

Sanna Wolk

Doktrинens inverkan i Högsta domstolens upphovsrättsliga domar

1 Inledning

Upphovsrätten är numera central i den kunskapsbaserade ekonomi som präglar innovations- och informationssamhället, och är viktig för ekonomisk tillväxt och framåtskridande i en marknadsekonomi. De upphovsrättsliga industrierna har växt explosionsartat under 2000-talet inom främst spel- och nöjesindustrin. Dagens moderna upphovsrättsliga system har aldrig varit så starkt och effektivt som i dag, samtidigt som det är hårt kritiserat. Det är ju naturligt att rättshavarna söker tillgodogöra sig upphovsrättens ekonomiska värde, men samtidigt anser allt fler att det inte längre finns en balans i systemet och att lagstiftningen på området i allt för stor utsträckning har gynnat rättshavarna. I spåren av den mycket snabba tekniska utvecklingen med fildelning och strömmad media av såväl lagligt som olagligt tillgängliggjort upphovsrättsligt material har upphovsrätten tilldragit sig allt mer politiskt, ekonomiskt och akademiskt intresse. Med den ökade uppmärksamheten på det upphovsrättsliga skyddet har det under de senaste tio åren skett en explosiv utveckling i åsiktsyttringar, som inte alltid är väl underbyggda eller ens korrekta.¹

¹ Att kalla sig expert i upphovsrätt, immaterialrätt eller IT-rätt och diskutera, kommentera, argumentera, m.m. upphovsrätten i såväl sociala medier (internetforum, bloggar, wikier, tweets, osv.) som tryckt media är numera ett naturligt inslag i den juridiska debatten. I många sammanhang, särskilt beträffande åsiktsyttringar, har också de digitala medierna gått om de tryckta. Sociala mediers kraft kan illustreras med det finska förslaget till reglering av anställdas upphovsrätt som lades fram den 4 november 2009 av Undervisningsministeriet. Förslaget har inte lett till någon lagstiftning, eftersom det blev massivt kritiserat i olika sociala medier och efter drygt 300 inlägg meddelade kultur- och idrottsministern den 17 december 2009 att lagstiftningsarbetet inte skulle fortsätta.

När de flesta på ett enkelt sätt, med stor spridning, kan uttrycka sina åsikter och tolkningar av gällande rätt, har frågor om källhantering och källkritik kommit allt mer i förgrunden.

Vid lösande av rättsfrågor hämtar Högsta domstolen normalt hjälp från de traditionella rättskällorna, alltså lagtexten, lagförarbeten, praxis och doktrinen. Som prejudikatinstans är Högsta domstolens avgöranden samtidigt en betydelsefull rättskälla för att söka svar på de frågor som kan uppkomma i det upphovsrättsliga förhållandet mellan upphovsrättsinnehavare och företag, enskilda personer, m.fl. Det gäller naturligtvis även avgöranden från den Europeiska unionens (EU:s) domstol. Inom upphovsrätten, som flera andra rättsområden, har rättsutvecklingen i Sverige under 1990-talet och därefter under 2000-talet varit föremål för omfattande förändringar efter Sveriges tillträde till avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet) och senare inträde i EU. Det har inom EU skapats en gemensam upphovsrättslig EU-lagstiftning genom flera direktiv.² EU-rättens inflytande är därför stort i svensk lagstiftning och rättspraxis.

Trots EU-rättens starka inverkan på svensk upphovsrätt, har jag i detta arbete valt att endast undersöka vilken juridisk litteratur som den svenska högsta instansen använt. Som bekant för de flesta hänvisas i Högsta domstolens motivering, utöver lagmotiven och prejudikat, ibland till såväl juridisk litteratur som sakkunnigutlåtanden.³ Detta kapitel fokuserar på Högsta domstolens hantering av just den juridiska litteraturen, normalt

² Det finns numera nio antagna direktiv för harmonisering av medlemsstaternas upphovsrättsliga lagstiftningar. Dessa är: (1) direktiv 2012/28/EU om viss tillåten användning av anonyma verk, (2) direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram (ersätter direktiv 91/250/EEG), (3) direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närliggande rättigheter inom det immaterialrättsliga området (ersätter direktiv 92/100/EEG), (4) direktiv 93/83/EEG om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närliggande rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel, (5) direktiv 2006/116/EG om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närliggande rättigheter (ersätter direktiv 93/98/EEG), (6) direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser, (7) direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närliggande rättigheter i informationssamhället, (8) direktiv 2001/84/EG av den 27 september 2001 om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt), samt (9) direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (direktivet omfattar alla ensamrätter, och inte bara upphovsrätten).

³ Se härom Lind, J., Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, i Juridisk Tidskrift (JT), nr 2 1996/97 s. 352 ff.

benämnd doktrinen, i de resonemang som domen grundas på: Vilka författare hänvisar domstolen till? Vilket inflytande har doktrinen på Högsta domstolens rättstillämpning? Syftet är att beskriva och analysera domstolens användning av juridiska arbeten som rättskälla under den tid som lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) varit i kraft. I arbetet har undersökts domar meddelade under perioden 1 juli 1961–1 juli 2013. Ett sjuttiotial domar har gått igenom, varav 63 domar har studerats närmare.⁴ I de utvalda rättsfallen har domstolen bedömt främst upphovsrättsliga frågor som rört bestämmelser i URL.

Traditionellt har den juridiska doktrinen hanterats varsamt av svenska domstolar, men i ljuset av det skrivna materialets expansion är en hypotes att Högsta domstolen numera använder andra arbeten än traditionellt rättsvetenskapliga i den dömande verksamheten. En tes i undersökningen är att under det senaste årtiondet har också doktrinen fått en större betydelse i den dömande verksamheten. Samtidigt är en tes att det är utslutande alster av svenska författare som används av Högsta domstolen.

2 Den svenska upphovsrättsliga doktrinen

Doktrinen är en rättskälla som inte ska underskattas; en diskussion kring en reglerings tillämpning skapar en kontinuerlig utfyllnad av de rättsliga ställningarna. Det gäller särskilt när praxis är begränsad. Vad som kan anses tillhöra doktrinen kan dock diskuteras, och det finns ingen enhetlig definition. Det finns flera olika uppfattningar om vilka juridiska arbeten som faller inom doktrinen. Enligt exempelvis *Eek*, *Grönfors*, *Hellner*,

⁴ Det är följande avgöranden: NJA 1961 s. 696, NJA 1964 s. 99, NJA 1965 s. 523, NJA 1966 s. 241, NJA 1967 s. 143, NJA 1967 s. 150, NJA 1968 s. 104, NJA 1971 s. 226, NJA 1973 s. 699, NJA 1974 s. 94, NJA 1974 s. 403, NJA 1975 s. 339, NJA 1975 s. 679, NJA 1976 s. 43, NJA 1976 s. 95, NJA 1976 s. 282, NJA 1979 s. 70, NJA 1979 s. 352, NJA 1980 s. 123, NJA 1981 s. 313, NJA 1982 s. 23, NJA 1982 s. 23, NJA 1984 s. 34, NJA 1984 s. 304, NJA 1985 s. 807, NJA 1985 s. 807, NJA 1985 s. 813, NJA 1985 s. 893, NJA 1985 s. 909, NJA 1986 s. 226, NJA 1986 s. 398, NJA 1986 s. 702, NJA 1987 s. 266, NJA 1988 s. 715, NJA 1990 s. 499, NJA 1993 s. 263, NJA 1993 s. 390, NJA 1994 s. 74, NJA 1995 s. 256, NJA 1995 s. 631, NJA 1996 s. 79, NJA 1996 s. 354, NJA 1996 s. 712, NJA 1998 s. 563, NJA 1998 s. 838, NJA 2000 s. 292, NJA 2000 s. 435, NJA 2000 s. 445, NJA 2000 s. 580, NJA 2002 s. 178, NJA 2002 s. 398, NJA 2003 s. 465, NJA 2004 s. 149, NJA 2004 s. 363, NJA 2005 s. 510, NJA 2005 s. 905, NJA 2005 s. 924, NJA 2008 s. 309, NJA 2009 s. 159, NJA 2010 s. 135, NJA 2010 s. 559, NJA 2012 s. 483 och NJA 2012 s. 975.

Thornstedt, Vahlén och Welamson bör det röra sig om den auktoritativa litteraturen främst författad av akademiker som använt rättsvetenskaplig metod och fullständigt källmaterial.⁵ Medan Lavin framhåller att en forskare bör vara fri att använda vilket material och vilken metod som helst, och anser att den traditionella rättskälleläran snarare är ett hjälpmedel för rättstillämpare än ett ”styrmedel inom den ”fria” forskningen”.⁶ En vanlig uppfattning är dock att det avgörande för om ett juridiskt arbete ska uppfattas som rättskälla är tyngden av de anförda argumenten, dvs. om bra argument framförs som kan påverka domstolarna i deras ställningstagande ska arbetet kategoriseras som rättskälla. I detta kapitel har jag emellertid inte för avsikt att närmare analysera det material som kan anses höra till doktrinen och på vilka bedömningsgrunder ett sådant ”urval” skulle kunna ske. I praktiken spelar det nog heller ingen roll, utan enligt min mening är en fullständig presentation av källmaterialet ett viktigt kriterium för att ett juridiskt arbete ska ha ett värde för den dömande verksamheten.

I den juridiska litteraturen anföras ofta olika uppfattningar om skilda upphovsrättsliga spörsmål, och inom den traditionella rättsvetenskapen brukar också diskuteras *de lege ferenda* såväl förslag om kompletteringar eller justeringar av den upphovsrättsliga lagstiftningen som genomgripande förändringar av det upphovsrättsliga systemet. Högsta domstolens ledamöters uppgift är däremot att resonera *de lege lata*, och beträffande en eller flera författares framställning (tolkning) av gällande rätt bör Högsta domstolen, som andra, självfallet inte vara okritiska till sådana uttalanden. I det enskilda fallet krävs alltid en egen självständig analys.

Det finns en stor variation av juridiska arbeten som rör upphovsrätten, som är främst skrivna av akademiker, men även av praktiker och domare, m.fl. Det är bl.a. läromedel, rapporter, handböcker, avhandlingar, monografier, artiklar och sakkunnigutlåtanden. I flera viktiga *juridiska böcker* är det upphovsrättsliga regelverket väl genomlyst. Bland de mer omfattande bidragen som har ett bredare perspektiv ska nämnas *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgren*, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens

⁵ Se Eek, H., Grönfors, K., Hellner, J., Thornstedt, H., Vahlén, L., Welamson, L., Juridikens källmaterial, 9 uppl., Förlaget akademilitteratur, Stockholm 1979 s. 189 ff. Jfr Leherberg, B., Praktisk juridisk metod, 6:1 uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Tallinn 2010 s. 89.

⁶ Lavin, R., Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk? i Förvaltningsrättslig tidskrift (FT), nr 4-6 1989 s. 115 ff. (119).

(2013),⁷ *Levin*, Lärobok i immaterialrätt (2011),⁸ jämte *Olssons* framställningar Upphovsrättslagstiftningen (2009) och Copyright (2009).⁹ Det kan självklart diskuteras om handböcker, läroböcker och lagtextkommentarer är av rättsvetenskaplig karaktär.¹⁰ Dessa författares verk har emellertid utvecklats i flera upplagor, som har blivit standardverk som vunnit allmänt anseende inom de immaterialrättsliga kretsarna. Bland de bidrag som utgår från ett visst, mer begränsat, perspektiv kan nämnas *Eklöf*, Upphovsrätt i konkurrens (2005),¹¹ *Rosén*, Upphovsrättens avtal (2006),¹² *Strömholm*, Upphovsrätt och internationell privaträtt (2001),¹³ *Svensäter*, Anställning och upphovsrätt (1991),¹⁴ jämte min bok Arbetstagares immaterialrätter (2008).¹⁵ Därutöver finns en stor mängd *artiklar* som rör särskilda avgränsade upphovsrättsliga frågeställningar. Dessa förekommer främst i festskrifter och liknande utgåvor,¹⁶ samt Nordiskt Immaterialt Rättsskydd (NIR), Svensk Juristtidning (SvJT) och Juridisk Tidskrift (JT). Vidare författas många *sakkunnigutlåtanden*, men deras status som rättskälla kan diskuteras. Dessa är visserligen många gånger

⁷ Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens, 13 uppl., Handelsbolaget Immaterialt rättsskydd, Stockholm 2013.

⁸ Levin, M., Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt, 10 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2011.

⁹ Olsson, H., Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar, 3 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2009 jämte dens. Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt, 8 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2009.

¹⁰ Se även Eek, Grönfors, Hellner, Thornstedt, Vahlén, Welamson, Juridikens källmaterial, 4 uppl., Stockholm 1965 s. 143.

¹¹ Eklöf, D., Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering, Iustus, Uppsala 2005.

¹² Rosén, J., Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och tv-bolags samt fotografers avtal, 3 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2006.

¹³ Strömholm, S., Upphovsrätt och internationell privaträtt, Norstedts juridik, Stockholm 2001.

¹⁴ Svensäter, L., Anställning och upphovsrätt: om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen, Norstedts juridik, Stockholm 1991.

¹⁵ Wolk, S., Arbetstagares immaterialrätter – rätten till datorprogram, design och uppfinningar m.m. i anställningsförhållanden, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2008.

¹⁶ Se t.ex. Festskrift till Marianne Levin, Norstedts juridik, Stockholm 2008, Festskrift till Ulf Bernitz, Jure, Stockholm 2001, Festskrift till Gunnar Karnell, Carlsson Law Network, Stockholm 1999 och Ton och rätt: festskrift till STIM, Iustus, Uppsala 1998.

högkvalitativa rättsvetenskapliga arbeten, men är författade på en parts uppdrag och färgade av den särskilda rättsliga fråga som tvistas. Därför, även om sakkunnigutlåtanden analyserar aktuella rättsfrågor, bör dessa normalt inte behandlas som en rättskälla.¹⁷

3 Om doktrinen i domskälen

I Sverige har användningen av lagförarbeten traditionellt haft en stor betydelse, som också speglas i Högsta domstolens domskäl. Fram till början av 1980-talet har faktiskt domstolen i de upphovsrättsliga målen i princip bara hänvisat till lagmotiven.¹⁸ I flera avgöranden före 1984 har emellertid domstolen över huvud taget inte angivit grunderna för resonemangen, utan endast beskrivit omständigheterna och sina resonemang. I NJA 1965 s. 523 har dock Högsta domstolen återgett långa utdrag ur ett sakkunnigutlåtande, som refererat till både svenska och utländska rättsvetenskapliga arbeten, vilka bör ha beaktats av domstolen. Men även om det saknas hänvisningar till doktrinen i domskälen, kan det antas att Högsta domstolen tagit hänsyn till de resonemang som anförs i doktrinen.¹⁹ Det gäller inte minst som föredragandes förslag till dom ofta hänvisar till såväl lagförarbeten som olika slags rättsvetenskapliga arbeten.²⁰ Som *Strömholm* framhåller är det kanske inte alltid så lätt att spåra doktrinens inflytande, men dess roll i rättsutvecklingen ska inte underskattas.²¹

Numera görs det också omfattande hänvisningar till såväl doktrinen som annat juridiskt material i de svenska lagmotiven, vilka också kan

¹⁷ Som bl.a. Lavin anført i FT nr 4-6 1989 s. 115 ff. (119), ska hans sakkunnigutlåtanden inte ses som rättsdogmatik.

¹⁸ Se bl.a. NJA 1967 s. 150, NJA 1968 s. 104, NJA 1974 s. 94, NJA 1974 s. 403, NJA 1975 s. 339, NJA 1975 s. 679, NJA 1976 s. 95, NJA 1979 s. 70, NJA 1980 s. 123 och NJA 1984 s. 34. I mål därefter har Högsta domstolen i sina resonemang hänvisat till endast förarbeten i NJA 1985 s. 893, NJA 1985 s. 909, NJA 1986 s. 226, NJA 1986 s. 702, NJA 1988 s. 715, NJA 1995 s. 164, NJA 1996 s. 79, NJA 1996 s. 354, NJA 2000 s. 445, NJA 2008 s. 309, NJA 2010 s. 559 och NJA 2012 s. 483.

¹⁹ Allmänt härom, se Bengtsson, B., Om rättsvetenskapen som rättskälla, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (TfR) 2002 s. 14 ff.

²⁰ Se bl.a. NJA 1981 s. 313, NJA 1982 s. 23, NJA 1982 s. 633, NJA 1984 s. 34, NJA 1985 s. 813, NJA 1985 s. 893, NJA 1988 s. 715, NJA 1993 s. 263, NJA 1993 s. 263, NJA 1995 s. 164, NJA 1996 s. 712, NJA 2000 s. 292, NJA 2010 s. 559 och NJA 2012 s. 483.

²¹ Se Strömholm, S., *Rätt, Rättskällor och rättsstillämpning*, 5:1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1996 s. 510.

antas beaktas vid domstolens överläggningar. Tidigare hänvisades det sparsamt till annat än officiellt material i lagstiftningsarbetet. Detta har dock förändrats radikalt. I och med att lagstiftningstakten ökat, med mycket korta utredningstider, finns det ett litet utrymme för utredarna att göra djupare analyser och de är ofta hänvisade till befintliga arbeten som det citeras och refereras till i utredningarna. Dagens lagmotiv är helt enkelt inte längre lika utförliga och genomarbetade som äldre förarbeten. Bland annat har de ursprungliga lagmotiven till URL, SOU 1956:25 och prop. 1960:17, fortfarande en särställning vid tolkning av lagen, som också ofta framkommer i Högsta domstolens domskäl. En genomgång av doktrinen bidrag i lagstiftningsarbetet, liksom domstolens hantering av lagmotiven, faller dock utanför ramen för denna framställning.

En förklaring till Högsta domstolens avskalade domskäl före 1970-talet, är att domstolen först 1971 övergick till den s.k. öppna stilen och började göra hänvisningar till doktrinen i domskälen.²² Beträffande domstolens avgöranden som rör upphovsrättsliga spörsmål uppträder dock inte hänvisningar till doktrinen förrän under mitten av 1980-talet, och inte förrän under slutet av 1990-talet synliggörs i domskälen vilka författaress skrifter som har haft inverkan på domstolens resonemang. Det kan bl.a. förklaras av den tidigare magra produktionen av rättsvetenskapliga arbeten på området, men i och med upphovsrättens expansion har fler juridiska arbeten författats.

4 Den upphovsrättsliga doktrinen i domskälen

I NJA 1984 s. 304 gör Högsta domstolen för första gången en hänvisning i domskälen till doktrinen. Hänvisningen rör författarnas uppfattning om att privatkopiering enligt bestämmelsen om privat bruk (12 § URL, tidigare 11 § URL om enskilt bruk) av s.k. efemär (tillfällig) inspelning (26 e § URL, tidigare 22 § URL) inte är förenlig med inskränkningens syfte. Den efemära upptagningen hade framställts av Sveriges Radio för användning vid radions egen utsändning. Med hänsyn till det som framgår i lagmotiven till bestämmelsen om efemära kopior samt flera olika författaress syn (*Bergström, Hillert och Karnell*),²³ fann Högsta domstolen

²² Se t.ex. Strömholm, Rätt, Rättskällor och rättstillämpning, 5 uppl., 1996 s. 509.

²³ De arbeten som användes av domstolen var Bergström, S., Om radions inspelningar,

att en sådan inspelning inte fick användas för att framställa privatkopior åt allmänheten med stöd av bestämmelsen om privat bruk i URL.

Efter avgörandet 1984 har Högsta domstolen inte hänvisat i domskälen till doktrinen förrän 1996, närmare bestämt i NJA 1996 s. 712. I målet tolkade domstolen citaträtten vid referat i en tidningsartikel av annans artikel. I domskälen hänvisades till vad som anförts av *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgren* i deras gemensamma bok *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* beträffande risken för intrång vid referat och citat.²⁴ Domstolen fann att refereringen i den andra artikeln gick utöver citaträtten och att upphovsrättsintrång förelåg.

I NJA 1998 s. 563 om tekniska ritningars upphovsrätt, framhålls i domskälen att uppfattningen i den svenska juridiska litteraturen är att tekniska ritningars skyddsomfång är smalt, och i princip finns bara ett upphovsrättsligt skydd mot direkt avbildning av en sådan ritning. Domstolen hänvisade till *Olssons* bok *Upphovsrättslagstiftningen* och igen till *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgrens* gemensamma bok *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*.²⁵ Med beaktande av bl.a. författarnas resonemang fann domstolen att det var intrång när originalritningen använts som förlaga för en ny teknisk ritning, men inte för den tekniska ritning som ritats på fri hand och var mindre detaljrik än originalritningen.

Högsta domstolen har vidare i NJA 1998 s. 838 hänvisat till ett rättsvetenskapligt arbete. Målet rör URL:s tillämpning på utländska verk. Högsta domstolen anför i domskälen att lagen i det land som upphovsrättsligt skydd åberopas ska avgöra vem som var rättshavare till verket. Som stöd för sin ståndpunkt hänvisade domstolen till en artikel av *Strömholm* i SvJT.²⁶ Därmed fann domstolen att vid en författares död övergick rättigheterna till verket i Sverige till dennes arv- eller testamentstagare i enlighet med svensk upphovsrättslig lagstiftning, trots att författarens upphovsrätt i hemlandet hade konfiskerats av staten.

Frågan som behandlades i NJA 2000 s. 292 var om en persons anordnade av länkar på sin webbsida till olika musikfiler var ett brott mot producenträttigheterna i 46 § URL. När en besökare klickade på länken,

i NIR 1962 s. 30 ff. (s. 35), Hillert, S., *Fonogrammen och upphovsrätten*, i NIR 1972 s. 368 f. och Karnell, G., *Läromedelsrätt*, Gleerup, Lund 1972 s. 78.

²⁴ Det var till bokens 5 uppl., 1995 s. 31 som domstolen gjorde en hänvisning.

²⁵ Hänvisning gjordes till Olsson, *Upphovsrättslagstiftningen*, 1 uppl., 1996 s. 43 och Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 5 uppl., 1995 s. 33.

²⁶ Strömholm, *Den andra metoden. Några anteckningar till immaterialrättens särställning i den internationella privaträtten*, i SvJT 1993 s. 351 ff.

laddades omedelbart en musikfil ned till datorn (djuplänkning). Vid resonemangen beträffande vad som avses med begreppet spridning i 2 § URL refererades till *Carlén-Wendels* bok *Nätjuridik* och en artikel av *Tómasson* i NIR.²⁷ Enligt författarnas uppfattning då, var det fråga om spridning av verk om personen som sammanställt länkarna också har haft någon rådgighet över verken som det länkades till. Domstolen accepterade dock inte författarnas tolkningar av vad som borde utgöra gällande rätt vid länkning, utan tog en annan ställning i frågan. Domstolen framhöll att med stöd av URL:s lagmotiv, WIPO:s fördrag om upphovsrätt från 1996 samt Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället kunde spridning bara ske med ett verks fysiska exemplar och digitala överföringar kunde därför inte kategoriseras som spridning i URL:s mening.²⁸ Ett anordnande av djuplänkar på en webbsida till musikfiler på internet utgjorde därför enligt domstolen ett självständigt tillgängliggörande för allmänheten (då offentligt framförande, numera överföring till allmänheten).

I NJA 2000 s. 580 bedömdes om ett datorspel kunde hänföras till de båda verkskategorierna datorprogram och filmverk (se 1 § 1 st. 2 p. och 4 p. URL). Domstolen fann att spelen hade ett upphovsrättsligt skydd som datorprogram, men var inte skyddade som filmverk. Med utgångspunkt i resonemang av *Karnell* och *Olsson*,²⁹ fann domstolen att de aktuella datorspelen inte kunde kategoriseras som filmverk. Det eftersom datorprogrammen var skapta för att spelas och inte åses – spelaren styrde händelseförloppet. Vidare anförde domstolen att spelen inte var ett resultat av ”inspelningsverksamhet” samtidigt som de såldes i massupplaga i den allmänna handeln. Datorspelens användningsområde ansågs helt enkelt vara en annan än filmverks, och detta motiverade (då) från skyddssynpunkt att datorspelen inte skulle kategoriseras som filmverk. I anslutning till detta framhöll Högsta domstolen att de ”bilder som kommer upp på bildskärmen är snarast att se som ett utflöde av det

²⁷ Carlén-Wendels, T., *Nätjuridik: lag och rätt på Internet*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1998 s. 152 f. och *Tómasson, E., Digital teknologi. Konsekvenser for retsreglerne og retshåndhævelsen for musik og film*, i NIR 1997 s. 344 ff.

²⁸ Att jämföras med EU-domstolens avgörande av den 3 juli 2012 i mål C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*

²⁹ *Karnell* i *Festskrift til Ole Lando, Papers dedicated to Ole Lando*, *GadJura cop.*, Köpenhamn 1997 s. 199 och *Olsson, Copyright*, 6 omarb. utök. uppl., 1998.

underliggande programmet”, och därför kunde bara datorprogramkategorin vara tillgänglig.

Högsta domstolen behandlade i NJA 2002 s. 178 förutsättningarna för en melodis upphovsrättsliga skydd och dess skyddsomfång. Domstolen diskuterade det upphovsrättsliga begreppet verkshöjd, som inte är reglerat i lag. Redan i de ursprungliga lagmotiven till URL framgår att begreppet inte kan lagstadgas, ”utan det närmare bedömandet får liksom hittills ankomma på rättsvetenskap och praxis.”³⁰ I doktrinen har också verkshöjdskravet diskuterats och dess numera låga ribba har framhållits av flera författare. I domen hänvisas till den långa rättsvetenskapliga diskussion som förts av bl.a. *Ljungman* och *Tómasson*.³¹ I domstolens resonemang om utrymmet för variation vid musikskapande och enklare alsters skyddsmöjligheter, framhölls i linje med detta att om ett alster präglas av ett visst mått av originalitet omfattas det av upphovsrätten, alltså att det kan ställas förhållandevis låga krav på verkshöjd.

Även i NJA 2004 s. 149 behandlades verkshöjdskravet, denna gång för en ritning av en golvskena. I domen analyseras bl.a. dubbelskapandekriteriet som introducerats i doktrinen, men som efterhand tagits upp i lagstiftningsarbetet och Högsta domstolens domar. I domskälen framhölls att kriteriet under senare tid utsatts för kritik i doktrinen genom en hänvisning till *Nordell*.³² Enligt domstolens resonemang kan dubbelskapandekriteriet vara till hjälp för att utröna oberoende dubbelskapande jämte ett verks skyddsomfång. Däremot framhåller domstolen att kriteriet inte kan ge svar på om ett alster besitter verkshöjd.

Högsta domstolen behandlar både sakrätt och upphovsrätt i NJA 2005 s. 510, och gör hänvisningar till såväl sakrättsliga som upphovsrättsliga arbeten i domskälen. Målet tar upp upphovsmannens ställning i konkurs (jfr 42 § URL). Frågan var om en upphovsman hade rätt till royalty (massafordran i konkurs) när konkursboet överlätit ett befintligt lager med varor som dekorerats med upphovsmannens verk. I domskälen redogörs för vad som anförts i flera olika rättsvetenskapliga arbeten av *Håstad*, *Lindskog*, *Möller*, *Rosén* och *Welamson*.³³ Med utgångspunkt i författar-

³⁰ Prop. 1960:17 s. 49.

³¹ Ljungman, S., Något om verkshöjd, i Festskrift til Carl Jacob Arnholm, Tanum, Oslo 1969 s. 179 ff. och Tómasson, Værk og værkshøjde, i NIR 2001 s. 522.

³² Nordell, P.-J., Dubbelskapande i teori och praktik, i NIR 1995 s. 630.

³³ Håstad, T., Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2000 s. 419, Lindskog, S., Kvittning: Om avräkning av privaträttsliga fordringar, Norstedts juridik, Stockholm 1993 s. 163 ff., Möller, M., Konkurs och kontrakt, Lustus, Upp-

nas arbeten, har enligt domstolen en upphovsman inte rätt till royalty i sådana fall. Domstolens resonemang och domslut ligger i linje med det som kommit till uttryck i doktrinen.

Det s.k. satirundantaget behandlades av Högsta domstolen i NJA 2005 s. 905. I ett radioprogram hade originaluppläsningar av barnsagor sammanfogats med repliker ur en film som utspelas i kriminell miljö. Frågan var om denna sammanställning var ett intrång i upphovsmannens ideella rätt. Enligt lagmotiven var avsikten vid URL:s tillkomst att just parodier, travestier och liknande skulle betraktas som självständiga verk. Högsta domstolen framhåller i domskälen att det i doktrinen framförts att sådana slags bearbetningar visserligen inte kommit till uttryck i själva lagtexten, men att dessa alster ska skyddas av upphovsrätten och hänvisar till en artikel av *Rosén*.³⁴ Domstolen fann också att även om begreppen parodi och travesti inte nämns i URL, finns ett satirundantag i svensk upphovsrätt, och slår fast att programinslaget skulle betraktas som ett nytt självständigt verk och inte utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt (jfr 4 § URL).

I NJA 2005 s. 924 behandlas skyddet för databaser i 49 § URL och om annans användande (utdrag) av uppgifter i databasen utgjorde ett intrång i databasrätten. Högsta domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. En fråga som EU-domstolen emellertid inte gått in på, var om en sammanställning av ett stort antal uppgifter kan omfattas av databasdirektivet även om den inte är resultatet av en väsentlig investering. Den frågan togs dock upp av Högsta domstolen, och domstolen framhöll att i doktrinen var det omdiskuterat om ett sådant skydd vid sidan av direktivet var tillåtet i den nationella upphovsrätten. Domstolen hänvisade till *Bernitz, Karnell, Pehrson* och *Sandgrens* bok *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* och deras redogörelse med hänvisningar.³⁵ Däremot tog domstolen inte ställning i denna fråga, eftersom domstolen fann att de åtgärder som gjorts av bolaget inte kunde anses utgöra exemplarframställning eller tillgängliggörande till allmänheten av hela eller en väsentlig del av annans databas och bolaget hade därför inte gjort intrång i annans databasrätt.

sala 1988 s. 635 f., Rosén, Upphovsrättens avtal, 2 uppl., 1998 s. 143 och Welamson, L., Konkursrätt, Norstedts, Stockholm 1961 s. 441 f.

³⁴ Rosén, Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti? i NIR 1990 s. 600 ff.

³⁵ Domstolen hänvisade till bokens 5 uppl., 1995 s. 99.

Frågan om en skärmdump av en webbsida som bl.a. bestod av två fotografier var ett intrång i fotografens ensamrätt enligt 1 och 49 a §§ URL behandlades av Högsta domstolen i NJA 2010 s. 135. Domstolen utredde om intrånget skulle bedömas i förhållande till hela den webbsida som skärmdumpen publicerades på eller just bara skärmdumpen, vilket var relevant vid bedömningen om tillämpligheten av inskränkningen i 20 a § URL. Enligt bestämmelsen kan bilder användas utan upphovsmannens samtycke om de är i bakgrunden eller är en oväsentlig del av annan bild. En första förutsättning för att inskränkingsbestämmelsen ska vara tillämplig, är att verket är utgivet enligt 8 § URL. Med hänvisning till *Olsson* framhålls att utgivningsbegreppet rör fysiska verk och inte avser digitala fotografier.³⁶ Domstolen fann dock att fotografen lämnat rådhetsen över de digitala bilderna, och därmed var URL:s bestämmelser tillämpliga. Enligt domstolen skulle skärmdumpen, och inte webbsidan, bedömas för att utröna om inskränkningen i 20 a § URL var tillämplig. Eftersom de två fotografierna inte var en oväsentlig del av skärmdumpen, var det ett intrång i fotografens ensamrätt att tillgängliggöra skärmdumpen på internet.

NJA 2012 s. 975 rör ansökan om informationsföreläggande enligt 53 c § URL. En person hade gjort ett antal ljudböcker tillgängliga på en server och flera rättshavare hade ansökt om informationsföreläggande mot en internetleverantör för att få information om uppladdarens namn och adress. Internetleverantörens uppfattning var att ett förläggande stred mot datalagringsdirektivet och datakommunikationsdirektivet.³⁷ I domen behandlades bl.a. ramarna för överföringsrätten i 2 § URL. Med hänvisning till *Olsson* framhåller domstolen att rätten till överföring till allmänheten omfattar tillhandahållande av verk på internet, oavsett verkstyp och oavsett om verket görs tillgängligt på begäran eller på annat sätt.³⁸ Överföringsrätten är dock begränsad till sådana tillgängliggöranden som görs till allmänheten. I EU-rätten gäller principen om direktivkonform tolkning, som domstolen framhåller med en hänvisning

³⁶ Olsson, Copyright, 8 uppl., 2009 s. 70.

³⁷ Se direktiv 2006/24/EG om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG jämte direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation.

³⁸ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen, 3 uppl., 2009 s. 62 f.

till *Axhamn*.³⁹ Beträffande frågan om beviskravet för informationsföreläggande hänvisar domstolen till *Bengtsson* och *Lyxell*,⁴⁰ och menar att det ska finnas sannolika skäl både för ensamrättens existens och för att intrång i ensamrätten har förekommit. Däremot framhåller domstolen att det inte kan krävas en fullständig utredning vid en process om informationsföreläggande med en hänvisning till *Westberg*.⁴¹ Domstolen fann att informationsföreläggande kunde riktas mot internetleverantören, och vare sig datalagringsdirektivet eller datakommunikationsdirektivet utgjorde hinder mot att meddela ett föreläggande.

5 Några sammanfattande kommentarer

I vissa fall, främst under senare delen av 1990-talet och början av 2000-talet, innehåller Högsta domstolens domar hänvisningar till doktrinen, och i enstaka fall har domstolen även mer tydligt lyft fram författares uttalanden om vad som bör utgöra gällande rätt. När doktrinen har lyfts fram av domstolen har det främst rört frågor som inte kan besvaras med ledning av lagtext och lagmotiv.⁴² Det har i Högsta domstolens upphovsrättsliga mål rört bl.a. rättsfrågor som uppkommit i spåren av den teknologiska utvecklingen,⁴³ men också vid definition av olika upphovsrättsliga begrepp.⁴⁴

Det kan däremot antas att domstolen tar hänsyn till de resonemang som förs fram i doktrinen även när inga hänvisningar finns i domskälen. Intressant är dock att den doktrinen som Högsta domstolen hänvisar till i de flesta fall stödjer domstolens resonemang, och endast i undantagsfall har avvikande meningar i juridisk litteratur lyfts fram.⁴⁵ Det här kan jämföras med exempelvis domar från tyska högsta domstolen (Bundes-

³⁹ Axhamn, J., EG-domstolen tolkar begreppet överföring till allmänheten, i NIR 2007 s. 148 ff.

⁴⁰ Bengtsson, H., Lyxell, R., Åtgärder vid immaterialrättsintrång, Norstedts juridik, Stockholm 2006 s. 170.

⁴¹ Westberg, P., Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Juristförlaget, Lund 2004, s. 91.

⁴² Se även Sandgren, C., Hänvisningar i rättsvetenskapen, i JT nr 05-06 nr 1 2006 s. 65 ff. (68).

⁴³ Se NJA 2000 s. 292, NJA 2000 s. 580, NJA 2005 s. 924, NJA 2010 s. 135 och NJA 2012 s. 975.

⁴⁴ Se NJA 1984 s. 304, NJA 1996 s. 712, NJA 1998 s. 563, NJA 1998 s. 838, NJA 2002 s. 178, NJA 2004 s. 149, NJA 2005 s. 510 och NJA 2005 s. 905.

⁴⁵ Se t.ex. NJA 2000 s. 292.

gerichtshof), i vilka det redogörs för flera olika författares resonemang för att finna vad som är den i huvudsak gemensamma uppfattningen i doktrinen. Högsta domstolen kanske inte behöver ha så omfattande domskäl som den tyska, men det kan finnas all anledning att domstolen mer tydligt summerar de uppfattningar om vad som bör utgöra gällande rätt som framförs i doktrinen samt om domstolen *de facto* har beaktat resonemangen i den dömande verksamheten.

Intressant är att beträffande citat och referat, har Högsta domstolen i de upphovsrättsliga målen inte för vana att citera ur doktrinen (jfr 22 § URL), utan domstolen beskriver med egna ord, alltså refererar, och hänvisar sedan vidare till doktrinen. De hänvisningar som görs av domstolen rör ofta olika upphovsrättsliga begrepp, som har diskuterats och analyserats i olika rättsvetenskapliga arbeten. I domskälen förs också ett självständigt resonemang (något som bör vara en självklarhet), och i de upphovsrättsliga målen synes domstolens ledamöter i vart fall inte vara okritiska till uttalanden i doktrinen, vilket visar på gott omdöme och skicklighet. Det är däremot svårt att ändå veta i vilken utsträckning som doktrinen faktiskt inverkar på Högsta domstolens ledamöter i deras ställningstagande i de upphovsrättsliga rättsfrågor som har behandlats. Däremot har hänvisningar till doktrinen ökat. Det är bra, eftersom när en dom ska tolkas är det av stor vikt att faktiskt ha en bild av vad som har haft inverkan på domstolens resonemang och hur det bakomliggande resonemanget har byggts upp.

Det är flera olika författares arbeten som redovisats i domskälen i Högsta domstolens upphovsrättsliga mål, och min uppfattning är att inte någon särskild författare, med möjligtvis undantag för *Olsson*, som tillmåtts stor auktoritet på det upphovsrättsliga området. Snarare används olika juridiska arbeten beroende av den rättsfråga som ska lösas av domstolen. Det anmärkningsvärda är dock att det är främst till svenska och endast manliga(!) författare som skrivit i immaterialrätt, som t.ex. *Bernitz*, *Karnell*, *Ljungman*, *Pehrson*, *Rosén*, *Sandgren* och *Strömholm*, som lyfts fram i domskälen.⁴⁶ Det är endast en utländsk författare som det har hänvisats till i domskälen, nämligen islänningen *Tómasson*. Med tanke på att det upphovsrättsliga skyddssystemets starka internationella förankringar samtidigt med EU-rättens starka inflytande på rättsområdet genom den gemensamma upphovsrättsliga EU-lagstiftningen som skapats genom

⁴⁶ Även i målet som rör upphovsrätt i konkurs, görs också bara hänvisningar till svenska manliga rättsvetenskapsmän inom det sakrättsliga området (se NJA 2005 s. 510).

skilda direktiv, vore det naturligt att också europeisk doktrin har inverkan i Sveriges högsta dömande instans och på den nationella rättsutvecklingen. Men i och med domstolen många gånger skriver ”bl.a.” och ”t.ex.”, eller där ”lämnade hänvisningar”, vid de alster som nämns, kan det antas att såväl andra svenska som utländska arbeten beaktas i den dömande verksamheten.

De flesta hävningarna som gjorts av Högsta domstolen är till juridisk litteratur som författats av akademiker, men domstolen har också flera gånger refererat till *Olsson*, som är f.d. hovrättslagman med lång erfarenhet av lagstiftningsarbete med främst URL. Två gånger har domstolen även hänvisat till böcker skrivna av advokater (*Carlén-Wendels* och *Bengtsson/Lyxell*). Högsta domstolen hänvisar i resonemangen således övervägande till arbeten som av många kan anses falla inom begreppet rättsvetenskapliga arbeten.

6 Avslutande synpunkter

Doktrins inverkan på Högsta domstolen kommer enligt min mening att öka än mer, och det är sannolikt att domstolen i framtiden i en allt större utsträckning kommer att redogöra för doktrins olika läror. Den tendensen syns redan i domar avkunnade under 2000-talet. Ett skäl är att flera av URL:s bestämmelser, många centrala, bygger som redan nämnts på artiklar i upphovsrättsliga EU-direktiv. Direktiv som har kommit till utan att förarbeten publicerats i syfte att användas vid den senare lagtolkningen. Nationella bestämmelser som härstammar från unionsrätten ska av de nationella domstolarna så långt som möjligt tolkas i ljuset av just unionsrätten.⁴⁷ I sista hand är det EU-domstolen som är suverän tolkare av den lagstiftningens innehåll om osäkerhet finns om innehållet, och under 2000-talet har Högsta domstolen i fyra upphovsrättsliga mål också begärt förhandsavgöranden från EU-domstolen.⁴⁸ Tolkning av direktivartiklars tänkta mening görs främst i rättsvetenskapliga arbeten, som i EU-domstolens arbete tydligt framgår av de omfattande hänvisningarna i generaladvokatens förslag till domar. Dessa flyter visserligen normalt inte in i EU-domstolens domar, men har nog ett stort inflytande på såväl EU-

⁴⁷ I ett flertal av EU-domstolens avgöranden har principerna om tolkning av EU-direktiv lagts fast, se främst målen 14/83 (von Colson) och C-106/89 (Marleasing).

⁴⁸ Se NJA 2002 s. 398, NJA 2005 s. 924, beslut om inhämtande meddelat den 25 augusti 2010 (Ö 4817-09) och beslut om inhämtande meddelat den 15 maj 2013 (B 3510-11).

domstolens som Högsta domstolens resonemang. Det utesluter däremot inte att Högsta domstolen gör andra överväganden i de resonemang som domen grundas på än de som framförs i den svenska och utländska doktrinen. Enligt min uppfattning bör dock Högsta domstolen i domskälen framledes redovisa för utvecklingen i andra jämförbara länder och också hänvisa till den utländska doktrinen.