjorde därefter en prövning i sak och bedömde, beträffande tvisten mellan Infopaq och DFF, att det inte utan vidare kunde uteslutas att de två första formerna av mångfaldigande, nämligen skapandet av TIFF-filer (fas två) samt textfiler som en följd av en konvertering av TIFF-filerna (fas tre), kunde anses vara flyktiga, eftersom de raderades automatiskt från datorminnet.<sup>55</sup> Där emot var underlaget från den nationella domstolen inte tillräckligt utförligt beträffande lagringen av utdraget om elva ord (fas fyra) för att EGD skulle kunna bedöma huruvida den tekniska processen var automatiserad så att filen raderades från datorminnet utan mänskligt ingripande och inom en begränsad tidsrymd. EGD anförde därför att det ankom på den nationella domstolen att pröva huruvida raderingen var beroende av viljan hos den som använde formen av mångfaldigande och huruvida filen inte riskerade att finnas kvar efter det att den fyllt sin funktion för genomförandet av den berörda tekniska processen.<sup>56</sup>

Beträffande den sista formen av mångfaldigandet (fas fem) konstaterade EGD att Infopaq genom att skriva ut filerna med utdragen om elva ord i pappersform, utförde ett mångfaldigande som inte var datorbaserat. Eftersom exemplaret fanns på papper, upphörde exemplaret att existera först när papperet förstördes. Raderandet av ett sådant exemplar var beroende av viljan hos användaren och mångfaldigandet kunde därför inte anses flyktigt i den mening som avses i arti-

<sup>51</sup> Infopaq, p. 61.

<sup>52</sup> Infopaq, p. 62.

<sup>53</sup> Infopaq, p. 63.

<sup>54</sup> Infopaq, p. 64.

<sup>55</sup> Infopaq, p. 65.

<sup>56</sup> Infopaq, p. 66.

kel 5.1. Mångfaldigandet kunde därför inte undantas från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2.<sup>57</sup>

Domstolens tolkningsbesked beträffande artikel 5.1 ligger väl i linje med de syften som ligger bakom artikel 5.1 och de principer som kommer till uttryck i direktivets ingress, vilka domstolen också åberopar i sitt avgörande. EGD:s uttalanden ligger också i linje med de (preliminära och icke-auktoritativa) tolkningsbesked beträffande artikel 5.1 (11 a § i den svenska upphovsrättslagen) som den svenska lagstiftaren anförde vid genomförandet av infocodirektivet, där det för svenska förhållanden för första gången gjordes klart att även tillfälliga kopior ingår i upphovsmannens ensamrätt. Samtidigt infördes också direktivets tvingande bestämmelse (artikel 5.1) om inskränkning för vissa sådana kopior.<sup>58</sup>

Samtidigt bör uppmärksamhet fästas vid den stora praktiska betydelse som EGDs bedömning i denna del har för nyttjanden och licensiering av tillfälliga former av mångfaldigande i digital miljö. I praktiken sker automatiska former av mellanlagring ofta under längre tid än vad som är direkt nödvändigt för att den tekniska processen ska fungera väl. Dessutom är det ofta möjligt för en enskild användare att på förhand ställa in hur länge det "tillfälliga" mångfaldigandet ska ske. Ett exempel är sådant mångfaldigande som sker i en användares dator för att möjliggöra s.k. "surfning" på Internet: användaren kan normalt bestämma om exemplaren/filerna ska raderas direkt när datorn stängs av eller lagras under längre tid. Tyvärr hade inte EGD möjlighet att ta ställning till det alternativa rekvisitet "inkluderande av underordnad betydelse", men jag har svårt att se hur ett sådant mångfaldigande som sker hos en användare för att möjliggöra webbsurfning, skulle kunna omfattas av den skrivningen. Det mångfaldigande som sker för att möjliggöra webbsurfning är ju av central betydelse (för att möjliggöra webbsurfningen).

EGD:s yttrande att inskränkningar ska ges en restriktiv tolkning samt tolkas i ljuset av trestegsregeln, liksom kravet för förutsebarhet (rättssäkerhet), är även det uttalanden som ligger i linje med bedömningar som tidigare har gjorts av den svenska lagstiftaren och svenska domstolar.<sup>59</sup>

En annan diskussion är förstås om direktivets ordning med bred ensamrätt, inkluderande alla tillfälliga former av mångfaldiganden med undantag/inskränkning för vissa "tekniskt nödvändiga" former av mångfaldiganden, är en lämplig eller önskvärd ordning. I ett internationellt perspektiv kan konstateras att varken Bernkonventionen eller det senare WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT) är

<sup>57</sup> Infopaq, p. 67–70 och 72. Domstolen konstaterade också att det inte hade gjorts gällande, eller framgick av de handlingar som översänts till EGD, att det skulle vara fråga om en form av mångfaldigande som omfattades av det alternativa rekvisitet "inkluderande av underordnad betydelse" i artikel 5.1. Se Infopaq, p. 71.

<sup>58</sup> Rättsläget enligt gällande svensk rätt var dessförinnan oklart när det gällde var den exakta gränsen gick för framställning av ett upphovsrättsligt exemplar i samband med återgivning av verk i digital form. Se prop. 2004/05:110 s. 50 ff. och 89 ff. med hänvisning till bl.a. prop. 1996/97:111 s. 32 och bet. 1997/98:LU2 s. 6. För vissa grupper av personer fanns dock redan regler av betydelse när det gäller bl.a. tillfälliga kopior i lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen).

<sup>59</sup> Prop. 2004/05:110 s. 83 f.

tydliga på denna punkt. Vid antagandet av WCT i mitten av 1990-talet var frågan om tillfälliga former av mångfaldigande inbegreps (eller borde inbegripas) i upphovsmannens ensamrätt, en av de mest diskuterade och omstridda. Bakgrunden var (naturligtvis) att den tekniska utvecklingen kommit att inte endast möjliggöra, utan även förutsätta, att tillfälliga former av mångfaldiganden av upphovsrättsskyddat material uppstod i en dators internminne (RAM) vid s.k. webbsurfning och vid överföring av sådant material i bl.a. routrar och proxy-serverar via Internet. Vad som eftersträvades var en balans mellan upphovsmännens intresse av att få ersättning även när deras verk exploateras i ny teknik och att samtidigt hålla rent tekniskt nödvändiga former av mångfaldiganden och nyttjanden i form av ”ren användning” utanför den upphovsrättsliga ensamrätten, t.ex. att se och lyssna på ett verk. EU var en av de förhandlingsparter som vid WIPO-konferensen 1996 mest aktivt drev linjen att inkludera även tillfälliga former av mångfaldiganden i upphovsmannens ensamrätt, men samtidigt att införa en särskild inskränkning till förmån för vissa tekniskt betingade former av mångfaldiganden eller mångfaldiganden som betingades av ren användning.<sup>60</sup>

De förhandlande parterna kunde inte enas om synen på tillfälliga former av mångfaldiganden, utan kom istället överens om följande gemensamma uttalande till artikel 1.4 WCT:

”Rätten till mångfaldigande enligt artikel 9 i Bernkonventionen och de i den artikeln angivna medgivna undantagen äger full tillämpning också i den digitala omgivningen, särskilt med avseende på utnyttjande av verk i digital form. Lagring av ett skyddat verk i digital form i ett elektroniskt medium skall förstås så att det utgör ett mångfaldigande enligt artikel 9 i Bernkonventionen.”

Uttalandet säger inget om tillfälliga former av mångfaldiganden, eftersom det lämnar öppet vad som ska förstås med begreppet ”lagring”, dvs. om även tillfälliga former av mångfaldiganden inbegrips i ensamrätten.<sup>61</sup> Vid införlivandet av WCT (och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, WPPT) på EU-nivå, vilket skedde genom infosocdirektivet, valde Gemenskapslagstiftaren att införa en ordning med bred ensamrätt inkluderande alla tillfälliga former av mångfaldiganden men med undantag eller inskränkning för vissa sådana mångfaldiganden.

### **Sammanfattande slutkommentar**

Att EGD genom rättspraxis harmoniserar originalitetskriteriet över hela det upphovsrättsliga området, dock sannolikt utan tillämpning för (åtminstone) bruks-

<sup>60</sup> Ricketson/Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights – The Berne Convention and Beyond* (2006) avsnitt 11.26–11.27 och 11.69–11.75 och von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (2008) avsnitt 5.118 och 17.52–17.55.

<sup>61</sup> Ricketson/Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring rights – The Berne Convention and Beyond* (2006) avsnitt 11.74–11.75, Walter/von Lewinski, *European Copyright Law – A commentary* (2010) avsnitt 11.0.33 och 11.5.12 och von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (2008) avsnitt 5.118 och 17.57–17.58.

konst, medför kanske inte någon större betydelse för nordiska förhållanden eftersom uttrycket ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” är tillräckligt generellt och abstrakt utformat för att inbegripa den verkshöjdsbestämning som vi traditionellt gjort i de nordiska länderna. Någon närmare vägledning om vad som krävs för att ett alster ska vara originellt följer inte av avgörandet. Elva ord kan i teorin vara originella, men mer än så går knappast att utläsa av domstolens resonemang. Vi kan dock förvänta oss att de nordiska domstolarna, med hänvisning till Infopaq-avgörandet, framöver kommer att hänvisa till det harmoniserade originalitetskriteriet snarare än det traditionella verkshöjds-kriteriet.

När det gäller tolkningen av inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande kan konstateras att domstolen, i linje med de syften som kommer till uttryck i direktivets ingress, tydligt framhåller rättighetshavarnas intressen och deras rättsäkerhet – inte användarnas. I en tid när upphovsrätten och dess balansinstrument trestegsregeln ifrågasätts eller är föremål för kreativa (om)tolkningar,<sup>62</sup> kan det från rättighetshavarsynpunkt måhända kännas betryggande att EGD gör en ”traditionell” bedömning i enlighet med de rättighetshavarvänliga syften som kommer till uttryck i infocdirektivets ingress. Å andra sidan kan en sådan ordning i praktiken leda till praktiskt svårhanterliga överväganden, framförallt eftersom inskränkningen i sig är svårtolkad och innebär att en bedömning måste göras i varje enskilt fall snarare än att tydligt undanta/inskränka ensamrätten för vissa tekniskt nödvändiga former av mångfaldigande. EU:s val att inkludera tillfälliga former av mångfaldigande i ensamrätten börjar nu komma till praktiskt, konkret uttryck.

När det gäller den fortsatta rättsprocessen mellan Infopaq och DFF kan vi (förhoppningsvis) se fram emot ytterligare klargöranden från EGD, t.ex. om tolkningen av det i artikel 5.1 centrala rekvisitet ”inte självständig ekonomisk betydelse” och trestegsregeln i artikel 5.5. Jag hoppas kunna återkomma med en artikel även om det förhandsavgörandet.

<sup>62</sup> Se t.ex. Griffiths i IPQ 2009 s. 428 ff., Koelman i EIPR 2006 s. 407 ff. och Hilty et al. i EIPR 2008 s. 489 ff.