



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kristina Franzén

Bevisbörda vid
upphovsrättsintrång

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Peter Westberg

Civilprocessrätt

VT 2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Disposition	5
2 BEVISBÖRDELÄRAN	6
2.1 Begreppets innebörd	6
2.2 Bevisbördans placering	7
2.2.1 Allmänna utgångspunkter	7
2.2.2 Bevisbördeprinciper	8
3 BEVISBÖRDAN VID UPPHOVSRÄTTSSINTRÅNG	13
3.1 Bakgrund	13
3.2 Presumtionsregeln i NJA 1994 s 74	14
4 MOTIVET BAKOM PRESUMPTIONSREGELN	15
4.1 Inledning	15
4.2 NJA 1994 s 74	15
4.3 NJA 1995 s 631	19
4.4 Regatta	20
4.5 Avslutning	21
5 LIKHETSBEDÖMNINGEN	23
5.1 Inledning	23
5.2 Likhetsbedömningen i rättspraxis	23
6 KRAV FÖR ATT BRYTA PRESUMTIONEN	27

6.1	Inledning	27
6.2	NJA 1994 s 74	27
6.3	NJA 1995 s 631	28
6.4	Regatta	28
6.5	Gulan	30
6.6	Avslutning	31
7	PRESUMTIONREGELNS TILLÄMPNING VID TVIST OM VILKET VERK SOM SKAPATS FÖRST	32
7.1	Inledning	32
7.2	Bevisbördan och tidsaspekten	32
8	ÄR PRESUMPTIONSREGELN RIMLIG?	35
9	SAMMANFATTANDE ANALYS	37
9.1	Inledning	37
9.2	Återknytning till de inledande problemformuleringarna	37
	LITTERATURFÖRTECKNING	40
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	42

Sammanfattning

Arbetet behandlar frågan om bevisbördans placering vid intrång i upphovsrätten. Den presumtionsregel som formulerades i NJA 1994 s 74 innebar ett klargörande av rättsläget på området. Denna regels konsekvenser och tillämpning belyses i uppsatsen genom diskussioner kring fem olika problemformuleringar.

Som en inledande bakgrund görs en översiktlig genomgång av bevisbördeläran där relevanta teoretiska begrepp förklaras. Särskilt intresse ägnas åt de olika ändamåls- och intresseavvägningar som aktualiseras i bevisbördebedömningar vid tvistemål. Dessa överväganden kommer till uttryck i de principer som anses ligga till grund för hur domstolarna hanterar bevisbördefrågan i de fall denna inte finns reglerad i lag.

Huvuddelen av arbetet utgörs av en analys av presumtionsregelns olika aspekter. En viktig fråga gäller skälet till att bevisbördan kommit att placeras just på detta sätt vilket aktualiserar en diskussion om olika alternativa bevisbördeprinciper. Vidare belyses domstolarnas tillämpning av presumtionsregeln och därmed sammanhängande spørsmål. Till de problem som tas upp i framställningen hör även frågan om rimligheten hos bevisregeln. Underlaget för denna del av uppsatsen utgörs till övervägande del av rättspraxis då det saknas relevant litteratur på området.

Förord

Jag vill i första hand tacka min handledare professor Peter Westberg för all den hjälp och uppmuntran som han bidragit med när det som bäst behövs. Idén till uppsatsämnet kommer också från honom och han har även varit behjälplig med material till arbetet.

Jag vill även rikta ett tack till min familj som varit ett stort stöd och en verklig tillgång under hela min studietid.

Sist men inte minst måste även de fantastiska vänner som jag fått under min lundatid omnämnas. Tillsammans har vi trotsat både tentaperioder och ständig motvind och faktiskt lyckats ha roligt nästan jämt. Tack!

Lund i maj 2002

Kristina Franzén

Förkortningar

HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd I
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
RB	Rättegångsbalk
TR	Tingsrätt
URL	Upphovsrättslagen (1960:729)

1 Inledning

1.1 Syfte

Jag avser i min framställning att belysa frågan bevisbördans placering i mål om intrång i upphovsrätt. En ny bevisregel inom detta område fastlades genom en dom i Högsta domstolen 1994. Sedan detta avgörande kom har principen tillämpats i ytterligare några HD-fall men det rör sig fortfarande om rättspraxis av en relativt begränsad omfattning. Den omkastning av bevisbördan som den vägledande domen innebar gavs inte någon direkt motivering och frågorna blir därmed många. Man kan bland annat fundera över om presumtionsregeln skall vara tillämplig vid intrång i alla former av immateriella rättigheter eller om den endast är avsedd att användas inom det rent upphovsrättsliga området. Immaterialrätten innefattar som bekant så vitt skilda saker som patenträtt, mönsterskydd och varumärkesskydd. Även upphovsrätten uppvisar olika former av ensamrätter och som kommer att framgå framöver har den aktuella bevisregeln ansetts tillämplig vid intrång i flera typer av sådana skyddade rättigheter.

I mitt arbete kommer jag huvudsakligen att ta upp fem olika frågeställningar som tar sin utgångspunkt i den presumtionsregel som formulerades i 1994-års fall. Ett relevant spørsmål är vad som kan ha föranlett HD att välja just denna modell för bevisbördans placering. Bevisbördefrågor är i allmänhet komplicerade och frågan om hur bevisbördan skall fördelas har sällan ett enkelt svar. Det finns dock några principer som växt fram genom praxis där olika syften läggs till grund för bedömningen. Med detta som utgångspunkt kommer jag att diskutera om något av dessa ändamålsöverväganden kan tänkas utgöra motivet för Högsta domstolens resonemang. Jag kommer i detta sammanhang särskilt att behandla på vilket sätt syftet bakom den upphovsrättsliga lagstiftningen kan ha inverkat på domstolens ställningstagande. Bevissäkringsteorin och vad kravet på bevissäkring kan tänkas innebära för den enskilda konstnären och eventuellt även upphovsrätten i ett större perspektiv kommer också att ägnas en viss uppmärksamhet.

Den aktuella bevisregeln innebär att likheten mellan de omtvistade verken hamnar i centrum och jag kommer därför att ägna en del utrymme åt hur bedömningen i denna fråga har kommit att gestalta sig i praxis. Ytterligare en intressant fråga är vilket krav som egentligen ställs på svaranden för att han skall anses ha motbevisat den presumtion för intrång som uppstår då verken uppvisar tillräckligt stor likhet. Jag avser därmed att belysa hur rättspraxis avseende denna fråga ser ut och diskutera de frågor som kan dyka upp i sammanhanget.

Vidare kommer jag att diskutera vad som egentligen omfattas av presumtionsregeln, närmare bestämt vem som skall bära bevisbördan för ovisshet om tidpunkten för ett verks tillkomst. Denna betydelsefulla fråga har ännu inte varit föremål för någon domstolsprövning varför det finns utrymme för att argumentera för flera alternativa lösningar.

En annan intressant aspekt är den stora fördel som tillmäts käranden genom den nya presumtionsregeln, det vill säga det överläge han hamnar i genom att vara den som stämmer först. Rimligheten hos en sådan regel kan och bör i allra högsta grad ifrågasättas.

Det material som jag använt mig av utgörs i första hand av relevant rättspraxis, såväl publicerad som opublicerad sådan. Med utgångspunkt i domstolarnas resonemang har jag således försökt hitta svar på de olika frågeställningarna. Med hänsyn till att det rör sig om rättspraxis av begränsad omfattning och att domskälen ofta är relativt kortfattade är det emellertid svårt att dra några säkra slutsatser men detta är inte heller min avsikt. Presumtionsregeln har inte heller givits någon mer ingående behandling i doktrinen varför där inte finns någon direkt vägledning att hämta.

Arbetet avgränsas i första hand till att omfatta en diskussion kring den aktuella bevisregeln och någon egentlig genomgång av det upphovsrättsliga skyddets uppbyggnad och innehåll kommer därför inte att göras. I de situationer då jag ansett det relevant för det övriga resonemanget tas emellertid även vissa rent upphovsrättsliga aspekter upp.

1.2 Disposition

Inledningsvis kommer jag att redogöra för själva termen bevisbörda och andra närliggande eller på annat sätt relevanta begrepp inom bevisrätten. I samband med detta kommer jag även att beröra de oskrivna principer som kan användas för att avgöra bevisbördans placering och rättspraxis där dessa principer kommit till uttryck.

Ett kapitel kommer att ägnas åt förutsättningarna för att ett intrång i upphovsrätten skall föreligga och själva utformningen av den ifrågasvarande presumtionsregeln. Den efterföljande och största delen av uppsatsen kommer att behandla de frågeställningar som regeln ger upphov till och som redogjorts för under 1.1. Arbetet är i denna del disponerat på ett sådant sätt att frågorna diskuteras var för sig i separata kapitel. Slutligen kommer en sammanfattande analys att göras för att återknytta till de inledningsvis uppställda problemställningarna.

2 Bevisbördeläran

2.1 Begreppets innebörd

Bevisbördan avgör vilken av parterna i en process som skall bära risken för ovissheten om ett rättsfaktums existens.¹ Bevisbörderegler får således bara betydelse när det inte med fullständig säkerhet kunnat utredas om en viss omständighet föreligger eller inte. Frågan blir därmed aktuell först sedan bevisningen i målet värderats.² Ovissheten skall alltså gälla ett visst rättsfaktums existens. Det blir således aldrig aktuellt att tillämpa bevisbörderegler om ovissheten gäller ett bevisfaktum, rättstillämpningsfaktum eller en rättsfråga. Ett rättsfaktum kan definieras som ett omedelbart relevant faktum, alltså en faktisk omständighet som enligt en tillämplig rättsregel är av omedelbar betydelse för rättsföljden. Det rättsfaktum som blir föremål för bevisföring och som en part vill styrka med ett visst bevisfaktum utgör således bevisemat i ett mål.³

Vidare är det viktigt att understryka att det faktum att en part har bevisbördan för viss omständighet inte innefattar någon plikt att förebringa bevisning eller något krav på en bevisprestation. Bördan består i stället i att parten riskerar att förlora målet om inte fullgod bevisning kan förebringas och skulle med denna utgångspunkt kunna beskrivas som en bevisföringsbörda. Regler om bevisbördans placering kan således betraktas som ett sätt att fördela risken mellan parterna i oklara situationer och det har även framhållits i doktrinen att bevisbördans funktion kan sägas vara att åstadkomma en rimlig riskfördelning.⁴

För att avgöra vilken av parterna som skall åläggas bevisbördan för en viss omständighet tillämpas således bevisbörderegler vilka även kan innefatta ett beviskrav. Detta krav kan vara mer eller mindre specificerat men det finns även fall då det överhuvudtaget inte framgår vilket krav som ställs på bevisningen för att bevisbördan skall vara uppfylld.⁵

Rättegångsbalken innehåller ingen generell reglering om beviskrav vid tvistemål och i doktrinen råder delade meningar om det existerar något sådant normalkrav. Ekelöf menar exempelvis att styrkt utgör normalkravet medan Diesen konstaterar att mycket talar för att ett normalkrav finns, att detta är relativt högt och att en sannolikhetsövertikt inte är tillräcklig.⁶ Lindell är däremot av åsikten att det inte kan beläggas att det finns något

¹ Lindell s 504.

² Ekelöf s 78 & Lindell 1987 s 293.

³ Ekelöf I s 13.

⁴ Lindell s 505-507.

⁵ Ekelöf s 80.

⁶ Diesen s 81 & Ekelöf s 70.

normalkrav och menar att det faktum att uttrycket styrkt används av domstolarna även i betydelsen bevisat pekar i denna riktning.⁷ Stöd för att det faktiskt ett existerar ett normalkrav finns dock i NJA 1993 s 764 där det konstaterades att vid tvistemål gäller i princip att den part som har bevisbördan för ett visst sakförhållande skall styrka att detta förhållande föreligger. Ett lågt eller lägre beviskrav, beroende på om man utgår från att det finns ett normalkrav eller inte, kan tillämpas när det inte finns några starka skäl för att bevisbördan skall falla på en viss part.⁸ På detta sätt utjämnas alltså riskerna mellan parterna då den part som får bära bevisbördan försätts i en förmånlig situation avseende beviskravet.

En viktig gränsdragning inom bevisbördeläran är den mellan den äkta och falska bevisbördan. Beteckningen falsk bevisbörda brukar användas för de fall då en av parterna frambringat tillräcklig bevisning för ett påstått faktum och bevisbördan så att säga flyttas över till motparten. Om denne sedan i sin tur lyckas uppvisa tillfredsställande motbevisning återgår bevisbördan till den första parten och så vidare. Den falska bevisbördan skiftar alltså från den ena parten till den andra under processens gång till skillnad från den äkta bevisbördan som är bestämd på förhand och ligger på en och samma part genom hela processen.⁹

2.2 Bevisbördans placering

2.2.1 Allmänna utgångspunkter

Till skillnad från brottmål där hela bevisbördan alltid ligger på åklagaren är frågan om bevisbörda vid tvistemål något som i princip avgörs från fall till fall även om vissa regler och grundprinciper finns. Skillnaden i bevisbördehänseende mellan straffprocessen och civilprocessen grundar sig framförallt i att brottmålsprocessen har till avsikt att fastställa sanningen om en viss händelse medan det vid dispositiva tvistemål inte är sanningen som är syftet utan snarare konfliktlösning mellan parterna.¹⁰

Bevisbördans stora betydelse för utfallet i en process i kombination med avsaknaden av lagreglering gör frågan till ett av de mest komplicerade områdena inom civilprocessen. Ämnet har följaktligen också varit föremål för många diskussioner och stort intresse. Rättspolitiska avvägningar av olika slag gör sig ofta påmind och bevisbördan kan användas som ett redskap för att få till stånd en ändamålsenlig och rättvis process.

Rättegångsbalken saknar alltså regler om bevisbördans placering vid tvistemål och erbjuder således ingen generell vägledning. Ett fåtal

⁷ Lindell s 511.

⁸ Fitger s 12.

⁹ Ekelöf s 81-82.

¹⁰ Diesen s 80-81.

civilrättsliga stadganden är dock utformade på ett sådant sätt att de även innefattar regleringar rörande bevisbördan. Några sådana bestämmelser återfinns i köplagen, som exempel kan 27 §, 1 st nämnas. Av detta stadgande framgår nämligen att säljaren har bevisbördan för de omständigheter som kan åberopas till befrielse från den skadeståndsskyldighet som annars inträder vid säljarens dröjsmål. Bestämmelser av denna typ är dock sällsynta och då de dessutom är kopplade till specifika materiella regler ger de oss ingen hjälp vad gäller bevisbördan fördelning i allmänhet.

Trots att någon uttrycklig generell bevisbörderegler inte existerar brukar det sägas att utgångspunkten för bevisbördans placering vid tvistemål är att den som påstår något också är skyldig att bevisa detta om motparten förnekar existensen av det påstådda sakförhållandet. I regel innebär detta alltså att käranden har bevisbördan för sina åberopade rättsfakta och svaranden för sina men undantagen är så många att det är svårt att dra några långtgående slutsatser om principens tillämpning och innehåll. En del av dessa undantag regleras som framgått ovan i materiell lag medan andra undantag har växt fram genom praxis utifrån olika motiv och ändamålsöverväganden.¹¹

2.2.2 Bevisbördeprinciper

Det är svårt att på ett klart och enkelt sätt åskådliggöra hur praxis avseende bevisbördebedömningen ser ut och vilka syften och ändamål som hamnar i centrum. Det finns dock ett antal hjälpregler eller principer som har ansetts ligga till grund för hur domstolarna hanterar bevisbördefrågan i de fall denna inte finns reglerad i lag.¹² Dessa principer kan sägas utgå från olika ändamålsresonemang och motiv för vilka jag kommer att redogöra för nedan. I samband med detta kommer även vissa prejudikat på området att belysas.

Ett skäl för att lägga bevisbördan på en viss part kan vara att man vill uppnå en handlingsdirigerande effekt. Motivet är således att bevisbördan skall överensstämma med den relevanta civilrättsliga regelns ändamål och ge detta ändamål genomslagskraft i samhällslivet. Olivecrona och Ekelöf har framhållit att bevisbördans funktion bör vara att tjäna samma syften som lagstiftningen och att detta syfte är viktigare än att domar i enskilda fall avspeglar hur det faktiskt förhåller sig.¹³ Det har också anförts att det som vanligen avgör bevisbördans placering är just vilket alternativ som bäst överensstämmer med den materiella regelns ändamål. Därmed brukar även bevisbörderegler anses tillhöra den materiella rätten.¹⁴

¹¹ Brun s 349.

¹² Fitger s 12.

¹³ Ekelöf s 99-100 & 115.

¹⁴ Fitger 1993 s 207.

Ett exempel på tillämpningen av principen om handlingsdirigering återfinns i NJA 1975 s 280 där bevisbördan placerades på näringsidkaren för att på så sätt skydda den svagare konsumenten. Rättsfallet gällde en tvist om ett entreprenadavtal där beställaren, som alltså var konsument, hävdade att ett fast pris hade avtalats medan entreprenören gjorde gällande att överenskommelsen innebar att priset skulle beräknas enligt löpande räkning. Då HD konstaterat att utredningen i målet inte gett klarhet åt vad som avtalats mellan parterna ålades entreprenören bevisbördan för att fast pris inte avtalats. I domskälen hänvisades bl a till motiveringen i kommentaren till köplagen och uttalanden i samband med förslaget till denna lag. Vidare underströk HD att bevisbördans placering torde främja ingåendet av skriftliga avtal vilket i sin tur bidrar till att skapa klarhet om avtalets innehåll och därmed även överensstämmer med strävandena att upprätthålla regler som skyddar konsumenterna.

Principen om handlingsdirigering kan sägas representera en vid syn på bevisbördereglerens funktion och gör alltså bevisbördefrågan till en del av den civilrättsliga lagstiftningen i stort.

Ett annat resonemang utgår ifrån bevissäkring och innebär att bevisbördan bör placeras på den av parterna som enklast och billigast kan säkra bevisning.¹⁵ Denna utgångspunkt har legat till grund för ett antal avgöranden i Högsta domstolen. Som exempel kan nämnas NJA 1979 s 483 där det fastslogs att den som påstår att ett visst villkor ingått i ett avtal även har bevisbördan för att så är fallet i och med att denna part har lättast för att säkra bevisning. Det måste generellt sett anses som mycket svårt att säkra bevisning för motsatsen, d v s att ett villkor inte innefattats av avtalet eller att ett avtal överhuvudtaget inte ingåtts. I NJA 1992 s 263 behandlades frågan om fordran på grund av kontokortsinköp. Kontokortsinnehavaren invände att de återopade inköpsnotorna var falska och fick bära bevisbördan för att så var fallet med hänvisning till att han hade lättare än kontokortsföretaget att säkra bevisning därom.

Enligt NJA 1988 s 226 kan bevisbördans placering även avgöras med grund i att det är väldigt svårt för en part att bevisa något och bevisbördan läggs då på motparten trots att även denne kan ha bevissvårigheter. Målet rörde skadeståndsskyldighet på grund av häleri efter en inbrottsstöld då den stulna egendomen återställdes till ägaren i skadat skick. Det var dock ovisst om skadorna uppkommit under den tid egendomen varit i hälarnas besittning eller inte. Hälarna fick bära bevisbördan för att egendomen inte skadats under den tid den varit i deras besittning med motiveringen att det var förenat med uppenbara svårigheter för den som återfått skadad egendom att förelägga bevisning eller att ens göra antaganden angående under vilka förhållanden skadorna uppkommit. Domstolens resonemang torde alltså gå ut på att det är i det närmaste omöjligt för någon som blivit utsatt för stöld att säkra bevisning om vad som hänt under den tid egendomen varit i någon

¹⁵ Fitger s 12.

annans besittning och därmed befunnit sig utanför den egna kontrollsfären. Bevisningsresonemanget innebär således inte att det nödvändigtvis är lätt för den ena parten att säkra bevisning utan enbart lättare.

Förutom att en part kan anses ha lättare att säkra bevisning än motparten kan hänsyn även tas till att en av parterna bedöms ha haft särskild anledning att säkra bevisning för det aktuella rättsfaktumet. Vid konsumenttvister kan näringsidkaren således komma att få bära bevisbördan med hänvisning till att han på grund av sin ställning kan åläggas ett särskilt ansvar för att vidta bevissäkrande åtgärder.¹⁶

Enligt Bolding skulle bevisningsresonemanget även kunna utsträckas till att omfatta processuella beteenden i vidare mening. Vad som avses är att en part genom sitt handlande eller sin passivitet gör att processmaterialet blir mindre omfattande än vad som annars blivit fallet. Följden av ett sådant uppträdande borde alltså kunna bli att parten i fråga försätts i en ur bevisbördesynpunkt mindre fördelaktig position.¹⁷

Avslutningsvis kan det konstateras att frågan om bevissäkring tycks ha blivit alltmer aktuell och således kommit att tillmätas särskilt stor vikt vid bedömningen av hur bevisbördan bör placeras.¹⁸

En tredje teori bygger på osedvanlighet och enligt denna skall bevisbördan läggas på den part vars påstående avviker från det brukliga.¹⁹ Principen har tillämpats av HD i NJA 1989 s 215 där bevisbördan placerades på uppdragsgivaren som hävdade att ett fast pris för bokföringsarbete avtalats. Domstolen ansåg att det i det aktuella fallet var svårt att avgöra hur mycket arbete som skulle krävas och att det normala därför var debitera enligt löpande räkning. Beställaren hävdade alltså något som stred mot det sedvanliga och bevisbördan föll därmed på honom. Till skillnad från NJA 1975 s 280 där det rörde sig om ett avtal mellan en företagare och en konsument fanns det i detta mål ingen anledning att ta särskild konsumenthänsyn. Utgångspunkten torde alltså vara att de flesta avtal om bokföringstjänster innebär att betalning skall ske enligt löpande räkning och en sådan placering av bevisbördan skulle således medverka till att så många domar som möjligt får en materiellt riktig utgång.

Som framgått aktualiseras alltså rättspolitiska aspekter av olika slag i samband med bevisbördebedömningar och därmed även vad domstolen anser om behovet av rättsskydd. I det fall det rör sig om en process med två ojämbördiga parter bör detta alltså kunna tas med i bedömningen av vilken fördelning av bevisbördan som är mest lämplig. Bevisbördan kan således vara ett medel för att uppnå ett adekvat rättsskydd.²⁰

¹⁶ Fitger s 12.

¹⁷ Bolding s 107.

¹⁸ Fitger s 12 & Westberg s 161.

¹⁹ Ekelöf s 113.

²⁰ Diesen s 81 & Westberg s 166.

Slutligen skall även överviktsprincipen beröras. Denna metod har förespråkats som en generell lösning på bevisbördeproblematiken, alltså oavsett vilka parter eller omständigheter det rör sig om. Trots att principen inte på samma sätt som de övriga är resultatet av en intresseavvägning förtjänar den ändå att uppmärksammas i sammanhanget. Enligt denna modell läggs egentligen inte bevisbördan på någon part utan istället vinner den av parterna som har den starkaste bevisningen oavsett hur liten bevisövertikten är. Domstolen ser alltså till sannolikhetsövertikten för ett visst rättsfaktum och låter detta bli avgörande, oaktat hur obetydlig denna övertikt är.²¹ Ekelöf har beskrivit det som att den svagaste tänkbara bevisning blir utslagsgivande, oberoende av för vilken part bevisningen talar.²²

Övertiktsprincipen skulle alltså kunna var ett alternativt sätt att lösa bevisbördeproblematiken då den kan sägas fördela risken för misstag mellan parterna. Speciellt Bolding tycks förespråka principen som en generell lösning medan exempelvis Ekelöf förhåller sig mer kallsinnig till dess användbarhet.²³ Bolding motiverar sitt ställningstagande med att övertiktsprincipen enligt hans förmenande skulle leda till att antalet oriktiga domar blev så få som möjligt och att de felaktiga domarna skulle komma att fördelas lika mellan parterna. Följaktligen borde alltså principen medföra att ingen part gynnas på den andra partens bekostnad och att tvister så ofta som möjligt skulle få en materiellt riktig lösning.²⁴ Resonemanget har dock kritiserats med utgångspunkt i att bevisbördereglerens syfte bör vara att öka de materiella reglernas genomslagskraft och att detta inte nödvändigtvis uppnås genom att alltid nå fram till domar som är materiellt riktiga. Det har även ifrågasatts om principen verkligen garanterar materiellt riktiga domar.²⁵

Oavsett hur man ställer sig till övertiktsprincipens eventuella förtjänster är den dock inte betrakta som en egentlig bevisbörderegler, parterna bär ju så att säga risken tillsammans. Just det faktum att risken delas mellan parterna gör att övertiktsprincipen har ansetts vara lämplig då parterna framstår som styrkemässigt jämlika.²⁶ Avslutningsvis bör det också påpekas att om det inte går att avgöra vilken part som har den starkaste bevisningen blir det likväl nödvändigt att placera bevisbördan på en av parterna.²⁷

Slutligen kan det konstateras att det givetvis inte finns något generellt svar på frågan om vilken bevisbördeprincip som bör användas. Bedömningen blir beroende av flera faktorer såsom vilka parterna och omständigheterna i det enskilda fallet är och vilket syfte som eftersträvas. Som tidigare påpekats

²¹ Bolding 1951 s 28 & Lindell s 505.

²² Ekelöf s 114.

²³ Bolding s 100 & Ekelöf s 114-115.

²⁴ Bolding 1951 s 96, 98-99.

²⁵ Ekelöf s 115.

²⁶ Westberg s 166.

²⁷ Lindell s 505.

kan det bli aktuellt med ett lågt beviskrav i de situationer då det inte finns några tungt vägande argument för att en av parterna skall bära bevisbördan. Bevisbördan placeras alltså fortfarande på en av parterna men genom att tillämpa ett lågt beviskrav utjämnas riskerna mellan parterna.²⁸

Det är också tydligt att bevisbördeplaceringens stora betydelse för tvistens utgång kräver att frågan blir föremål för en grundlig intresse- och ändamålsavvägning. Ämnet aktualiserar således inte bara rent processrättsliga och juridiska aspekter utan kräver även ett något större perspektiv. Samhällsutvecklingen tycks även ha bidragit till nya infallsvinklar på problemet, bl a har skyddet för en svagare part och konsumentintressen kommit att uppmärksammas.

²⁸ Fitger s 12 & Westberg s 165.

3 Bevisbördan vid upphovsrättsintrång

3.1 Bakgrund

Ett karaktäristiskt drag för upphovsrätten är att det är ett efterbildningsskydd och inte en prioritetsrätt för det först skapade verket. Upphovsrätten ger alltså inget skydd mot andras senare, självständiga prestationer som råkat bli liknande eller identiska, sk oberoende dubbelskapande.²⁹ För att något skall bedömas som ett intrång krävs således att det kan visas att den som gör intrång haft kunskap om och utnyttjat det ursprungliga verket. Kännedom kan alltså sägas utgöra en förutsättning för efterbildning. Kravet på kännedom är dock inte synonymt med ond tro i vanlig civilrättslig mening. Utnyttjandet av ett originalverk måste visserligen vara för handen, men detta utnyttjande kan vara medvetet likväl som undermedvetet och någon subjektiv vilja att efterbilda är alltså inte nödvändig. Ett intrång i upphovsrätten kan därmed innefatta allt ifrån en undermedveten efterbildning till rent uppsåtligt intrång i form av pirateri. Om någon däremot omedvetet skulle dubbelskapa ett verk, d v s utan kännedom om det första verket, skulle detta nya verk som tidigare framgått få upphovsrättsligt skydd och är således inte att betrakta som ett intrång.³⁰

Vid intrångstvister har det i första hand ansetts åligga käranden att visa att ett intrång har skett och därmed att svaranden känt till och efterbildat originalprodukten. I det fall svaranden gör gällande att hans alster tagits fram självständigt och utan kännedom om kärandens verk kan det försätta käranden i en bevismässigt svår situation.³¹ Uppgifter om det påstådda intrångsverkets tillkomsthistoria blir då av central betydelse samtidigt som sådan information kan vara svåråtkomlig. Det har påpekats att bevisproblemen ibland kan lösas genom vittnen och handlingar som ger tillräckliga upplysningar om ett alsters tillkomst, men att det likväl ofta inte finns något konkret att utgå ifrån.³² Innan 1994 hade frågan om upphovsrättsligt intrång emellertid aldrig varit föremål för någon prövning i Högsta domstolen och det kan därför inte med säkerhet sägas något om hur rättsläget då såg ut på denna punkt. NJA 1994 s 74 innebar dock ett förtydligande avseende bevisbördans placering, något som jag kommer att behandla mer ingående i det följande avsnittet.

²⁹ Kocktvedgaard s 56.

³⁰ Kocktvedgaard s 143 & Nordell s 363.

³¹ Bernitz s 269.

³² Kocktvedgaard s 143.

3.2 Presumptionsregeln i NJA 1994 s 74

I NJA 1994 s 74 uttalade sig HD för första gången om bevisbördefördelningen vid intrång i upphovsrätt. Domstolen fastslog inledningsvis att den som gör gällande att det föreligger ett intrång i upphovsrätten till ett verk har bevisbördan för att en efterbildning skett. Vidare sadades dock att en framträdande likhet med det skyddade verket kan anses utgöra ett starkt stöd för att det senare tillkomna alstret är just en efterbildning. Den som påstås ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt att hans alster framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skall anses föreligga. HD:s uttalande innebar alltså en lättnad i den bevisbörda som tidigare antagits åligga käranden. Istället för att behöva bevisa att svaranden haft kännedom om och efterbildat kärandens verk räcker det alltså att verken uppvisar en viss grad av likhet för att en presumption för efterbildning skall föreligga.

Som redan framgått rör det sig alltså om en presumptionsregel. Likheten mellan verken utgör således en presumerande omständighet som leder till den presumerade omständigheten, dvs att det är frågan om en efterbildning. Utmärkande för denna form av presumtioner, sk legala presumtioner, är att de är motbevisbara, i det aktuella fallet genom att svaranden gör sannolikt att hans verk är resultatet av ett självständigt skapande. Det sker alltså en omkastning av bevisbördan i förhållande till hur den i normala fall är fördelad och följaktligen erhåller den part som vanligtvis har bevisbördan en bevislättnad.³³

HD:s uttalande i bevisbördefrågan har föranlett kommentarer från flera auktoriteter på upphovsrättens område. I en artikel i NIR uttrycker exempelvis Bernitz sitt gillande för den aktuella presumptionsregeln, en regel som han för egen del ansett vara tillämplig länge. Han förespår även att den bevislättnad som rättighetsinnehavaren ges genom regeln kommer att medföra en viktig processuell möjlighet inom upphovsrätten. Bernitz drar även paralleller till andra immaterialrättsliga områden, framförallt förfarandepatent, och uttrycker förhoppningar om att HD kommer att pröva den aktuella bevisbördefrågan i ett sådant mål.³⁴ Rättsfallet har även kommenterats av Marianne Levin som bland annat understryker betydelsen av den nya bevisregeln i det hänseendet att den klart och tydligt slår fast att upphovsrätten är ett efterbildningsskydd och inte ett prioritetsskydd.³⁵

³³ Lindell s 506.

³⁴ Bernitz 1994 s 359.

³⁵ Levin s 415.

4 Motivet bakom presumtionsregeln

4.1 Inledning

Med hänsyn till den stora betydelse som bevisbördan i allmänhet får för utgången i ett mål framstår det som angeläget att beslutet om hur denna börda skall placeras föregåtts av en ingående intresseavvägning. Följaktligen uppkommer frågan om vilka motiv och ändamålsöverväganden som kan tänkas ha lett fram till den presumtionsregel som formulerades i NJA 1994 s 74. I domen görs inga direkta uttalanden om vad som orsakat domstolen att fördela bevisbördan på ifrågavarande sätt och det går därmed inte att dra några säkra slutsatser om vilket det bakomliggande motivet kan vara. Presumtionsregeln har dock kommit att tillämpas av HD i ett par efterföljande fall, varav ett i likhet med NJA 1994 s 74 rör brukskonst medan ytterligare ett behandlar frågan om intrång i ett musikaliskt verk. Trots att även dessa domar saknar uttalade resonemang om vilka överväganden som föranlett bevisbördebedömningen ger de ändå viss vägledning avseende domstolens syn på det upphovsrättsliga skyddet i stort och därmed även behovet av en bevisregel av det aktuella slaget.

I det följande kapitlet kommer jag alltså att behandla de intrångstvister som tagits upp av Högsta domstolen för att på så sätt försöka besvara frågan om presumtionsregelns underliggande motiv. Inledningsvis kommer jag att diskutera den prejudicerande domen från 1994 för att sedan avhandla efterföljande praxis. Utgångspunkten för analysen blir de bevisbördeprinciper som jag redogjort för i kapitel 2 och då i första hand principerna om handlingsdirigering och bevissäkring.

4.2 NJA 1994 s 74

Målet gällde intrång i upphovsrätten till ett textilmönster. Käranden Borås Wävereri hävdade att svaranden Modegrossisten marknadsförde ett tyg vars mönster var nästintill identiskt med ett mönster till vilket Borås Wävereri hade upphovsrätt och att Modegrossisten därmed gjorde intrång i väveriets ensamrätt till detta. Till stöd för sin talan anförde Borås Wävereri att det aktuella smultronmönstret hade skapats av en konstnär för väveriets räkning som en del av en kollektion textilmönster. Vidare menade väveriet att mönstret hade verkshöjd³⁶ och åtnjöt upphovsrättsligt skydd då det gav

³⁶ Begreppet verkshöjd syftar på de egenskaper som utmärker ett upphovsskyddat alster. För att något skall vara att betrakta som ett verk i upphovsrättslig mening måste det uppvisa en viss självständighet och originalitet. Originalitetskravet bör förstås som att verket skall

uttryck för konstnärlig ambition, originalitet och självständighet. Käranden anförde dessutom att det inte var troligt att någon annan självständigt skulle ha kunnat skapa ett likadant mönster. Svaranden gjorde gällande att Borås Wävferi inte hade någon upphovsrätt till mönstret då detta inte uppnådde verkshöjd. Skulle en upphovsrätt ändå anses föreligga hade Modegrossisten i vart fall inte efterbildat mönster eller gjort intrång i upphovsrätten.

Tingsrätten och hovrätten fann båda att kärandens mönster uppnådde verkshöjd. Vidare konstaterades att trots att vissa skillnader mellan mönstren fanns var likheten ändå så stor att svaranden fick anses ha gjort intrång i Borås Wävferis upphovsrätt. Intressant att notera är att varken tingsrätten eller hovrätten gjorde någon bedömning av om det förekommit någon efterbildning eller inte.

HD fann i likhet med de tidigare instanserna att kärandens mönster uppvisade den självständighet och särprägel som krävs av ett verk för att det skall erhålla skydd enligt upphovsrättslagen. Vidare konstaterades att mönstrets skyddsomfång³⁷ dock var relativt begränsat då själva innehållet inte var unikt utan det särpräglade istället låg i det sätt som man hade använt sig av de naturalistiska och välkända elementen, dvs smultronplantan. Skyddsomfånget ansågs emellertid, förutom direkt kopiering, även omfatta mönster som sett som en helhet uppvisar en påfallande likhet med det skyddade mönstret.

Angående bevisbördan fastslog alltså domstolen att en framträdande likhet med det skyddade verket kan anses utgöra ett starkt stöd för att det senare tillkomna alstret är just en efterbildning. Den som påstås ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt att hans alster framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skall anses föreligga. Som tidigare diskuterats innebar HD:s uttalande en lättnad i den bevisbördan som tidigare antagits åligga käranden.

Domen fick stor uppmärksamhet, inte bara avseende bevisbördefrågan utan även på grund av att det var första gången sedan 1960-talet som HD tagit ställning i ett fall gällande upphovsrättsligt skydd för brukskonst. Det som framstår som särskilt intressant i detta sammanhang är att HD å ena sidan fastslog att kraven för att uppnå upphovsrättsligt skydd inom brukskonsten är relativt lågt ställda men att skyddsomfånget för denna typ av alster å andra sidan bedöms vara begränsat.

häröra från upphovsmannen själv som ett resultat av hans personliga, skapande insats, se Koktvedgaard s 68 f & Olsson s 33 f.

³⁷ Frågan om skyddsomfång avser alltså att avgöra hur långt det upphovsrättsliga skyddet för det enskilda verket sträcker sig. Generellt kan sägas att ju mer originellt ett verk är desto vidare blir dess skyddsomfång. Följaktligen kan skyddsomfånget i sin tur bli mycket snävt om låga krav ställts på verkshöjden, exempelvis vid brukskonst där utrymmet för originalitet ofta är litet på grund av funktionella aspekter. I sådana fall kan skyddet komma att omfatta endast i det närmaste identiska efterbildningar eller rena plagiat, se Koktvedgaard s 68 & Nordell s 60.

Vilka motiv som kan tänkas ligga bakom HD:s avgörande i bevisbördefrågan går inte att utläsa av de kortfattade domskälen och i detta avseende ger domen snarast upphov till fler frågor än svar. Denna oklarhet hindrar dock inte att man likväl kan fundera över om någon av de principer som tidigare redogjorts för kan ha vägt speciellt tungt och i så fall varför. Handlingsdirigering som motiv utgår som tidigare framgått från en strävan att bevisbördan skall överensstämma med den civilrättsliga regelns ändamål och även ge detta ändamål genomslag i samhället i stort. Den lagstiftning som blir aktuell här är således upphovsrättslagen. Trots att det saknas tidigare prejudikat på området tycktes den allmänna meningen innan 1994-års fall vara att hela bevisbördan låg på den part som hävdade att ett intrång skett. Det framgår även av domskälen att detta var HD:s utgångspunkt i bedömningen av bevisbördefrågan. Det är möjligt att domstolen ansett att en sådan fördelning av bevisbördan gör det alltför svårt för en rättighetsinnehavare att bevisa att det föreligger ett intrång och att skyddet för upphovsrätten därmed blir mer eller mindre verkningslöst.

De rättspolitiska skälen för ett upphovsrättsligt skydd kan delas in i två olika kategorier. Ett motiv grundar sig i ekonomiska och praktiska överväganden, medan ett annat argument utgår från upphovsmannens ideella intresse av att hans verk inte används eller förvanskas på ett för honom oacceptabelt sätt. I förarbetena till URL fastslås att den principiella utgångspunkten för upphovsrättens ekonomiska del är att den i största möjliga mån skall ge upphovsmannen gynnsamma arbetsförhållanden och göra det möjligt för honom att fortsätta sin verksamhet för att därmed även kunna bidra till den kulturella utvecklingen. Vidare påpekas att detta resonemang kan beskrivas som en variant av principen att arbetaren är sin lön värd.³⁸ I propositionen till URL understryks att upphovsmannen bör förbehållas rätten att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse.³⁹ Denna ståndpunkt har utvecklats i nyare förarbeten där det framgår att ett starkt upphovsrättsligt skydd även är avsett att stimulera olika slag av verksamhet på det litterära och konstnärliga området.⁴⁰ Ett sådant incitament för andligt skapande anses dessutom främja den sociala, kulturella och ekonomiska utvecklingen i allmänhet. Den ekonomiska aspekten av upphovsrätten har med tiden kommit att tillmätas en allt större betydelse, inte minst med hänsyn till att framtagandet av upphovsrättsligt skyddade alster idag ofta är förknippade med stora investeringar. Denna typ av investeringar får således ett visst skydd genom lagstiftningen på området.⁴¹

Ur ett större perspektiv har alltså upphovsrätten en funktion att fylla inte bara som garant för kulturell mångfald utan även som ett rent samhällsekonomiskt instrument för att uppmuntra investeringar inom de

³⁸ SOU 1956:25 s 85.

³⁹ Prop 1960:17 s 60.

⁴⁰ Prop 1992/93:214 s 42.

⁴¹ Olsson s 21.

olika områden som omfattas av skyddet. Inom just brukskonsten skulle det kunna ses som särskilt motiverat att betona lagstiftningens funktion som skydd för möjligheten att göra vinst på och kommersialisera de produkter som tas fram. Några direkt belägg för att HD utgått från ett sådant perspektiv står emellertid inte att finna i domskälen.

Med hänsyn till omständigheterna i fallet finns det inget som talar för att osedvanlighetsteorin skulle ha gjort sig gällande som motiv för den nya presumtionsregeln. Det är nämligen svårt att hävda att någon av parterna kommit med påståenden som avviker från det brukliga. Domstolen har inte heller inte gjort några uttalanden som anknyter till det ovanliga eller vanliga i parternas påståenden.

Nästa fråga blir således huruvida ett bevissäkringsresonemang kan tänkas ha föranlett den aktuella presumtionsregeln. Det framstår som förhållandevis klart att frågan om hur en produkt kommit till utgör en bevissvårighet då uppgifter av det slaget ofta inte finns att tillgå överhuvudtaget. En anledning till det svåra bevisläget återfinns i det faktum att skapandet av upphovsrättsligt skyddade verk ofta utmärks av att det är en inre, konstnärlig process. Därmed blir det också svårt att prestera någon bevisning för hur framtagandet av produkten gått till. För att bevissäkringsansvaret skall falla extra tungt på en part bör det dock framstå som enklare för denna att säkra bevisning än för motparten. Det är möjligt att det har ansetts som lättare för svaranden att vidta bevissäkrande åtgärder avseende skapandet av den egna produkten än för den som hävdar intrång att säkra bevisning för att motpartens alster är resultatet av en efterbildning. Ett sådant resonemang kan få stöd av det vanligtvis torde vara svårt att få insyn i tillkomstprocessen hos ett annat företag eller en annan formgivare. Bevissäkringen framstår dock som en ganska påtaglig svårighet även för den som påstås ha gjort intrång i en upphovsrättslig ensamrätt och några tungt vägande skäl för att just svaranden skall bära ett sådant ansvar tycks inte finnas.

Skulle svaranden åläggas ett bevissäkringsansvar uppstår genast frågan om hur detta skall genomföras rent praktiskt. Det kan dessutom betvivlas huruvida enskilda konstnärer känner till och är medvetna om att de bör se till att dokumentera framtagandet av sina alster. Trots att upphovsrättsligt skydd uppstår i och med att ett verk skapas blir ju detta skydd utan verkligt innehåll om upphovsmannen inte har någon dokumentation för att styrka hur själva framtagandet gått till. För att gardera sig mot eventuella påståenden om plagiat borde således alla presumtiva upphovsmän ägna stor tid och möda åt att samla belägg för hur de gått tillväga när de skapat sina alster. Bevissäkringen skulle då kunna bestå i att konstnärer på skilda sätt lät dokumentera de olika stegen i sitt skapande, förslagsvis genom fotografier, utförliga skisser eller liknande. Dessutom borde någon utomstående, opartisk person få ta del av dokumentationen. En möjlig lösning skulle då kunna vara att relevanta handlingar och även verket ifråga uppvisades för notarius publicus för bestyrkande. I förlängningen skulle det alltså kunna komma att röra sig om en slags registrering vilket i sin tur får till effekt att

upphovsrätten förlorar sin karaktär som ett formlöst skydd. En sådan utveckling framstår som minst sagt svårsmält då det är mindre lämpligt att bevisbördans fördelning på ett så tydligt sätt kan komma att påverka den materiella regelns praktiska tillämpning. Ett bevissäkringsansvar av detta slag torde dessutom många gånger kunna innebära stora ekonomiska såväl som tidsmässiga investeringar för en enskild konstnär och ansvaret skulle således bli ganska tungt att bära.

4.3 NJA 1995 s 631

I NJA 1995 s 631 behandlades frågan om intrång i upphovsrätt gällande en servisdekor, även detta fall rörde alltså brukskonst. I målet väckte Hackman talan mot Samlarföretaget Regnbågen och hävdade att svaranden genom sin marknadsföring av servisen Majblom gjorde intrång i upphovsrätten till Hackmans dekor Sundborn. Med stöd av detta yrkade Hackman interimistiskt förbud vid vite för Regnbågen att fortsätta spridningen av servisen. För att ett sådant förbud skall bli aktuellt krävs att käranden visar sannolika skäl för att ett intrång i upphovsrätten föreligger. Dessutom skall det skäligen kunna befaras att svaranden genom att fortsätta intrånget förringar värdet av ensamrätten. HD fastslog i sina domskäl att Majbloms dekor vid en jämförelse mellan helhetsintrycken visade en sådan framträdande likhet med Sundborns dekor att det förelåg ett starkt stöd för att Majblom var en efterbildning och därmed utgjorde ett intrång i Sundborndekorens upphovsrättsliga skydd. Då Regnbågen inte förmådde göra sannolikt att Majblom framtagits självständigt ansågs Hackman ha visat sannolika skäl för att Regnbågen gjorde intrång i upphovsrätten till Sundborn. I samband med detta resonemang hänvisades till NJA 1994 s 74.

Inledningsvis kan det konstateras att HD inte heller i detta mål utvecklar motiven för bevisregeln utan endast tillämpar den. Några direkta svar på de frågor jag tidigare diskuterat ges alltså inte. Intressant att notera är dock HD:s resonemang i anslutning till frågan om det interimistiska vitesförbudet och den i det sammanhanget aktuella proportionalitetsbedömningen.⁴² Där understryks nämligen att proportionalitetsaspekten inte får ges sådant utrymme att man riskerar att komma i konflikt med själva syftet bakom reglerna om vitesförbud, det vill säga att ge rättighetsinnehavarna möjlighet att snabbt få slut på ett pågående intrång. Här kan man möjligen ana något av motivet för presumtionsregeln, närmare bestämt en betoning av skyddet för prestationens upphovsman. Utgångspunkten för lösningen av bevisbördefrågan skulle därmed stå att finna i den tillämpliga materiella regleringen och i vikten av att upprätthålla ett adekvat upphovsrättsligt skydd.

⁴² Denna proportionalitetsbedömning ger domstolen möjlighet att avslå yrkande om ett interimistiskt vitesförbud trots att kraven för ett sådant är uppfyllda i det fall förbudet skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för ett förbud, se NJA 1993 s 182.

Några uttalanden som tyder på att överväganden av annat slag aktualiserats i samband med bevisbördebedömningen återfinns alltså inte i domen. Med hänsyn till vad som sagts ovan framstår följaktligen principen om handlingsdirigering som den mest troliga i sammanhanget även om några säkra slutsatser inte kan dras enbart utifrån detta underlag.

4.4 Regatta

Presumptionsregeln har även tillämpats av Högsta domstolen i ett fall rörande intrång i en musikalisk upphovsrätt.⁴³ Tvisten gällde de båda musikaliska verken Tala om vart du skall resa (låt 1) och Om du vill bli min fru (låt 2). Låt 1 skapades 1973 av medlemmarna i gruppen Landslaget medan låt 2 komponerades av medlemmarna i gruppen Drängarna 1995. Låtarna gavs även ut på skiva. Båda verken består av musik och text och båda innehåller en återkommande melodislinga på fiol, melodi 1 och 2. EMI, rättighetsinnehavare till låt 1, väckte talan mot Regatta Productions och hävdade att melodislingan i låt 2 gjorde intrång i upphovsrätten till melodislingan i Tala om vart du skall resa.

HD fann att de båda melodierna uppvisade en sådan påfallande likhet att det vid en helhetsbedömning fick anses vara fråga om samma verk. Då svaranden inte lyckades göra sannolikt att melodi 2 var resultatet av ett självständigt skapande ansågs denna vara en efterbildning.

Någon uttalad motivering för bevisregeln gavs inte heller i detta fall. Det bör dock uppmärksammas att upphovsrättens alltmer kommersiella prägel tycks genomsyra HD:s resonemang överlag. I bedömningen av huruvida kärandens melodi skulle anses ha uppnått verkshöjd konstaterades nämligen att variationsmöjligheterna inom populärmusiken får anses vara mer begränsade än inom många andra musikaliska områden. Uttalandet motiverades med att lyssnarnas krav på att kunna känna igen och komma ihåg verket i kombination med trender och kommersiella intressen lämnar litet utrymme för variation. Det påpekades också att även okomplicerade prestationer skyddas av upphovsrätten så länge kravet på originalitet är uppfyllt. Vidare fastslogs att frågan om verkshöjd skall avgöras med utgångspunkt i hur alstret uppfattas av lyssnaren, det rör sig alltså om en helhetsbedömning. Enligt HD framstod melodi 1 ur detta perspektiv som väl avgränsad från den övriga kompositionen och som tillräckligt särpräglad för att vara ett självständigt verk.

I och med Högsta domstolens betoning av de kommersiella aspekterna tycks verkets originalitet och individuella särprägel hamna i bakgrunden. Utifrån detta resonemang skulle således även den mest banala melodi kunna erhålla upphovsrättsligt skydd så länge som den stora skaran lyssnare känner igen och kommer ihåg den och upphovsmannen därmed har möjlighet att tjäna

⁴³ Mål nr T 828-01.

pengar på melodin. Det kan också påpekas att samma synsätt tycks präglade hovrättens likhetsbedömning där det framhålls att det som lyssnaren fastnar för och känner igen är de återkommande melodislingorna. Utgångspunkten blir därmed melodierna som de framstår för lyssnarna. Denna kommersiella infallsvinkel kan alltså tolkas som att Högsta domstolen vid avgörandet i bevisbördefrågan lagt stor vikt på de ekonomiska aspekterna av det upphovsrättsliga skyddet. Trots att motivet bakom den aktuella presumptionsregeln alltså inte heller i detta fall direkt berördes tyder de nyss återgivna uttalandena ändå på att domstolen haft den bakomligganden materiella lagstiftningen och dess syfte för ögonen vid sin bedömning av intrångsfrågan i stort.

4.5 Avslutning

Sammanfattningsvis kan det alltså konstateras att det inte går att dra några säkra slutsatser om vilken princip som kan tänkas ligga till grund för HD:s resonemang i bevisbördefrågan. Det är kanske särskilt uppseendeväckande att domstolen i det prejudicerande fallet avseende smultronmönstret valde att inte uttala sig om vare sig anledningen till att just denna fördelning av bevisbördan är mest den mest lämpliga eller om regelns mer generella tillämpningsområde. Det alternativ som framstår som mest troligt är dock att presumptionsregeln har ansetts överensstämma med upphovsrättens ändamål och syfte. Det upphovsrättsliga skyddet har som tidigare påpekats både en ideell och en ekonomisk sida. Det ekonomiska perspektivet tycks alltmer ha hamnat i fokus och därmed har även upphovsmannens behov av skydd för sina rent affärsmässiga intressen kommit att betonas. Upphovsrätten kan alltså sägas ha blivit mer kommersiellt inriktad och detta synsätt verkar även i viss utsträckning ha påverkat Högsta domstolens bedömningar i intrångsfrågor.

En förutsättning för att det skydd som erbjuds genom upphovsrätten skall få något faktiskt innehåll är att den som fått sin ensamrätt kränkt har en rimlig möjlighet att bevisa att ett intrång skett för att på så sätt få ett skäligt vederlag för utnyttjandet av verket. Det är möjligt att HD funnit att en placering av hela bevisbördan på käranden gör det alltför svårt att vinna framgång med en intrångstalan och att upphovsrätten därmed skulle bli urholkad och i förlängningen i det närmaste illusorisk. Oavsett hur starkt skydd lagen erbjuder i teorin blir ju upphovsmannens ensamrätt tämligen ointressant om den inte får några verkliga konsekvenser. För att de kommersiella intressen som ofta tycks ligga bakom framtagandet av den typ av verk som det rör sig om i de aktuella fallen skall få ett tillräckligt skydd bör alltså kärandens bevisbörda inte vara alltför tung. Respekten för rättighetsinnehavarens ensamrätt till sitt verk torde också undergrävas av vetenskapen att det är mycket svårt att föra fullgod bevisning i en intrångstvist. En bevislättning för den som hävdar att ett intrång har skett skulle emellertid även kunna anses främja de upphovsrättsliga reglernas genomslagskraft i stort.

Trots avsaknaden av klara belägg för vilka intressen som domstolen tillmätt särskild betydelse i sin bedömning framstår alltså principen om handlingsdirigering som det rimligaste alternativet. HD kan därmed antas ha tagit hänsyn till de allt starkare affärsmässiga krafterna inom skapande verksamheter av olika slag och ansett att skyddet för sådana investeringar skulle bli alltför svagt utan den aktuella presumtionsregeln.

5 Likhetsbedömningen

5.1 Inledning

Då den aktuella presumtionsregeln innebär att likheten mellan verken tillmäts en avgörande betydelse vid domstolens prövning förtjänar bedömningen i denna fråga att uppmärksammas särskilt. Först och främst kan det konstateras att det krävs en påfallande likhet för att en presumtion för efterbildning skall föreligga. I det följande avsnittet avser jag framförallt att redogöra för hur HD gått till väga i sin bedömning i detta avseende och vilka aspekter som domstolen då valt att betona. Utgångspunkten blir därmed de rättsfall som jag tidigare diskuterat men även ett fall från hovrätten där frågan om intrång i katalogskyddet behandlades. Domstolarnas resonemang i samband med likhetsbedömningen är även intressant på det sättet att det ger en uppfattning om synen på upphovsrättens funktion i stort. Därmed anknyter det även till diskussionen i det föregående kapitlet avseende motivet bakom presumtionsregeln.

5.2 Likhetsbedömningen i rättspraxis

I NJA 1994 s 74 pekade svaranden på en rad skillnader mellan de aktuella mönstren, exempelvis underströks olikheter avseende bärens och blommornas placering, färgsättning och utformning. Dessutom framhölls det faktum att svarandens mönster bestod av jordgubbar och körsbärsblad medan kärandens design byggde på smultron och smultronblad. Att på detta sätt bryta ner mönstren i dess beståndsdelar för att sedan jämföra dessa tycks emellertid inte ha fallit HD i smaken. Domstolen fastslog nämligen att mönstren uppvisade ett flertal olikheter i detaljerna men att intrycket vid en helhetsbedömning blev ett annat. Likheterna mönstren emellan ansågs då vara så stora att det gav anledning att anta att jordgubbsmönstret framtagits i medvetande om populariteten hos Smultron. Längre än så sträckte sig dock inte resonemanget då det konstaterades att olikheterna likväl var så stora att jordgubbsmönstret inte kunde anses ligga inom skyddsomfånget för Smultron. Trots den kortfattade bedömningen kan i vart fall den slutsatsen dras att utgångspunkten är det helhetsintryck som mönstren ger medan detaljerna ägnas mindre uppmärksamhet. Denna betoning av helheten har även uppmärksamats i de kommentarer som följde i spåren av domen.⁴⁴

Att en helhetsbedömning görs tycks även innebära att det inte företas någon närmare analys av de båda mönstren och dess uppbyggnad. HD gör i stället en rent okulär granskning. Därmed blir den avgörande faktorn hur mönstren framstår för vem som helst, inte minst för de konsumenter som eventuellt kommer att köpa mönstren.

⁴⁴ Se Bernitz 1994 s 359.

I 1995-års fall rörande servisdekorer konstaterade HD att svarandens dekor Majblom vid en jämförelse mellan helhetsintrycken visade en sådan framträdande likhet med Sundborns dekor att det förelåg ett starkt stöd för att Majblom var en efterbildning. Domstolen utgick alltså även i detta fall från en jämförelse av helhetsintrycken och fann då en påfallande likhet trots att skillnader i detaljer konstaterats. Bedömningen tar alltså fasta på samma kriterier som betonades i NJA 1994 s 74. Även denna gång tycks tillvägagångssättet bestå i att domstolen tittar på verken för att avgöra hur stor likheten är.

I Regatta-fallet behandlades till skillnad från de två tidigare målen frågan om intrång i ett musikaliskt verk. Någon större skillnad vad gäller utgångspunkterna och metoderna för likhetsbedömningen i förhållande till brukskonstfallen visar sig dock inte i domskälen. HD såväl som underinstanserna betonade nämligen även i detta fall helheten beträffande likheten mellan verken. Svaranden hade anfört att melodierna skilde sig åt både vad gällde form, tempo och harmonik och att melodislingorna därmed fick olika karaktär.

Tingsrätten påpekade att likheterna var påtagliga vid en jämförelse mellan de båda melodiernas notbilder och att detta intryck bestod vid en avlyssning av verken. Helhetsbedömningen fick därmed till resultat att melodi 2 framstod som en lätt ändring eller bearbetning av kärandens melodi. Vidare fastslog hovrätten i sin bedömning av likheten mellan melodierna att båda två var slingor spelade på fiol med samma funktion i de båda låtarna. Hovrätten menade också att det var tydligt att melodierna, genom att de återkom flera gånger i respektive låt, var vad man som lyssnare fastnade för och kände igen.

Högsta domstolens bedömning ledde fram till att de båda melodierna trots vissa avvikelser befanns vara i det närmaste identiska. Det konstaterades att det fanns vissa skillnader avseende bl a tempo och harmonik men att likheterna vid en helhetsbedömning ändå var så anmärkningsvärda att det fick anses röra sig om samma verk. Som exempel på likheter nämndes att båda melodierna utgjorde ett återkommande och avgränsade inslag i låtarna. En annan intressant aspekt av likhetsprövningen är att HD vägde in det faktum att båda melodierna framförs på fiol i sin bedömning. Detta kan framstå som något märkligt då det är det musikaliska verket i form av en komposition som skyddas och inte själva sättet som det framförs på. Möjligtvis har domstolen avsett att understryka att det i första hand är det intryck musiken ger vid en genomlyssning som skall tillmätas betydelse. Mindre uppmärksamhet bör således fästas vid analyser av de nedtecknade noterna eller liknande.

Bedömningen tycks för övrigt vara genomsyrad av det kommersiella perspektiv på upphovsrätten som tidigare diskuterats. I likhet med Smultronfallet tas stor hänsyn till hur verken uppfattas av konsumenterna, i detta fall alltså lyssnarna och de presumtiva köparna. Att melodierna kan

framstå som nästintill identiska för lyssnarna blir till stor del avgörande och någon ytterligare analys av verken är därmed inte nödvändig. Detta tillvägagångssätt innebär alltså att domstolen nöjer sig med att titta eller lyssna på verken. Om de då vid ett första betraktande framstår som lika är det tillräckligt underlag för att kunna dra slutsatsen att så är fallet.

Presumtionsregeln från NJA 1994 s 74 har även tillämpats i ett fall rörande intrång i katalogskyddet. I detta sammanhang bör det påpekas URL förutom regleringar angående det som är att betrakta som litterära eller konstnärliga verk även innefattar bestämmelser om vad som brukar betecknas som närstående rättigheter, till vilka just katalogskyddet räknas. Anledningen till att dessa områden betecknas som närliggande rättigheter är att de anses ha ett så nära samband med den litterära eller konstnärliga verksamheten att de bör åtnjuta ett skydd som liknar det upphovsrättsliga.⁴⁵ I likhet med skyddet för de litterära och konstnärliga verken uppkommer även detta skydd utan formaliteter och det är precis som den egentliga upphovsrätten konstruerat som ett efterbildningsskydd. Det som i första hand skiljer de närliggande rättigheterna från de litterära och konstnärliga verken är att skyddet för de förstnämnda är mer begränsat till sin omfattning.⁴⁶

Trots att det aktuella fallet⁴⁷ inte tagits upp till bedömning av Högsta domstolen innehåller fallet en del uttalanden som kan vara av intresse i sammanhanget. Tvisten gällde internetpublikationerna Gula Sidorna och Gulan. Företaget bakom Gula Sidorna, Eniro, hävdade att Gulan AB eftergjort Gula Sidorna. Enligt Eniro grundade sig katalogskyddet i den sammanställning och bearbetning som företaget gjort av uppgifterna i publikationens branschregister. Detta register innehöll ett stort antal uppgifter om företag, myndigheter och organisationer och var enligt käranden resultatet av en väsentlig investering. Efterbildandet avsåg enligt Eniro både rubriker och övriga uppgifter samt systematiken i Gula Sidorna. Som bevis åberopades förutom kompletta utskrifter av de båda registren även ett representativt urval enligt vilket över 90 procent av alla företagsuppgifter och lika stor procentandel av alla rubriker i Gula Sidorna återfanns i Gulan. Eniro påpekade dessutom att de båda registren var systematiserade på samma sätt med motsvarande företagsuppgifter inordnade under identiskt utformade rubriker. Påståendena om intrång bestreds av svaranden som hävdade att de likheter som fanns berodde på att utformningen av registret inte kunnat göras på något annat sätt på grund av uppgifternas beskaffenhet.

I tingsrättens domskäl finns inte så mycket att hämta då domstolen inte tycks ha tillämpat presumtionsregeln överhuvudtaget. Där konstaterades således endast att det fanns en likhet men det gjordes inga uttalanden om graden av likhet eller vilka kriterier som använts vid denna bedömning. Hovrätten

⁴⁵ Bernitz s 77.

⁴⁶ Bergström s 70.

⁴⁷ Svea hovrätt mål nr Ö 3990-01.

utgick dock från presumtionsregeln och fann då att yrkesregistret i Gulan vid en jämförelse av helhetsintrycken uppvisade en framträdande likhet med branschregistret i Gula Sidorna. Därmed förelåg ett starkt stöd för att Gulan var en efterbildning. Några mer specifika uttalanden i denna fråga gjordes inte men det kan alltså konstateras att hovrättens tillvägagångssätt var det samma som använts i de tidigare rättsfallen.

Att presumtionsregeln ansetts tillämplig även vid intrång i katalogskyddet är inte så uppseendeväckande då detta skydd precis som de upphovsrättsliga ensamrätterna är konstruerat som ett efterbildningsskydd. Att använda samma metod för likhetsbedömningen framstår dock inte som lika självklart då de företagsregister som tvisten gällde avsevärt skiljer sig från den brukskonst och de musikaliska verk som tidigare varit föremål för rättslig prövning. När det gäller verk eller produkter med något slags konstnärligt innehåll och där omfånget dessutom är mycket begränsat ligger det nära till hands att koncentrera sig på det omedelbara intryck ett verk ger sett som en helhet. De aktuella publikationerna innehöll dock ett mycket stort antal uppgifter. Det blir då svårt att föreställa sig hur domstolen egentligen har skaffat sig ett helhetsintryck av Gula Sidornas ca 220 000 uppgifter för att sedan jämföra detta med den uppfattning man bildat sig om Gulan, ett register som uppgavs innehålla ca 470 000 uppgifter. Som tidigare nämnts åberopade käranden även ett representativt urval av uppgifter men ingenting sägs i domskälen om vilket material rätten utgick ifrån i sin bedömning.

Sammanfattningsvis kan det således konstateras att det finns en relativt tydlig praxis för hur likhetsbedömningarna vid upphovsrättsliga intrångstvister ser ut. Metoden och utgångspunkten tycks dessutom vara den samma oavsett vilken typ av produkt eller alster det gäller. Högsta domstolen har i sina domskäl valt att betona helhetsintrycken medan närmare analyser av verkens uppbyggnad och detaljer har skjutits åt sidan. Likhetsprövningen är ger även en inblick i HD:s syn på upphovsrätten i ett större perspektiv då det fästs stor vikt vid skyddets mer kommersiella aspekter.

6 Krav för att bryta presumtionen

6.1 Inledning

Såsom den ifrågavarande presumptionsregeln är utformad innebär en påfallande likhet mellan de omtvistade verken att den som påstås ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste göra sannolikt att hans alster framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skall anses föreligga. Därmed aktualiseras frågan om vad som egentligen krävs av svaranden för att han skall anses ha motbevisat presumtionen för efterbildning. Det förefaller inte vara helt enkelt att bevisa att en viss produkt är resultatet av ett självständigt skapande. Några exempel på fall där svaranden har lyckats göra sannolikt att det rör sig om ett oberoende dubbelskapande finns inte heller i praxis. I en del fall tycks den påstådda intrångsgöraren överhuvudtaget inte ha lagt fram några bevis avseende skapandet av det egna verket medan andra presenterat ingående redogörelser för hur deras alster kommit till. Med tanke på att det rör sig om rättspraxis av en begränsad omfattning är det även här svårt att med någon säkerhet fastställa vilka krav presumptionsregeln uppställer på svarandens bevisningen. Vissa principer för domstolarnas bedömning i detta hänseende tycks emellertid ha växt fram och i det följande kommer dessa att diskuteras.

6.2 NJA 1994 s 74

NJA 1994 s 74 ger ingen direkt vägledning i detta avseende då bevisregeln överhuvudtaget inte kom att tillämpas i målet. I och med att svarandens mönster ansågs falla utanför smultronmönstrets skyddsomfång uppstod ingen presumtion för efterbildning. Domstolen behövde därmed inte ta ställning till om det rörde sig om ett oberoende dubbelskapande eller inte. I fallet hävdade dock Modegrossisten att det påstådda intrångsmönstret hade skapats genom att ett av företagets mönster med plommon och körsbär förminskats och frukterna ersatts med jordgubbar. De omtalade ändringarna genomfördes vid besök hos en leverantör i Hongkong av en designer anställd hos denna leverantör och utan förlaga. Jordgubbsmönstret utgjorde således en variation på ett hos svaranden redan existerande mönster. Denna förhållandevis detaljerade skildring av hur mönstret tagit form lämnades alltså därhän utan att ha blivit föremål för några kommentarer eller någon bevisvärdering från domstolens sida. Det är givetvis att beklaga att HD valde att inte uttala sig i denna fråga då det hade givit en intressant belysning av på vilket sätt svaranden förväntas göra sannolikt att det inte rör sig om efterbildning.

6.3 NJA 1995 s 631

Inte heller detta fall innehåller några uttalanden avseende kravet på svarandens bevisning. Presumptionsregeln tillämpades förvisso i fallet men i gengäld sades ingenting i domen om på vilket sätt svaranden eventuellt försökte visa att den omtvistade servisdekoren framtagits självständigt då HD nöjde sig med att konstatera att Regnbågen inte förmått göra ett sådant framtagande sannolikt. Regnbågen tycks alltså inte ha presenterat någon som helst bevisning för hur deras produkt skapats, något som även skulle kunna ses som ett tecken på att presumptionsregeln försätter svaranden i en svår bevissituation. Några närmare riktlinjer för vilka krav som ställs för att svaranden skall anses ha brutit presumptionen för efterbildning går i vilket fall som helst inte att utläsa av domen.

6.4 Regatta

Regattadomen⁴⁸ har flera intressanta inslag som anknyter till frågan om svarandens motbevisning. I fallet hävdade kompositören på svarandesidan, Robert Åhlin, att han varken haft låt 1 eller melodi 1 som förebild vid sitt skapande utan att han hade låtit sig inspireras av en gammal fri svensk spelmanslåt, Oxdansen. Denna melodi hade han lärt sig någon gång under 1970-talet då han började spela fiol. Åhlin kunde inte minnas om han hört kärandens låt innan Vill du bli min fru gavs ut i slutet av 1995. Svaranden anförde vidare att varken melodi 1 eller 2 uppnådde verkshöjd i förhållande till Oxdansen. EMI tillbakavisade påståendet att Oxdansen skulle varit en förebild för melodi 1 och pekade på en rad skillnader mellan de två kompositionerna. Man hävdade dessutom att melodi 1 och melodi 2 hade samma harmoniska uppbyggnad medan Oxdansen på väsentliga punkter skiljde sig från dessa kompositioner. Enligt käranden gav den påfallande överensstämmelsen mellan de omtvistade melodislingorna alltså stöd åt att melodi 2 var en efterbildning av melodi 1. EMI underströk dessutom att låt 1 förekommit frekvent i media.

Tingsrätten fann att både melodi 1 och melodi 2 uppvisade likheter med Oxdansen. Enligt domstolen föreföll det inte heller vara osannolikt att skillnaden mellan Oxdansen och melodi 2 och likheten med melodi 1 kunde ha tagit form vid Robert Åhlins skapande utan att han därvid efterbildat melodi 1. Dessutom ansågs den låga verkshöjden hos melodi 1 öka utrymmet för att ett s.k. dubbelskapande kunde ha skett. Tingsrättens resonemang ledde således fram till att Regatta ansågs ha lyckats göra sannolikt att melodi 2 tillkommit oberoende av melodi 1 och EMI:s yrkande lämnades utan bifall.

I hovrätten blev resultatet av prövningen i denna del ett annat. Bedömningen kretsade i stor utsträckning kring eventuella likheter med Oxdansen.

⁴⁸ HD mål nr T 828-01.

Domstolen fann inte någon påtaglig likhet vare sig mellan melodi 1 och Oxdansen eller mellan melodi 2 och Oxdansen. Likheten mellan melodi 1 och 2 ansågs däremot vara slående. Följaktligen fann domstolen att även om det inte kunde uteslutas att Robert Åhlin låtit sig inspireras av Oxdansen var det lite som talade för att melodi 2 i stort skulle ha sitt ursprung i detta musikstycke. Med hänvisning till den i det närmaste totala överensstämmelsen melodierna emellan menade hovrätten dessutom att presumtion för efterbildning var särskilt stark och för att bryta denna krävdes således bevisning av påtaglig styrka. Sammantaget fann domstolen att Regatta, med hänsyn till den stora likheten mellan de omtvistade melodierna och det redan i sig osannolika att melodi 2 skulle ha kunnat skapas oberoende av melodi 1, inte gjort sannolikt att melodi 2 var resultatet av självständigt skapande.

Inledningsvis konstaterade även HD att det med hänsyn till den stora likheten mellan melodierna måste ställas höga krav på svarandens bevisning avseende ett oberoende dubbelskapande. Regattas uppgifter om att melodi 1 skapats av Robert Åhlin bl a genom att han influerats av en folkmelodi som han senare insett var en del av Oxdansen ansågs inte vara tillräckligt för att bryta presumtionen att ett intrång skett. HD fann nämligen att de upplysningar som lämnats om tillkomsttidpunkten för och spridningen av melodi 1 tillsammans med Robert Åhlins uppgifter gjorde att det inte framstod som sannolikt att melodi 2 skapats oberoende av melodi 1.

Domen i Regattamålet innebär alltså ett visst klagörande av vilka krav som ställs på svaranden för att denne skall anses ha bevisat att det omtvistade verket är resultatet av ett självständigt skapande. Högsta domstolens uttalande kopplar beviskravet till graden av likhet mellan verken. Ju större likheten är desto högre blir således kraven på svarandens bevisning. I sådana situationer kan det av allt att döma bli mycket svårt att motbevisa en presumtion för efterbildning. Detta svåra bevisläge illustreras även av de olika instansernas bedömningar i det ifrågavarande fallet. Svarandens redogörelse för hur inspiration till melodin hämtats från ett tredje fritt verk befanns i TR:n vara sannolik och Regatta lyckades därmed bryta intrångspresumtionen. Att utgången i hovrätten och HD blev en annan torde till stor del bero på det höga krav som där kom att ställas på styrkan hos svarandens bevisning.

Efter att ha konstaterat att HD genom Regattadomen till viss del preciserat det krav som presumptionsregeln uppställer på svarandens bevisning uppstår frågan om rimligheten i domstolens resonemang. Kopplingen mellan graden av likhet och bevisningens styrka framstår inte som något uppseendeväckande i sig utan det är snarast tillämpningen i det aktuella fallet som ger upphov till viss tveksamhet. Som jag tidigare diskuterat framhöll HD i sin verkshöjdsbedömning de begränsade möjligheterna till variation inom populärmusiken. Domstolen anförde vidare att denna begränsning har sin grund i lyssnarnas krav på att kunna känna igen verk i kombination med trender och kommersiella intressen. Mindre vikt kom

därmed att fästas vid kompositionens individuella särprägel och rent konstnärliga innehåll. Enligt domstolens resonemang kan alltså även relativt banala verk erhålla skydd och att melodier inom en speciell genre uppvisar vissa likheter kan därmed anses ligga i sakens natur. Med denna utgångspunkt framstår det som något märkligt att just graden av likhet anses motivera högre krav på kärandens bevisning. I fall då det rör sig om rent konstnärliga verk som är unika till sin karaktär och på ett tydligt sätt ger uttryck åt upphovsmannens personlighet ter sig dock principen som bättre lämpad. Att två verk då uppvisar en mycket stor likhet kan ju onekligen ses som en klar indikation på att det rör sig om en efterbildning vilket i sin tur motiverar ett krav på stark bevisning från svarandens sida.

6.5 Gulan

Frågan om svarandens bevisning avseende ett oberoende dubbelskapande aktualiserades även i hovrättsavgörandet⁴⁹ angående de båda företagsregistren Gula Sidorna och Gulan. I fallet bestreds påståendena om intrång av svaranden som hävdade att de likheter som fanns berodde på att utformningen av registret inte kunnat göras på något annat sätt på grund av uppgifternas beskaffenhet. Angående skapandet av Gulan uppgav svaranden att de ursprungliga företagsuppgifterna och även rubrikförteckningarna hämtats från publikationer som tidigare utgetts av ägaren till Gulan AB eller införskaffats genom inköp från annat håll. Dessutom hävdade man att kunderna ofta velat ha uppgifter införda under samma rubrik som i Gula Sidorna och att detta bidragit till utformningen av rubriksättningen. Käranden menade dock att Gulans uppgifter om inköpanDET av företagsuppgifter från olika håll inte bevisade något annat än att Gulan haft tillträde till sådana företagsuppgifter som är allmänt tillgängliga för var och en. Inköpen gav således inte någon förklaring till likheterna mellan de två registren. De övriga publikationer som svaranden hänvisade till skilde sig dessutom enligt käranden på flera punkter från innehållet och strukturen i Gulan.

Ett intressant inslag i fallet utgjordes av de medvetet felaktiga uppgifter som käranden lagt in i sitt register. Dessa s k trojanska hästar dök sedan även upp i svarandens publikation. Gulan AB vitsordade att de aktuella uppgifterna lagts in i Gulan och uppgav även att det förekommit att man jämfört innehållet i det egna registret med det i Gula Sidorna och att enstaka företagsuppgifter då kopierats från kärandens publikation. Det underströks dock att detta förfarande endast omfattat ett fåtal företag. Käranden ifrågasatte trovärdigheten i denna förklaring då den enligt deras förmenande förutsatte att Gulan AB valt att inte kopiera de ca 220 000 korrekta uppgifterna i Gula Sidorna. Förekomsten av de felaktiga uppgifterna torde istället bero på att hela publikationen eftergjorts.

⁴⁹ Svea HovR mål nr Ö 3990-01.

Hovrätten fann att yrkesregistret i Gulan vid en jämförelse av helhetsintrycken uppvisade en framträdande likhet med branschregistret i Gula Sidorna och att det därmed förelåg ett starkt stöd för att Gulan var en efterbildning. Angående svarandens uppgifter om tillkomsten av Gulan konstaterade hovrätten att det fanns stora skillnader både avseende innehåll och struktur mellan Gulan och de publikationer som man hävdade att man uppgifterna hämtats ifrån. Gulan AB:s förklaring till varför de ”trojanska hästarna” funnits med i Gulan ansågs inte heller vara trovärdig. Allt som allt ansågs inte svaranden ha gjort sannolikt att Gulan framtagits självständigt och Eniro befanns följaktligen ha visat sannolika skäl för att Gulan AB gjort intrång i ensamrätten till Gula Sidorna.

6.6 Avslutning

Av de redovisade rättsfallen att döma tycks det alltså vara förenat med avsevärda svårigheter att bryta en existerande presumtion för efterbildning. Trots att det rör sig om rättspraxis av begränsad omfattning uppstår likväl frågan om bevisregeln i praktiken innebär att svaranden inte har någon större möjlighet att motbevisa presumtionen. Saken skulle därmed vara avgjord redan i och med likhetsbedömningen. Risken att svaranden skall hamna i en sådan besvärlig bevissituation torde vara mest påtaglig då likheten mellan de omtvistade verken bedöms vara så stor att kraven på bevisningen ställs högre än normalt. Som tidigare framgått kan även vissa invändningar resas mot en sådan koppling av beviskravet till graden av likhet mellan verken.

7 Presumtionsregelns tillämpning vid tvist om vilket verk som skapats först

7.1 Inledning

Domen i smultronfallet och efterföljande rättspraxis har förvisso inneburit ett förtydligande gällande bevisbördans placering vid intrångstvister men det finns fortfarande situationer där rättsläget framstår som oklart. Såsom presumtionsregeln ser ut ger den nämligen inte något direkt svar på hur bevisbördan skall fördelas i det fall osäkerhet uppstår om vilket verk som skapats först. Det är inte svårt att föreställa sig en situation där båda parterna hävdar att de varit först med produkten och eventuellt beskyller varandra för efterbildning. I det kommande avsnittet kommer jag följaktligen att diskutera hur en fördelning av bevisbördan skulle kunna se ut då det råder ovisshet om tidpunkten för de aktuella verkens tillkomst.

7.2 Bevisbördan och tidsaspekten

Den ifrågasatt presumtionsregeln ger alltså inga direkta svar på frågan om bevisbördans fördelning vid osäkerhet om vilket av alstren som skapats först. Upphovsrätten medför i och för sig inget skydd för det först skapade verket men det hindrar ju inte att den part som utpekats som plagiator hävdar att hans verk kom till först. Kärandens verk kan då omöjligen ha varit förlaga för svarandens produkt och således faller påståendet om efterbildning. Tidsaspekten kan därmed få stor betydelse för utgången i en tvist om upphovsrättsintrång. Praxis erbjuder ingen vägledning då frågan hitintills inte har aktualiserats i något rättsfall. Såsom presumtionsregeln är formulerad innehåller inte heller den någon direkt reglering av frågan. I det följande kommer emellertid ett par tänkbara modeller för bevisbördans placering att diskuteras.

Med utgångspunkt i den existerande presumtionsregeln uppstår frågan om bevisbördan för tidpunkten för verkets tillkomst eventuellt skall falla på svaranden. För att bryta presumtionen för efterbildning skulle han då även bli tvungen att bevisa att hans verk skapats tidigare än motpartens. En sådan modell kan åtminstone till viss del anses överensstämma med den syn som tycks präglad HD:s intrångsbedömningar i stort. Enligt denna uppfattning får det inte vara alltför svårt för käranden att bevisa att hans ensamrätt blivit kränkt och då ovisshet råder avseende vilken av produkterna som var först bör bevisbördan för detta således läggas på svaranden. Denna lösning innebär att även tidsaspekten kommer att innefattas i presumtionsregeln. I den situation det blir aktuellt måste alltså den påstådde intrångsgöraren även

förebringa tillräcklig bevisning i denna fråga för att lyckas bryta presumtionen för efterbildning.

Ett alternativ till att svaranden åläggs bevisbördan i enlighet med det tidigare resonemanget består i att kändanden måste visa att hans produkt kom först för att ett efterbildande skall kunna vara vid handen. Som redan påpekats säger det sig själv att svarandens verk inte kan vara en efterbildning om detta verk funnits längre än den påstådda förlagan. Detta innebär dock inte att bevisbördan med automatik skall åläggas kändanden. Såsom upphovsrättsskyddet är konstruerat utgör även kännedom en förutsättning för intrång men presumptionsregeln befriar kändanden från bevisbördan avseende denna omständighet. Det är givetvis omöjligt att säga hur Högsta domstolen skulle resonera i en sådan här situation. Med tanke på hur den tidigare bedömningen i bevisbördefrågan gestaltat sig finns det emellertid inte något som direkt talar för att bevisbördan för tillkomsttidpunkten skulle komma att placeras på kändanden.

Förutom de modeller som beskrivits ovan där frågan görs till en del av presumptionsregeln kan en annan utväg vara att tidpunkten för verkens skapande blir föremål för en separat bevisbördebedömning. Denna bedömning blir således helt fristående från den redan existerande regeln. I en sådan situation kan en tillämpning av den s k överviktsprincipen bli aktuell. Denna princip innebär som bekant att den av parterna som har den starkaste bevisningen vinner oavsett hur liten bevisövertikten är. Följden blir att ingen av parterna egentligen åläggs bevisbördan och risken för den ovisshet som råder om vilket av verken som skapades först delas lika mellan parterna. Överviktsprincipen framstår här som väl lämpad då det inte tycks finnas något särskilt tungt vägande skäl för att en av parterna skall bära en större risk för den rådande osäkerheten än den andre. Styrkeförhållandet mellan parterna i en intrångstvist är normalt inte sådant att det finns behov av en bevisbörderegler som skapar en större balans i detta avseende. Det kan inte heller anses vara lättare eller svårare för någon av parterna att säkra bevisning i denna fråga. Båda parter borde i samma utsträckning kunna föra bevisning om vid vilken tidpunkt det egna verket skapats. Därmed framstår överviktsprincipen som en tänkbar lösning på problemet och således skulle den svagaste tänkbara bevisning bli utslagsgivande, oberoende av för vilken part bevisningen talar.

I samband med det aktuella resonemanget uppkommer även frågan om vilken tidpunkt som blir den avgörande. Ett upphovsrättsligt verk uppstår förvisso genom själva skapandet, men på grund av bevissvårigheter skulle även offentliggörandet av en viss produkt kunna komma att tillmätas betydelse vid en eventuell tvist om tillkomsttidpunkten. Att ett verk finns tillgängligt på marknaden torde i allmänhet dessutom vara en förutsättning för en efterbildning även om det inte kan uteslutas att någon av parterna fått tillgång till motpartens produkt på annat sätt. Då inte heller denna fråga har varit föremål för domstolsprövning är det svårt ge några klara svar på hur denna bedömning kommer att se ut.

Avslutningsvis kan det alltså konstateras att den viktiga frågan om vem som skall bära bevisbördan avseende ovisshet om vilket verk som skapats först inte på ett klart sätt regleras genom den presumtionsregel som formulerades i NJA 1994 s 74. Trots att spörsmålet ännu inte aktualiserats i någon tvist torde det inte vara alldeles långsökt att tänka sig att den part som påstås ha efterbildat en redan existerande produkt som grund för sitt bestridande hävdar att det egna verket fanns redan innan "ursprungsverket" skapades. Då HD inte uttalat sig närmare om presumtionsregelns tillämpning och omfattning är det inte möjligt att avgöra hur bedömningen i denna fråga kan komma att gestalta sig.

8 Är presumtionsregeln rimlig?

Förutom de aspekter av bevisregeln som jag tidigare behandlat är det även befogat att diskutera skäligheten i att bevisbördan fördelas på detta sätt. Den presumtion för efterbildning som en påfallande likhet ger upphov till innebär onekligen stora fördelar för käranden. I en situation där två formgivare eller företag upptäcker att deras produkter i hög grad liknar varandra hamnar den part som hinner först med en stämningsansökan i en mycket gynnsam position. Därmed blir själva partsställningen avgörande vilket framstår som en mycket tveksam utgångspunkt för placeringen av bevisbördan. Enkelt uttryckt blir resultatet att den som är först till kvarn vinner, om inte hela målet så åtminstone mycket stora fördelar. De nackdelar som drabbar den svarande måste dock vägas mot betydelsen av att upphovsrätten inte blir illusorisk. För att upphovsmannens ensamrätt skall få något verkligt innehåll får det således inte vara omöjligt att bevisa att ett intrång skett. På detta sätt säkras även rätten till en skälig ersättning för utnyttjandet av det skyddade verket. Det blir alltså fråga om en ganska vanskelig balansgång mellan de olika intressen som aktualiseras vid intrångstvister och i upphovsrätten i stort. Trots att det är svårt att ha några invändningar mot behovet och nyttan av ett effektivt upphovsrättsligt skydd måste det likväl ifrågasättas om en tillämpning av den aktuella presumtionsregeln verkligen är det bästa sättet att upprätthålla skyddet på. Att låta den viktiga frågan om bevisbördans placering bli beroende av en ”först till kvarn princip” framstår som mycket svårt att rättfärdiga. Hur viktigt det upphovsrättsliga skyddet än må vara kan det aldrig sättas före parternas grundläggande rätt till en rättvis rättegång. Det måste alltså finnas andra metoder för att främja ett ändamålsenligt upphovsrättsligt skydd och då utan att en part åläggs en oskäligt tung bevisbörda.

En annan relevant fråga att ställa sig är om regeln skall och bör tillämpas oavsett vilka parterna i målet är. I de fall som jag tagit upp i min framställning har parterna framstått som någorlunda jämbördiga då det genomgående har rört sig om medelstora företag, men situationen kan givetvis se annorlunda ut. En intrångstvist kan likaväl innefatta parter som inte befinner sig på samma styrkemässiga nivå, ett exempel skulle kunna vara att ett stort företag hävdar att en enskild formgivare gjort intrång i deras ensamrätt till en viss produkt. Om presumtionsregeln skall tillämpas även i en sådan situation går givetvis inte att svara på men det framstår likväl som att placeringen av bevisbördan har gjorts med jämlika parter i åtanke. HD har alltså ännu inte haft anledning att ta ställning i denna fråga, men en eventuellt svagare svarandepart borde kunna ge upphov till en något annorlunda bedömning avseende bevisbördan. Att en regel som redan i ursprungsläget förefaller vara till kärandens fördel skall tillämpas gentemot en svagare part framstår inte som ett exempel på en rimlig riskfördelning mellan parterna.

Diskussionen kring presumtionsregelns skälighet aktualiserar även frågan om vilka andra alternativ som är möjliga. Eftersom frågan om upphovsrättsligt intrång inte hade varit föremål för någon bedömning i HD innan Smultronmålet togs upp 1994 finns det inte några andra lösningar att jämföra med. En placering av hela bevisbördan på den som påstår att ett intrång skett framstår inte som helt idealiskt då denna part som tidigare påpekats då försätts i en bevismässigt kanske alltför svår situation. Intrångsprövningen består emellertid som bekant av flera delar och en väl avvägd bedömningen i dessa olika frågor borde kunna tillgodose båda parter behov av ett adekvat rättsskydd.

Avslutningsvis kan det alltså konstateras att presumtionsregeln varken framstår som särskilt rimlig eller rättvis av flera anledningar. HD tycks i sin iver att råda bot på de bevissvårigheter som tidigare ansetts vara förknippade med en intrångstalan gått för långt åt andra hållet genom att ge den påstådde intrångsgöraren små möjligheter att få ett utslag till sin favör. Förhoppningsvis kommer den framtida rättsutvecklingen att medföra, om inte en förändring av regeln i sig, så åtminstone en tillämpning av densamma som innebär att ingen av parterna missgynnas i alltför stor utsträckning.

9 Sammanfattande analys

9.1 Inledning

Inledningsvis kan vi konstatera att de rättsfall som behandlats i arbetet endast i begränsad utsträckning erbjuder några direkta svar eller lösningar på de problem och frågor som formulerades i början av framställningen. Anledningarna till denna oklarhet är säkerligen flera, dels finns det bara ett fåtal rättsfall att utgå ifrån men framförallt är domskälen i detta hänseende relativt kortfattade och mer långtgående resonemang om presumtionsregeln i allmänhet saknas. Vissa slutsatser kan emellertid dras medan den uppenbara oklarheten i andra fall får utgöra en slutsats i sig.

9.2 Återknytning till de inledande problemformuleringarna

Allmänt kan det nämnas att det inte finns några direkta tecken på att presumtionsregeln skulle vara tillämplig vid intrång i andra former av immateriella rättigheter än just upphovsrätt. Förhoppningar om en sådan utveckling har i och för sig framförts i doktrinen men hur det blir med den saken får framtiden utvisa. Presumtionsregeln tycks dock vara avsedd för hela det upphovsrättsliga området då den tillämpats vid intrång i tre olika typer av upphovsskyddade verk nämligen brukskonst, musikaliska verk och kataloger.

Angående frågan av vad som föranlett HD att konstruera och tillämpa den ifrågavarande bevisregeln hittar vi i stort sett inga ledtrådar alls i 1994-års fall. Istället får diskussionen bygga på rent allmänna antaganden om vad som verkar vara ett rimligt motiv i sammanhanget. I efterföljande rättspraxis återfinns dock uttalanden som i vart fall sprider ett visst ljus över domstolarnas syn på upphovsrätten i stort. Dessa kommentarer framstår även som relevanta i en diskussion om vilka överväganden som kan ha legat till grund för den ifrågavarande fördelningen av bevisbördan. Med denna utgångspunkt ter sig principen om handlingsdirigering som det mest troliga motivet, ett motiv som alltså bygger på en strävan att ge den civilrättsliga regelns ändamål genomslagskraft. Av de övriga principer som ansetts kunna ligga till grund för placeringen av bevisbördan framstår resonemanget om bevissäkring som det enda möjliga alternativet. Några direkta belägg för att denna princip skulle utgöra motivet för presumtionsregeln står dock inte att finna. Med tanke på bevisbördans generellt sett stora betydelse för tvistens utgång torde bedömningen i frågan ha föregåtts av en grundlig intresse- och ändamålsavvägning. Det är således bara att beklaga att HD inte bemödat sig med att dela med sig av sitt resonemang gällande denna fråga.

Likhetsbedömningen får en central roll vid intrångstvister då en påfallande likhet skapar en presumtion för att det faktiskt rör sig om en efterbildning. Här har vissa kriterier för domstolens bedömning utkristalliserat sig i rättspraxis. En utgångspunkt som återfinns i alla rättsfall är betoning av det helhetsintryck som verken i fråga ger. Därmed tycks det inte heller bli aktuellt med någon egentlig analys av de olika komponenter som ett mönster, ett musikaliskt verk eller liknande kan vara uppbyggt av. I de fall svaranden byggt sin argumentation i denna fråga på olikheterna mellan en mängd detaljer hos alstren tycks detta inte heller ha vunnit något gehör hos domstolarna. Den utformning som likhetsbedömningen kommit att få innebär även att stor betydelse tillmäts hur de omtvistade verken framstår för de som eventuellt kan komma att köpa dem, alltså konsumenterna. Resonemanget kan ses som ett tecken på att upphovsrätten rent kommersiella aspekter alltmer kommit att sättas i centrum. Några diskussioner om de överväganden av mer ideell karaktär som också utgör ett motiv för att upphovsmannen bör erhålla ett tillräckligt skydd för det han åstadkommit förekommer överhuvudtaget inte.

En annan intressant iakttagelse som kan göras i samband med domstolarnas likhetsbedömning är att metoden tycks vara densamma oavsett vilken typ av verk eller produkt det rör sig om. Att i alla situationer betona helhetsintrycket framstår varken som speciellt väl genomtänkt eller ändamålsenligt.

Vidare ställde jag mig inledningsvis frågan om vad som egentligen krävs av svaranden för att han skall anses ha motbevisat en presumtion för efterbildning. Inte heller i detta avseende erbjuder de analyserade rättsfallen några verkligt klara svar men helt utan vägledning lämnas vi inte. Det som svaranden har att bevisa är alltså att den påstådda efterbildningen är resultatet av ett självständigt skapande, något som inte tycks vara helt enkelt. Inte i ett enda av de fall som jag tagit upp har svaranden heller lyckats bryta presumtionen och vad som krävs mer konkret blir således svårt att avgöra. Något som dock klart kan konstateras i och med HD:s uttalande i Regattadomen är att beviskravet kopplas till graden av likhet mellan verken. Denna precisering kan vid en första anblick tyckas vara väl så rimlig men det kan ändå ifrågasättas om kopplingen mellan likhet och beviskrav verkligen är lämplig i de fall tvisten rör förhållandevis banala verk. Variationsmöjligheterna är i sådana situationer ofta begränsade och att då lägga just likheten till grund för hur stark svarandens bevisning måste vara kan knappast anses som en helt igenom befogad princip. I och med att det inte finns några exempel på fall där domstolen övertygats om att det rör sig ett oberoende dubbelskapande vet vi inte på vilket sätt svaranden i praktiken skall gå tillväga för att lyckas. Det framgår dock med all önskvärd tydlighet att den påstådde intrångsgöraren försätts i en mycket svår bevissituation. Man kan till och med gå så långt som att fråga sig om denne överhuvudtaget har någon faktisk möjlighet att bryta presumtionen.

Ett spørsmål som överhuvudtaget inte berörts i praxis är hur bevisbördan bör fördelas då parterna tvistar om vilket verk som skapades först. Domstolarna har inte heller haft någon anledning att ta upp frågan då denna tidsmässiga aspekt ännu inte aktualiserats i något fall. Än så länge är det alltså bara ett teoretiskt problem men i det fall frågeställningen uppkommer kan den i allra högsta grad bli relevant för utgången i målet.

Möjligheten finns att presumtionsregeln även är avsedd att reglera en eventuell ovisshet avseende tillkomsttidpunkten. Svaranden skulle då för att bryta presumptionen kunna bli tvungen att bevisa att hans verk skapades först. Det motsatta är givetvis också möjligt och skulle således innebära att käranden måste bevisa att han var först med sitt alster för att det överhuvudtaget skall kunna röra sig om ett efterbildande. En tredje och i mina ögon rimlig lösning kan vara att göra frågan till föremål för en helt fristående bevisbördebedömning. Genom en tillämpning av överviktsprincipen skulle risken dessutom kunna fördelas lika mellan parterna.

En grundläggande och mycket viktig fråga att ställa sig är givetvis om den presumtionsregel som tillämpas vid intrång i upphovsskyddade ensamrätter innebär en rimlig och rättvis lösning av frågan om bevisbördans placering. Flera faktorer talar för att så inte är fallet och det är givetvis olyckligt att käranden till synes vinner otillbörligt stora fördelar medan svaranden försätts i en bevismässigt mycket svår situation. Högsta domstolens resonemang tyder genomgående på en vilja att ge det upphovsrättsliga skyddet ett reellt innehåll och andra intressen tycks därmed ha hamnat i bakgrunden.

Avslutningsvis kan det konstateras att trots att 1994-års fall innebar ett klagande av rättsläget gav domen och efterföljande rättspraxis även upphov till en hel del frågor som ännu väntar på sitt svar. Dessutom kan HD kritiserats för att presumtionsregeln alltför ensidigt gynnar kärandesidan och att domstolen i förvånansvärt hög utsträckning kommit att låta kommersiella hänsynstaganden genomsyra bedömningarna i stort.

Litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Proposition 1960:17 med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Proposition 1992/93:214 om ändringar i upphovsrättslagen

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

Litteratur:

- Bergström, Svante *Lärobok i Upphovsrätt*, 4 uppl. Iustus Förlag, Uppsala 1994.
- Bernitz, Ulf *Brukskonstskyddet i ljuset av den svenska Smultrondomen*, i: Nordisk Immateriellt Rättsskydd 1994 s 356-363. [Citeras: Bernitz 1994]
- Bernitz, Ulf m fl *Immateriellrätt*, 6 uppl. Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm 1998.
- Bolding, Per Olof *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Uppsala 1951. [Citeras: Bolding 1951]
- Bolding, Per Olof *Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen*, Norstedts Förlag, Stockholm 1989.
- Brun, Hans m fl *Bevispraxis, Bevis 5, svensk bevispraxis 1948-1999*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000.
- Diesen, Christian m fl *Prövning av skadestånd, Bevis 4*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999.
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång I*, 6 uppl. P A Norstedts & Söners förlag, Stockholm 1986. [Citeras: Ekelöf I]
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång IV*, 5 uppl. Norstedt Förlag, Lund 1982.

- Fitger, Peter *Processrätt II*, 3 uppl. Norstedts Juridik, Stockholm 2000.
- Fitger, Peter *Domstolsprocessen: en kommentar till rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm 1993. [Citeras: Fitger 1993]
- Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne *Lärobok i Immaterialrätt*, 3 uppl. Norstedts Juridik, Stockholm 1995.
- Levin, Marianne *Smultron NJA 1994 s 74*, i: Rättsfall att minnas, till Jan Hellner den 28 oktober 1997, Norstedts Juridik, Stockholm 1997.
- Lindell, Bengt *Sakfrågor och rättsfrågor*, Iustus Förlag, Uppsala 1987. [Citeras: Lindell 1987]
- Lindell, Bengt *Civilprocessen*, Iustus Förlag, Uppsala 1998.
- Nordell, Per Jonas *Rätten till det visuella*, Jure AB, Stockholm 1997.
- Olsson, Henry *Upphovsrättslagstiftningen, En kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm 1996.
- Westberg, Peter *Förfalskade inköpsnotor – kritiska funderingar kring ett HD-fall om bevisbördan i tvistemål*, i: Juridisk Tidskrift 1992-93 s 155-168.

Rättsfallsförteckning

Publicerade rättsfall

NJA 1975 s 280

NJA 1979 s 483

NJA 1988 s 226

NJA 1989 s 215

NJA 1992 s 263

NJA 1993 s 182

NJA 1993 s 764

NJA 1994 s 74

NJA 1995 s 631

Opublicerade rättsfall

HD, mål nr T 828-01, meddelad den 11 april 2002

Svea HovR, mål nr Ö 3990-01, meddelad den 14 juni 2001