



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emma Kratz

Skydd för leksakers formgivning
- Konstnärligt verk, mönster eller
varumärke?

Examensarbete
20 poäng

Handledare:
Ulf Maunsbach

Ämnesområde:
Immaterialrätt

VT 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Begrepp	7
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition och avgränsningar	8
2 UPPHOVSRÄTTSLIGT SKYDD	9
2.1 Inledning	9
2.2 Brukskonst	9
2.2.1 Historia	9
2.2.2 Svensk Forms Opinionsnämnd	11
2.2.3 Skyddsförutsättningar	11
2.2.3.1 Originalitetskravet	11
2.2.3.2 Kravet på verkshöjd	12
2.2.3.3 Dubbelsskapandekriteriet	15
2.2.4 Funktionellt betingad formgivning	15
2.2.5 Intrång	16
2.2.5.1 Skyddsomfång	16
2.2.5.2 Bevisfrågor	16
2.3 Det upphovsrättsliga skyddet tillämpat på leksakers formgivning	17
2.3.1 Leksaker - skyddade som alster av brukskonst	17
2.3.2 Leksaker – ej skyddade som alster av brukskonst	19
2.3.3 Brukskonstbedömningen vad gäller leksaker	21
2.3.4 Ska leksaker bedömas som en egen produkttyp?	22
3 MÖNSTERSKYDD	23
3.1 Inledning	23
3.2 Skyddets uppkomst	24
3.3 Skyddsförutsättningar	25
3.3.1 Nyhet	25
3.3.2 Särprägel	26

3.3.2.1	Kunnig användares helhetsintryck	26
3.3.2.2	Variationsutrymme	27
3.3.3	Inte uteslutande funktionsbetingat	27
3.4	Intrång	28
3.5	Oregistrerad gemenskapsformgivning	28
3.6	Mönsterskyddet tillämpat på leksakers formgivning	29
3.6.1	Nyhet	29
3.6.2	Särprägel	29
3.6.2.1	Skillnadskravet	29
3.6.2.2	Variationsutrymme	30
3.6.2.3	Den kunnige användaren	31
3.6.3	Inte uteslutande funktionsbetingat	32
3.6.4	Oregistrerat skydd	33
4	VARUMÄRKESSKYDD	34
4.1	Inledning	34
4.2	Allmänt om varumärkesskydd	35
4.2.1	Skyddets uppkomst	35
4.2.1.1	Registrering	35
4.2.1.2	Inarbetning	35
4.3	Skydd för en varas form eller utstyrelse	36
4.3.1	Skyddsobjektet	36
4.3.2	Kravet på särskiljningsförmåga	37
4.3.3	Utstyrelsenskyddets gränser	39
4.3.3.1	Mer om form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat	40
4.3.3.2	Mer om form som följer av varans art	42
4.3.3.3	Mer om form som ger varan ett betydande värde	42
4.4	Intrång	43
4.4.1	Förväxlingskriteriet	43
4.4.2	Mer om märkeslikhet	44
4.5	Varumärkesskyddet tillämpat på leksakers formgivning	45
4.5.1	En normalt informerad samt skäligen upplyst konsument	45
4.5.2	Utstyrelsenskyddets gränser i förhållande till leksaker	45
4.5.3	Intrångsbedömningen	47
4.5.3.1	Ett starkt varumärke	48
5	SKYDD MOT ILLOJAL KONKURRENS	49
5.1	Inledning	49
5.2	Vilseledande efterbildning 8 § MFL	49
5.2.1	Särprägel	50
5.2.2	Känd på marknaden	52
5.2.3	Förväxling	53
5.2.4	Funktionellt betingade utstyrelser	54

5.3	Renommésnyltning	55
5.4	Skydd mot illojal konkurrens tillämpat på leksakers formgivning	56
5.4.1	Särprägel	56
5.4.2	Känd på marknaden	56
5.4.3	Förväxling	57
6	SLUTSATSER	58
6.1	För- och nackdelar med de olika skyddsformerna	58
6.1.1	Det upphovsrättsliga skyddet för leksakers formgivning	58
6.1.2	Det mönsterrättsliga skyddet för leksakers formgivning	59
6.1.3	Det varumärkesrättsliga skyddet för leksakers formgivning	59
6.1.4	Det marknadsrättsliga skyddet för leksakers formgivning	60
6.2	Det lämpligaste skyddet för leksakers formgivning	61
6.3	Problem som kan uppkomma när en formgivare vill skydda en leksaks formgivning	62
6.4	Görs det en annan bedömning vad gäller leksaker jämfört med andra typer av produkter?	63
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	69

Summary

Design has become an effective measure to distinguish products and make them more desirable on the market. When the interest in design increases, the tendency to plagiarize products' design also increases. The toy industry is one of many industries where there is a problem with unauthorized copies. When there is a problem with plagiarizing it is very important that there is a legal protection for products' design that works well. For toy design there is overlapping intellectual property rights, as well as a legal protection against unfair marketing practices. The purpose of this essay is to describe the available legal protection of toy design.

Through the Copyright Act the design of a toy can be protected as applied art. The toy's design has to fulfill the level of creativity to get protection by copyright. Through the level of creativity a requirement is set up on the character of the work, and through the level of creativity the individual quality is settled.

To get legal protection by the design law the toy's design is needed to be new and has an individual character. The design law is a protection of the appearance and not of the function, which means that a protection will not include details of a toy's appearance that is exclusively determined by the technical function of the product.

The shape of a toy can be protected according to the Trademark Act and the form has to have a distinctive character, which means that the shape has to be distinguished from other toys. The protection is limited and signs which exclusively consist of the shape which results from the nature of the goods themselves, the shape of goods which is necessary to obtain a technical result or the shape which gives a substantial value to the good, can not be protected.

If intellectual property rights are not available there is a complemented protection through the protection against unfair practices. According to paragraph 8 in the Marketing Practices Act misleading passing off is forbidden, and a manufacturer is prohibited to use imitations which is misleading and easily can be mixed up with another manufacturer's products which are well-known and distinctive. Also, unfair advantage of a competitor is forbidden according to the general clause in the Marketing Practices Act.

It is obvious that there are advantages and disadvantages with the different sorts of legal protection, and the most suitable sort of protection has to be decided in every individual case.

When it should be considered whether a toy's design is in worthy of legal protection, the judgment can vary between different types of products. It is foremost children who use toys, and when it should be considered if a design fulfils the different conditions for protection it can be discussed if the court shall adopt the same approach as a child.

Sammanfattning

Design har blivit ett effektivt medel för att särskilja produkter och göra dem mer eftertraktade på marknaden. I och med det stora intresset för design ökar benägenheten till plagiering av produkters formgivning. En av många branscher där det finns problem med oauktorerade kopior är leksaksbranschen. Eftersom det finns problem med plagiering är det mycket viktigt att det finns ett välfungerande skydd för produkters formgivning.

Syftet med denna uppsats är att redogöra för det befintliga skyddet för leksakers formgivning. Till hands för formgivare och designinnehavare finns ett överlappande immaterialrättsligt skydd, såväl som ett skydd mot illojal konkurrens.

Genom upphovsrättslagen kan en leksaks formgivning skyddas som alster av brukskonst. För att en leksaks formgivning skall kunna skyddas krävs att den uppfyller verkshöjdskravet. Genom kravet på verkshöjd uppställs ett krav på verkets beskaffenhet och genom verkshöjden fastställs den individuella kvaliteten.

För att en leksaks design skall kunna skyddas av mönsterrätten krävs det att den är ny och särpräglad. Mönsterskyddet är ett utseendeskydd och inte ett funktionsskydd, vilket medför att en mönsterrätt inte får omfatta sådana detaljer i en leksaks utseende som uteslutande är bestämda av produktens tekniska funktion.

En leksaks varuutstyrsel kan skyddas enligt varumärkesrätten och för att den skall kunna skyddas som varumärke krävs att den har särskiljningsförmåga. Leksakens form måste vara distinktiv, således måste den skilja sig från formerna på andra leksaker. Utstyrselskyddet begränsas genom att former som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat, former som följer av varans art eller former som ger varan ett betydande värde, inte kan skyddas.

Om skydd för en leksaks formgivning inte kan uppnås genom det immaterialrättsliga skyddssystemet finns det ett kompletterande skydd i och med skyddet mot illojal konkurrens. Enligt 8 § MFL förbjuds vilseledande efterbildningar och en näringsidkare får inte vid marknadsföring använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade leksaker. Enligt generalklausulen i MFL förbjuds även renommésnyltning.

Självklart finns det för- och nackdelar med de olika skyddsformerna och vilket skydd som är det mest lämpliga för leksakers formgivning måste avgöras i varje enskilt fall.

När det skall avgöras huruvida en leksaks formgivning är skyddsvärd kan bedömningen bli annorlunda jämfört med andra typer av produkter. Det är främst barn som använder leksaker och när det skall avgöras huruvida formgivningen på en leksak uppfyller de olika skyddsförutsättningar kan det diskuteras om inte domstolen skall inta ett barns synsätt.

Förkortningar

Dir	Direktiv (för statliga utredningar)
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-FGF	Förordning om gemensakapsformgivning (EG) nr. 6/2002 av den 12 dec 2001
EIPR	European Intellectual Property Review
FI	Förstainstansrätten
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (1995:450)
ML	Mönsterskyddslag (1970:485)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd. I
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)/ Harmoniseringskontoret i Alicante
PBR	Patentbesvärsträtten
RegR	Regeringsrätten
PK	Pariskonventionen
Prop.	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFO	Svensk Forms Opinionsnämnd
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätt
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VML	Varumärkeslag (1960:644)

1 Inledning

1.1 Introduktion

Design är ett effektivt medel för att differentiera produkter och göra dem attraktivare på marknaden. Genom bra design kan stora konkurrensfördelar uppnås. Flera studier visar på att en hög produktkvalitet har betydelse för ett företags konkurrenskraft. Design har även blivit ett instrument för att skapa differentiering och kvalitet.¹ Detta för med sig att företag ofta lägger ner mycket arbete, tid och pengar på sina produkters design. Framförallt under 1980-talet kom design att lyftas fram som en strategisk konkurrensfaktor. Design kom främst att bli ett kommunikationsinstrument i anknytning till skapandet av en visuell identitet.²

Den typ av design som denna uppsats kommer att beröra är den typ som brukar kallas för industridesign, även kallad brukskonst. Jag har valt att fokusera på skyddet för leksakers formgivning, eftersom det inte finns mycket skrivet på detta område.

Leksaker är kanske inte det första som man tänker på när man hör ordet design, men visst är även leksaker designade. Det finns företag i leksaksbranschen som lägger ner extra mycket arbete, tid och pengar på formgivning. Vilket också oftast lönar sig. Vissa väl designade leksaker har kommit att behaga vuxna, kanske till och med i större utsträckning, än barn. Jag tänker framför allt på Playsams träleksaker och "executive toys". Playsam har belönats med Utmärkt Svensk Form över tjugo gånger.³ Ett annat företag som fått ta emot utmärkelser för sin formgivning är LEGO. Detta visar tecken på att god formgivning är mycket viktigt även inom leksaksbranschen.

Den ekonomiska betydelsen av formgivning leder till att intresset för plagiering av formgivna produkter ökar.⁴ Och som i många andra branscher, finns det problem med plagiering av formgivning inom leksaksbranschen. Jag har gjort intervjuer med företrädare från Playsam och Brio och båda dessa menar att plagiering är ett omfattande problem inom leksaksbranschen.⁵ BRIO:s vice koncernchef berättade att de stöter på en handfull fall med medveten plagiering om året.⁶ Det är därför viktigt med ett väl fungerande skyddssystem med effektiva sanktionsmöjligheter mot kopiering och annan icke auktoriserad användning av andras formgivningsinsatser, så

¹ Svengren, Industriell design som strategisk resurs, s. 13.

² Svengren, s. 16.

³ www.playsam.se

⁴ Prop. 2003/04:177 s. 6.

⁵ Hauswolff, Claes, vice koncernchef för BRIO-koncernen och brandmanager, telefonintervju, 07-06-20 respektive Zedig, Carl, designchef för Playsam, Kalmar, 07-08-03.

⁶ Hauswolff, Claes, telefonintervju, 07-06-20.

att formgivare har en möjlighet att säkra personliga och ekonomiska investeringar. Skyddet måste emellertid även skapa goda förutsättningar för en effektiv konkurrens.⁷

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka det befintliga skyddet för leksakers formgivning. Skydd för en produkts design kan uppnås genom flera olika svenska lagar på det immaterialrättsliga området. Design kan även skyddas genom den marknadsrättsliga lagstiftningen. Det finns således ett överlappande skydd för design. För att uppnå mitt syfte har jag valt att besvara frågeställningarna:

- På vilka olika sätt kan leksakers formgivning skyddas?
- Vilka för- och nackdelar finns det med de olika skyddsformerna?
- Vilket är det lämpligaste skyddet för leksakers formgivning?
- Vilka problem kan uppkomma när en formgivare vill skydda formgivningen på sin leksak?
- Görs det en annan bedömning vad gäller leksaker jämfört med andra typer av produkter?

1.3 Begrepp

I sin ursprungliga mening betyder formgivning utformning av föremål. Begreppet har av historiska skäl kommit att förknippas med det handgripliga formandet av produkter där materialkunskapen spelar en avgörande roll. Ordet design har fått gehör inom den yrkesgrupp som kallar sig industridesigners för att markera att ett motsvarande arbete sker i en industriell process. Design är ett vidare begrepp än formgivning. Design kan användas både om processen, professionen och om den färdiga produkten.⁸ Enligt Monö (1976) så innehåller begreppet industridesign olika värderingar av de element som i praktiken kommit att förknippas med industridesign, såsom funktion, ergonomi (användarorientering) och estetik.⁹ I uppsatsen används begreppen design och formgivning synonymt.

1.4 Metod och material

Metoden som har använts i uppsatsen är traditionell juridisk metod, följaktligen har förarbeten, lagstiftning, doktrin och praxis analyserats. Den judiciella praxisen vad gäller skydd för leksakers formgivning är mycket knapphändig. Svensk Forms Opinionsnämnd har på brukskonstområdet

⁷ SOU 2001:68 s. 83.

⁸ Prop. 1997/98:117 s. 11.

⁹ Svengren, s. 22.

gjort en del yttrande angående leksaker. Dessa avgöranden presenteras och analyseras. För att kunna undersöka hur leksakers design skyddas i praktiken, har jag genomfört ett par intervjuer hos leksakstillverkande företag.

1.5 Disposition och avgränsningar

De olika skyddsformerna som står till hands för leksaksdesign kommer att presenteras var för sig under olika kapitel. Således kommer upphovsrättsliga, mönsterrättsliga och varumärkesrättsliga regler att gås igenom. Även bestämmelser om illojal konkurrens kommer att redogöras för. Grundläggande förutsättningar för att uppnå respektive skydd kommer att presenteras följt av rättsfall på området. Denna presentation är en mer allmän presentation över det gällande rättsläget vad gäller skydd för industridesign. Denna presentation är en nödvändig bakgrund för förståelsen av hur leksakers formgivning kan skyddas. Efter presentationen av gällande rätt inom respektive område kommer jag att fortsätta med att analysera de olika skyddsmöjligheterna tillämpat på formgivningen av leksaker. Jag kommer att analysera huruvida det görs en annan bedömning av leksakers formgivning jämfört med andra typer av industridesign. De problem som kan stötas på vid uppnåendet av skydd för leksakers formgivning kommer även att beröras under respektive analyskapitel. I mina slutsatser kommer jag att knyta ihop uppsatsen genom att besvara mina olika frågeställningar.

Jag har valt att begränsa mig till leksakers yttre form. Det finns troligtvis flera leksaker som skyddas eller kan uppnå skydd genom patentlagstiftningen. Jag har dock valt att bortse från patenträtten. Jag har även valt att bortse från lagar som reglerar hur leksaker får utformas ur säkerhetssynpunkt. Jag har valt att fokusera på de svenska skyddsmöjligheterna för design. Eftersom stora delar av immaterialrätten är harmoniserad inom den Europeiska unionen och det även finns gemenskapsrättsliga skyddsformer så kan dock inte helt bortses från den EG-rättsliga lagstiftningen.

2 Upphovsrättsligt skydd

2.1 Inledning

Huvudinnebörden av upphovsrätten är att skaparen av ett verk genom bestämmelser i lag skall ges vissa rättigheter att förfoga över sitt verk. Upphovsmannen skall själv få bestämma över när och i vilka sammanhang verket skall få användas av andra personer. Det upphovsrättsliga skyddet är inget idéskydd, utan ett formskydd, vilket gäller för upphovsmannens egna individuella utformning av en viss idé. Ensamrätten uppstår automatiskt i och med verkets tillkomst utan krav på formaliteter. Verket måste härröra från upphovsmannen som ett resultat av hans egen individuella och andliga verksamhet. För att ett föremål skall skyddas av upphovsrätten krävs att det uppnår verkshöjd. Vad gäller kraven för skydd är dessa olika beroende på vilket område man befinner sig på. Kraven varierar således mellan konstnärliga föremål jämfört med brukskonst. Vissa leksaker uppfyller kraven för att anses vara alster av brukskonst, men det är långt ifrån alla leksaker som uppfyller dessa krav.

Det finns flera rättspolitiska skäl för ett lagstadgat skydd för upphovsmän. En ensamrätt till ett skapat verk stimulerar det andliga skapandet i vid mening i samhället och på så sätt främjas den sociala, kulturella och ekonomiska utvecklingen. Ett annat skäl är att det bör ges skydd för upphovsmännens personligt färgade ideella intressen av att deras skapelser eller prestationer inte förvanskas eller utnyttjas på ett sätt som de inte finner acceptabelt. Den rent ekonomiska aspekten av det upphovsrättsliga skyddet har fått en allt större betydelse. Genom det upphovsrättsliga skyddet kan upphovsmannen sprida sina kostnader på flera utnyttjare av sitt verk. Han behöver således inte ta ut hela kostnaden på den första utnyttjaren. Upphovsrätten åstadkommer därmed ett skydd för de investeringar som upphovsmannen lagt ner på sitt verk.¹⁰

Jag kommer nedan att redogöra för det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst.

2.2 Brukskonst

2.2.1 Historia

Formgivning av bruksföremål skyddas av upphovsrätt enligt 1 § 1 st. 6 p. URL. Paragrafen stadgar att alster av brukskonst är att se som ett konstnärligt verk. Den originella ornamentala utformningen av ett bruksföremål är att se

¹⁰ Olsson, Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar, s. 21.

som alster av brukskonst.¹¹ Exempel på brukskonst är glas, porslin, keramik, möbler, tapeter, textilier och modevaror, juvelarbeten, metallsmide, typografi och bokkonst.¹² Även leksaker kan ses som ett alster av brukskonst.¹³ Dessa alster har vid sidan av det konstnärliga en nyttofunktion. Detta gör att sådana verk skiljer sig från andra konstnärliga verk.¹⁴ Brukskonstföremål är tänkta att användas för mer eller mindre praktiska ändamål i det dagliga livet. Det kan konstateras att brukskonsten förenar skönhet med funktion, vilket ger brukskonsten ett dubbelt syfte.¹⁵

År 1970 infördes mönsterskyddslagen i Sverige. Före dess införande fanns i Sverige ett tioårigt skydd för alster av konstindustri och konsthantverk. När ML trädde ikraft byttes begreppen konstindustri och konsthantverk ut mot begreppet brukskonst. Ändringen var emellertid endast redaktionell och det var fortfarande samma produktkategorier som avsågs.¹⁶ Skyddstiden förlängdes även till att gälla lika länge som för andra verk. Idag sträcker sig skyddstiden för ett upphovsrätligt verk 70 år efter upphovsmannens död.¹⁷ Verkshöjdskravet var inte lika högt ställt för det tioåriga skyddet av konstindustri och konsthantverk som för övriga verk före tillkomsten av ML. När mönsterskyddet infördes ansågs det att kraven för erhållande av upphovsrätligt skydd för brukskonst kunde höjas. Enligt departementschefen var det en förutsättning för erhållande av upphovsrätligt skydd på brukskonstområdet att produkten fått en individuell och konstnärlig gestaltning och att risken för att samma produkt skulle framkomma genom någon annans självständiga skapade skulle vara obefintlig eller i varje fall mycket ringa.¹⁸ Enligt propositionen var skälet till att kraven tidigare inte kunde ställas så högt att det inte hade funnits några andra möjligheter att få skydd för brukskonst. Genom införandet av ett generellt mönsterskydd skapades helt nya förutsättningar för upprätthållandet av tämligen stränga krav på konstnärlighet, då det gällde att bestämma den ram inom vilken verk av brukskonst skulle beredas upphovsrätligt skydd. De produkter som lämnades utanför detta skyddsområde kunde i stor omfattning skyddas som mönster.¹⁹ Tre alster²⁰ som tidigare ansetts uppfylla kraven för upphovsrätligt skydd skulle enligt departementschefen inte längre anses uppfylla kraven på konstnärlig utformning och individuell prägel.²¹ Kraven kom emellertid att lättas upp och idag har kraven sänkts till ungefär samma nivå som gällde innan införandet av ML. Rättsläget beträffande hur verkshöjdskravet skall bedömas får dock anses som oklart.

¹¹ Olsson, s. 41.

¹² SOU 1956:25, s. 79.

¹³ Levin, Formskydd, s. 24.

¹⁴ SOU 1956:25, s. 79.

¹⁵ Nordell, Rätten till det visuella, s. 135.

¹⁶ SOU 1965:61, s. 338.

¹⁷ Se 43 § URL.

¹⁸ Prop. 1969:168, s. 135.

¹⁹ Ibid.

²⁰ NJA 1935 s. 712 (Rudastolen), 1962 s. 750 (Stringhylla), NJA 1964 s. 532 (Luxusspegeln).

²¹ Prop. 1969:168, s. 135.

2.2.2 Svensk Forms Opinionsnämnd

Svensk Forms Opinionsnämnd²² skall fungera som ett sakkunnigorgan för att bistå med uttalanden om huruvida förutsättningar föreligger för att bereda ett verk av brukskonst upphovsrättsligt skydd.²³ Enligt sina stadgar har Opinionsnämnden till uppgift att som opartiskt organ avge yttrande om upphovsrättsligt skydd för brukskonst i upphovsrättsliga tvistefrågor mellan parter, såväl som fastställelse av upphovsrättsligtskydd för brukskonst för enskild part.²⁴ Domstolarna har i huvudsak kommit att följa nämndens utlåtanden.²⁵ Enligt Bernitz bör stor vikt fästas vid Opinionsnämndens uttalanden i verkshöjdsfrågan.²⁶ När det gäller uttalanden i intrångsfrågan har Karnell i anledning av HD:s resonemang i Smultron-målet²⁷, ifrågasatt huruvida det skall fästas motsvarande vikt vid Opinionsnämndens utlåtanden.²⁸ Bernitz har, likt Karnell, anfört att domstolen inte kan fästa samma vikt till Opinionsnämndens uttalande i intrångsfrågan som i verkshöjdsfrågan, särskilt eftersom intrångsfrågan är en fråga av juridisk och rättspolitisk natur.²⁹ Enligt Nordell är det dock att gå för långt att frånta nämnden kompetens att generellt bedöma intrångsfrågan.³⁰

2.2.3 Skyddsförutsättningar

2.2.3.1 Originalitetskravet

Den grundläggande skyddsförutsättningen för att ett verk skall uppnå upphovsrättsligt skydd är kravet på originalitet. Verket skall härröra från upphovsmannen själv som ett resultat av en personligt skapande insats. Originalitet är ett krav på verkets ursprunglighet och individualitet.

Upphovsrätten uppställer inte något absolut skydd. Upphovsrätten ger skydd mot oauktorerat eftergörande och utnyttjande. Det räcker med en subjektiv nyhet för upphovsrättsligt skydd. En formgivare kan göra anspråk på upphovsrätt om han självständigt och genom egen personlig insats skapat ett verk. På detta sätt kan ett verk som är tämligen likt ett annat verk ändå komma att skyddas.

Enligt den allmänna internationella upphovsrättsliga doktrinen har det fastslagits att upphovsrätt inte får göras beroende av konstnärliga kvalitetskrav. Så länge det talas om ren konst, så kan det hållas fast vid upphovsrättens frihet från värderingar fullt ut. När det gäller ren konst så är variationsmöjligheterna oändligt många. Frågan om upphovsrätt uppstår

²² Tidigare kallad Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd.

²³ Prop. 1969:168, s. 136.

²⁴ Se Opinionsnämndens stadgar 1 §.

²⁵ Nordell, Rätten till det visuella, s. 137.

²⁶ Bernitz, NIR 1994 s. 359.

²⁷ NJA 1994 s. 74, se rättsfallsreferat nedan.

²⁸ Karnell, NIR 1994 s. 86.

²⁹ Bernitz, NIR 1994 s. 359.

³⁰ Nordell, Rätten till det visuella, s. 143.

först när ett verk blivit otillåtet kopierat. En prövning som kan tillämpas är: det som är värt att kopiera är prima facie också värt att skydda. Denna prövning lämpar sig dock mindre bra vad gäller brukskonst, som är ett exempel på så kallad använd konst.³¹

Angående leksaker, så finns det ett behov av att äga sådana och detta leder till ett behov av att producera leksaker fabriksmässigt. Om det jämförs med den rena konsten är variationsutrymmet inte lika stort vad gäller brukskonst. En leksaksbil måste exempelvis ha vissa delar för att bli ändamålsenlig.

En allt för stark och omfattande upphovsrätt skulle kunna medföra allt för stora konkurrensbegränsningar, vilket inte är bra ur samhällsekonomisk synvinkel. Det upphovsrättsliga skyddet måste därför vägas mot intresset av en effektiv konkurrens.³²

2.2.3.2 Kravet på verkshöjd

På brukskonstområdet har rättsliga samt utomrättsliga avgöranden haft en viss tendens att ställa upp krav på kvalitet. Verkshöjd är det begrepp, som man brukar använda sig av för att fastställa den individuella kvaliteten. Begreppet avser uttrycka att det inte handlar om ett vanligt smakbestämt kvalitetskrav, utan ett särskilt krav på verkets beskaffenhet. I rättspraxis och doktrin har även ordet särprägel kommit att användas.³³ Det uppställs inga hinder för att industridesign som uppfyller verkshöjdskravet även skyddas av mönsterrätten. 10 § 1 st. URL ger uttryck för principen att det är möjligt att uppnå dubbel skydd.

Om man studerar Opinionsnämndens praxis från senare år kan det urskiljas en benägenhet till en mildare bedömning av förutsättningarna för fastställandet av verkshöjd på brukskonstens område, om man jämför med den strängare bedömning som förespråkades vid införandet av ML.³⁴ I dagsläget får det emellertid anses tämligen oklart hur verkshöjdsbegreppet för brukskonst skall tillämpas.

Ett mål som troligtvis kommer att få stor betydelse för hur man skall se på verkshöjdskravet vad gäller brukskonst är Mini Maglite-målet³⁵, vilket fått prövningstillstånd till Högsta domstolen.³⁶

HovR:n över Skåne och Blekinge, T916-05 (Mini Maglite)

Hovrätten konstaterade att verkshöjdsbedömningen kräver att det först fastslås vad som skall kunna beskrivas som en abstrakt nivå på gränsen för verkshöjd för det aktuella slaget av verk, i detta fall alster av brukskonst. Därefter återstår det att avgöra om verket når denna nivå.

³¹ Koktvedgaard & Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 80.

³² Ibid.

³³ Koktvedgaard & Levin, s. 82.

³⁴ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s.53.

³⁵ HovR:n över Skåne och Blekinge, mål nr. T916-05, (Mini Maglite) se rättsfallsreferat nedan.

³⁶ Högsta domstolens beslut, mål nr. T 1421-07 (Mini Maglite. Högsta domstolens beslut att bevilja prövningstillstånd).

I anledning av Mini Maglite-målet har en rad auktoriteter på immaterialrättsområdet uttalat sig om kravet på verkshöjd. Rosén angav att kraven för upphovsrättsligt skydd allmänt måste betecknas som låga numera. Pehrson menade att kravet för verkshöjd sjunkit under de senare åren. Nordell anförde att verkshöjdskravet över tiden generellt sett har sjunkit för samtliga verkskategorier och att kraven för verkshöjd i Norden därför numera anses ligga lågt. Levin menade att upphovsrätt tillerkänns alster redan vid en relativt låg individualitetsnivå och att sänkning har skett successivt. Bernitz och Karnell å sin sida innehade en annan uppfattning. Bernitz framförde att det generellt torde gälla att högre skyddskrav ställs för industridesign än vad gäller för dekorativ brukkonst. Enligt honom är det i full överensstämmelse med gällande rätt att tillämpa stränga krav på verkshöjd på industridesignens område. Karnell hade för åsikt att det inte skall ställas några låga krav för upphovsrättsligt skydd för det aktuella verksslaget.³⁷

Det har kommit att riktas kritik mot verkshöjds läran, exempelvis så står den i strid med vissa gemenskapsdirektiv³⁸ på det upphovsrättsliga området. Dessa direktiv bygger på ett renodlat upphovsrättsligt originalitetskrav, vilket innebär att det skyddbara verket är självständigt skapat av upphovsmannen och att det inte får ställas andra krav än originalitet i den mening att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.³⁹ Även om verkshöjds läran har kritiserats, så finns det exempel i praxis där HD fortfarande använder sig av termen.⁴⁰

Nedan presenteras ett antal rättsfall vilka visar på hur domstolen bedömt verkshöjdsfrågan vad gäller brukskonst.

NJA 1994 s. 74 (Smultron)

Fallet gällde ett tyg med avbildade smultron som mönster. Enligt HD uppvisade smultronmönstret den självständighet och särprägel som krävdes för att det skulle skyddas enligt URL. HD anförde att skyddsomfånget för mönstret skulle bestämmas med beaktande av verkets originalitet. Mönstret var emellertid uppbyggt av välkända och naturalistiskt återgivna komponenter och dess innehåll var inte unikt. Mönstrets särprägel bestod av designerns sätt att konstnärligt utnyttja de givna elementen. Mot denna bakgrund fick skyddsomfånget anses vara relativt begränsat. HD konstaterade emellertid att skyddsomfånget inte borde omfatta endast skydd mot direkt kopiering utan även skydd mot framställning av ett annat mönster som sett som en helhet, företog en påfallande likhet med det skyddade verket.

Smultronavgörandet ledde till en livlig debatt angående brukskonstskydd. Enligt Bernitz bör det fästas stor vikt vid verkshöjdsbedömningen i Smultron-målet för hela brukskonstområdet.⁴¹ Uttalanden i målet ger stöd för upphovsrättsligt erkännande med snäv likhetsbedömning.

³⁷ Se sammanfattade kommentarer från rättsutlåtanden i HovR:n över Skåne och Blekinge, mål nr. T916-05 (Mini Maglite).

³⁸ EG-direktiven 91/250/EEG om datorprogram, 93/98/EEG om skyddstider och 96/9/EEG om databaser.

³⁹ Koktevedgaard & Levin, s. 82 f.

⁴⁰ Se NJA 2004 s. 149 (Golvskiva).

⁴¹ Bernitz, NIR 1994 s. 357.

NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika)

HD tillerkände en stickad tunika upphovsrättskydd. HD konstaterade inledningsvis att ML ej hade gett ett tillfredställande skydd för produkter av brukskonst på det sätt som hade förutsetts vid lagens tillkomst. HD ansåg att Tunikan genom sin balans mellan olika sticktekniker och genom kombinationen mellan överdelen och den utsvängda kjolliknande underdelen uppvisade en sådan individuell och konstnärlig gestaltning att den utgjorde ett upphovsrättsligt skyddat alster av brukskonst.

NJA 1995 s. 631 (Sundborn)

Målet gällde ett spørsmål om sannolika skäl visats föreligga för intrång i upphovsrätt. HD konstaterade att mönstret på en servis genom sin formkomposition samt balans mellan färg och form ansågs uppvisa en sådan individuell och konstnärlig gestaltning att sannolika skäl förelåg för att Sundborndekoren åtnjöt upphovsrättsligt skydd. Domstolen konstaterade vidare att skyddsomfånget för dekoren fick anses vara begränsat med hänsyn till att den byggde på traditionella och enkla formelement liksom förekommande färgsättningar inom allmogestilen.

RH 1997:13 (Kriss-jackor)

Hovrätten fann att tre trikåjackor utgjorde verk som alster av brukskonst enligt URL. Formgivningen ägde individualitet och självständighet. Helhetsintrycket av produkten gav prov på en formgivningsinsats med originalitet som medförde brukskonstskydd. Hovrätten ansåg därmed att verkshöjd förelåg.

Svea hovrätt, målnr. T8982-5 (Fjällräven-jacka)

Hovrätten kom fram till att en dunjacka uppfyllde kraven för upphovsrättsligt skydd. Hovrätten ansåg att förhållandet att det estetiska syftet med formgivningen först kom i andra hand, efter frågan om funktion och kvalitet, inte omöjliggjorde att jackan skulle kunna åtnjuta upphovsrättsligtskydd som ett alster av brukskonst. Domstolen fann att det skulle tas utgångspunkt i de formmässiga förebilder som fanns när jackan skapades, för att kunna bedöma om dunjackan hade tillräcklig grad av särprägel och individualitet. Domstolen kom fram till att jackan skiljde sig i flera avseenden. Fjällrävens dunjacka hade en kombination av detaljer som de tidigare jackorna inte hade. Sammantaget gjorde det dunjackan särpräglad vilket visade på ett självständigt skapande.

HovR:n över Skåne och Blekinge, mål nr. T916-05 (Mini Maglite)

Hovrätten fann i motsats till Opinionsnämnden och Tingsrätten att en stavficklampa inte uppfyllde kraven för verkshöjd. Hovrätten fann att det, varken i rättspraxis eller i de resonemang som förts i utlåtandena, fanns något som gav anledning till slutsatsen att kraven på verkshöjd för upphovsrättsligt skydd för industridesign, skulle ha sänkts i förhållande till de avsikter som kom till uttryck i prop. 1969:168. Enligt propositionsuttalandena bör det, vid bedömningen av på vilken nivå kravet på verkshöjd ska läggas, tas hänsyn till om variationsutrymmet för formgivaren är begränsat. I detta fall ska bedömningen avse helhetsintrycket i jämförelse med helhetsintrycket av varje annan form som fanns tillgänglig då Mini Maglite kom till. Domstolen sammanfattade att det formmässigt nya med Mini Maglite var att det var fråga om en stavlampa i fickformat och att den inte hade någon synlig strömbrytare. Övriga element utgjorde variationer på redan kända lösningar. Lampan gav ett tilltalande helhetsintryck. Helhetsintrycket var dock inte sådant att det kunde anses uppfylla det rätt stränga krav som skall ställas för att alster av brukskonst ska tillerkännas verkshöjd.

Ovan anförda rättsfall visar på att domstolen ofta använder begrepp som självständighet och särprägel vid fastställandet av upphovsrättsligt skydd för brukskonst. Individuell och konstnärlig gestaltning är andra uttryck som kommit till användning. Det kan även konstateras att helhetsintrycket är det avgörande när det skall avgöras huruvida en formgivning uppfyller kravet på verkshöjd.

2.2.3.3 Dubbelsskapandekriteriet

För att objektivisera bedömningen har ett s.k. dubbelskapandekriterium kommit till användning som ett hjälpkriterium för att fastställa verkshöjd. För att ett alster skall kunna skyddas av upphovsrätt krävs det en avsaknad risk för dubbelskapande.⁴² HD konstaterar att kriteriet uppnått förhållandevis bred acceptans i doktrinen som hjälpregel för vad som krävs för verkshöjd.⁴³ I propositionen till ML anförde departementschefen att det borde vara ett krav för upphovsrättsligt brukskonstskydd ”att produkten fått en sådan individuell och konstnärlig gestaltning att risken för att samma produkt också skall framkomma genom annans självständiga skapande är obefintlig eller i varje fall mycket ringa”.⁴⁴ Även i senare lagstiftningsarbeten har dubbelskapandekriteriet kommit till användning.⁴⁵ Opinionsnämnden hänvisar till dubbelskapandekriteriet som den hjälpnorm som skall användas vid bedömningen av vad som skall utgöra upphovsrättsligt skyddad brukskonst.⁴⁶ Dubbelskapandekriteriet har även frekvent kommit att tillämpas av domstolarna.⁴⁷ HD har emellertid uttryckt att verkshöjd inte kan bestämmas uteslutande på risken för oberoende dubbelskapande.⁴⁸ Intrång i ett eventuellt verk som möjligen kan skyddas av upphovsrätten blir en fråga om verkets särprägel, men även en fråga om grad av likhet.⁴⁹

Nordell har i sin artikel, *Dubbelskapande i teori och praktik*, ifrågasatt dubbelskapandekriteriet. Han anser att en bedömning som grundas på dubbelskapandekriteriet förknippas med stora vanskligheter.⁵⁰

2.2.4 Funktionellt betingad formgivning

Enligt Nordell råder det inte någon tvekan om att den skyddsförtjänta originaliteten när det gäller brukskonst till inte ringa del ligger just i förmågan att kombinera form och funktion.⁵¹ I praxis har vissa utpräglade funktionella produkter ansetts skyddade som alster av brukskonst.⁵² Även en sax från Fiskars har ansetts vara skyddad som alster av brukskonst, men endast enligt de äldre bestämmelserna om det tioåriga skyddet för alster av konstantverk och konstindustri.⁵³ I Mini Maglite-målet förde Hovrätten en

⁴² Kocktvedgaard, & Levin, s. 182 f.

⁴³ Se NJA 2004 s. 149 (Golvsåviva)

⁴⁴ Prop. 1969:168 s. 135.

⁴⁵ Se Prop. 1988/89:85, s. 27.

⁴⁶ Se exempelvis SFO yttrande nr. 134 (Diabelle).

⁴⁷ Kocktvedgaard & Levin, s. 183, se exempelvis NJA 2002 s. 178 (Drängarna).

⁴⁸ NJA 2004 s. 149 (Golvsåviva)

⁴⁹ Kocktvedgaard & Levin, s. 183.

⁵⁰ Nordell, NIR 1995 s. 631.

⁵¹ Nordell, Rätten till det visuella, s. 140.

⁵² Svea HovR, dom den 27 april 1974 (Observer 17 – motorbåt), Göta HovR, dom den 27 april 1978 (Kevi - klådrulle).

⁵³ SFO yttrande nr. 121 (Fiskarssax).

diskussion kring funktionellt betingad formgivning. Enligt Hovrätten så var det uppenbart att lampans form huvudsakligen var funktionellt betingad och att formen närmast fullständigt anslöt till grundformen för en stavficklampa. Domstolen konstaterade dock att detta inte uteslöt att formen givits sådana särdrag att helhetsintrycket av ficklampan når upp till det rätt stränga verkshöjdskrav som skall tillämpas.⁵⁴ Som ovan nämnts konstaterade emellertid Hovrätten att upphovsrättsligt skydd för Mini Maglite ej förelåg. Generellt sätt kan det dock konstateras att chanserna minskar för att skapa en individuell och särpräglad formgivning när formgivningen är renodlat funktionell. I ett hovrättsfall har det konstaterats att ett visst båtskrov inte uppfyllde kraven för upphovsrätt, eftersom det handlade om en arbetsbåt där de praktiska funktionerna stått i centrum vid formgivningen och att formen inte gav uttryck för konstnärliga aspekter.⁵⁵

2.2.5 Intrång

2.2.5.1 Skyddsomfång

Då ett alster karakteriseras av enkla stilelement och funktionella former bör skyddsomfånget avgränsas tämligen snävt. Ju större originalitet och särprägel ett alster har, desto större blir även skyddsomfånget. Vad gäller brukskonstföremål, där variationsutrymmet ofta är begränsat och helhetsintrycket ofta är begränsat i graden av originalitet, blir skyddsomfånget ofta snävt. Det sker en subjektiv bedömning i varje enskilt fall och det är därför svårt att ange generella principer.⁵⁶ Vad gäller skyddsomfånget för brukskonst är den bästa lösningen enligt Koktvedgaard/

Levin att vara tämligen generös med det upphovsrättsliga skyddet, vilket innebär att individuellt präglade alster inte nekas ett upphovsrättsligt erkännande, men i gengäld inskränks av konkurrensskäl på skyddsomfånget. Skyddet syftar till att endast omfatta närgångna efterbildningar, slaviska efterbildningar och dylikt. I Smultron-målet kom domstolen att göra en helhetsbedömning av alla ingående intressen och den påstådda efterbildningens närmare egenskaper. På detta sätt skapades en elastisk lösning. Problemet blir inte en fråga om skyddbarhet, utan istället en fråga om skyddsomfång. Det blir upp till domstolen, i den konkreta situationen, att göra en lämplig avvägning.⁵⁷

2.2.5.2 Bevisfrågor

I Smultron-målet uppställdes även en viktig bevisbörderegler, vilken ansetts tillämplig på alla intrångsmål på brukskonstområdet:

”Den som gör gällande att det föreligger ett intrång i upphovsrätten till ett verk har bevisbördan för att en efterbildning skett. En framträdande likhet med det skyddade verket kan emellertid i och för sig anses utgöra ett starkt stöd för att det senare

⁵⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr. T 916-05 (Mini Maglite).

⁵⁵ RH 2002:11 (Robina fisk).

⁵⁶ Koktvedgaard & Levin, s. 182.

⁵⁷ Koktvedgaard & Levin, s. 81.

tillkomna alstret just är en efterbildning. Den som påstås ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt att det senare alstret framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skall anses föreligga.”⁵⁸

2.3 Det upphovsrättsliga skyddet tillämpat på leksakers formgivning

Vad gäller leksaksfigurer i form av dockor, keldjur och dylikt, som bygger på tidigare befintliga verk exempelvis figurer som förekommer i tecknade filmer eller bygger på seriefigurer som Walt Disney och Mumintroll, anser Koktvedgaard/Levin att dessa figurer utan tvekan har upphovsrätt. Vad beträffar andra figurer som har utvecklats till leksaker är skyddet mer oklart.⁵⁹

2.3.1 Leksaker - skyddade som alster av brukskonst

Nedan kommer jag att redogöra för tre fall där leksaker har ansetts vara skyddade av upphovsrätt. Eftersom praxis från HD är väldigt knapphändig vad gäller fall som rör upphovsrättsligt skydd för brukskonst har jag fått använda mig av ett antal fall från Svensk Forms Opinionsnämnd.

SFO yttrande nr. 133 (Kålungedockor)

Enligt Opinionsnämnden åtnjöt en av Briobolaget marknadsförd docka upphovsrättsligt skydd som alster av brukskonst. Opinionsnämnden fann att Briobolagets docka genom den speciella utformningen av ansiktet hade givits en sådan särprägel att risken för att en liknade docka skulle kunna framkomma också genom en annan persons självständiga skapande kunde uteslutas. Opinionsnämnden ansåg att med utgångspunkt i ansiktets karaktär, så hade dockan i sin helhet givits en logisk utformning. Dockan framstod som en individuell skapelse och bar prägel av konstnärlig egenart.



Bild 1. "Kålungedockan"⁶⁰

⁵⁸ NJA 1994 s. 74 (Smultron)

⁵⁹ Koktvedgaard & Levin, s. 94.

⁶⁰ Svensk Forms Opinionsnämnd, Upphovsrättsligt skydd för brukskonst, Yttranden 1976-1991, s. 59.

SFO yttrande nr. 203 (Babyskallra)

Opinionsnämnden fann att babyskallran "Gubben glad och ledsen" hade verkshöjd och att den således var upphovsrättsligt skyddad. Nämnden anförde att babyskallran återspeglade en pedagogisk idé och kännetecknades av ett enkelt formspråk, där cirkeln var ett konsekvent tillämpat tema – ett runt ansikte med svart/vita ögon, två cirkulära handtag, som även föreställde öron, samt en sida med en glad mun och en sida med en ledsen mun. Trots att formgivning var enkel innehöll den en rad genomarbetade detaljer. De svarta pupillerna hade olika placering på den glada respektive på den ledsna sidan, vilket gav de olika sidorna karakteristiska drag och tydliga mänskliga uttryck. Handtagen utmärkte sig genom att vara förhållandevis stora och tunna. De klara färgställningarna och handtagens randning förstärkte skallrans karaktärsfulla intryck. Sammanfattningsvis ansåg nämnden att helhetsintrycket av babyskallrans egenskaper gav uttryck för en konstnärligt självständig och originell form.

SFO yttrande nr. 207 (Babyskallra)

Babyskallran "Gubben glad och ledsen" har även varit uppe till bedömning i ett tvåpartsärende, i vilket Opinionsnämnden yttrade sig över huruvida en av en annan "formgivare" skapad skallra gjorde intrång i det upphovsrättsliga skyddet för "Gubben glad och ledsen". Opinionsnämnden fann att den senare formgivna skallran utgjorde intrång i upphovsrätten för "Gubben glad och ledsen". Nämnden framhöll att skyddsomfånget för "Gubben glad och ledsen" fick anses vara relativt begränsat med beaktande av att skallran skapats av förhållandevis enkla och naturalistiska komponenter. Skyddsomfånget var dock inte begränsat till enbart ett skydd mot direkt kopiering. Sammanfattningsvis ansåg nämnden att likheterna var så framträdande att helhetsintrycken ledde till att den senare formgivna skallran föll inom skyddsomfånget för "Gubben glad och ledsen". Enligt nämnden vore en motsatt slutsats att begränsa skyddsomfånget till enbart direkt kopiering. Nämnden ansåg att likheten mellan skallrorna var så framträdande att likheterna i sig utgjorde ett starkt stöd för att den senare formgivna skallran var en efterbildning. Nämnden ansåg att den påstodde intrångsgöraren inte gjorde det sannolikt att skallran framtagits självständigt i förhållande till skallran "Gubben glad och ledsen".



Bild 2. "Gubben glad och ledsen"⁶¹ Originalt syns överst.

⁶¹ Svensk Forms Opinionsnämnd, Upphovsrättsligt skydd för brukskonst, Yttranden 1992-2000, s. 106 och 107.

SFO yttrande nr. 122 (Gunghäst)

Opinionsnämnden fann att en gunghäst var skyddad såsom alster av konsthantverk och konstindustri enligt 1960 års upphovsrättslag i dess lydelse före den 1 oktober 1970. Opinionsnämnden fann att gunghästens formgivare hade lyckats samordna geometriskt enkla element till en väl avvägd, proportionerlig helhetskomposition. Enligt nämndens mening var gunghästen resultat av en konstnärlig insats och den hade inte utförts med någon annan gunghäst som förebild. Hästen innehade således självständighet. Vad gäller skyddsomfånget konstaterade nämnden att för det var snävt begränsat och att skydd endast kunde påkallas mot efterbildningar som kom originalet synnerligen nära. Nämnden fann att en gunghäst producerad SCM-bolaget uppvisade en med den tidigare gunghästen nära nog identisk formlösning. SCM-bolagets häst ansågs därför vara en olovlig efterbildning.

2.3.2 Leksaker – ej skyddade som alster av brukskonst

Nedan kommer jag att redogöra för ett antal fall där leksakernas formgivning inte ansetts ha varit upphovsrättsligt skyddad såsom alster av brukskonst.

SFO yttrande nr. 142 (LOTS-A-LOTS-A-LEGGGGGGS)

Opinionsnämnden fann att ett mjukstoppat leksaksdjur i form av en tusenfoting ej var att anse som alster av brukskonst. Leksaksdjuret åtnjöt således inget skydd enligt URL. Opinionsnämnden ansåg att utformningen ej gav uttryck för upphovsmannens individualitet och att den ej bar sådan särprägel att upphovsrättslig verkshöjd ansågs föreligga. Opinionsnämnden ansåg vidare att formgivningen gav vid handen att produkten var ett helt vanligt, om än omfattande och tidskrävande, rutinarbete styrt av tillverkningsmetoder. I förhållande till andra leksaksdjur i form av tusenfotingar har LOTS-A-LOTS-A-LEGGGGGGS inte konstnärlig egenart. Opinionsnämnden anförde att produkten som ny i första hand borde ha skyddats av mönsterrätt. Tre ledamöter var dock skiljaktiga i fallet och dessa ansåg att leksaksdjuret utgjorde ett alster av brukskonst med skydd enligt URL. De ledamöterna fann att leksaksdjuret hade givits en form där spelet mellan detaljer och helheten var konsekvent utförd och gav intryck av en personlig präglad skaparinsats som låg på upphovsrättslig skyddsnivå. Formgivningen samspelade färg- och rörelsemässigt och gav produkten särprägel och individualitet som uppfyllde kraven på verkshöjd. Formen var visserligen enkel och okomplicerad, men de skiljaktiga ansåg ändå att det förelåg en mycket ringa risk för att ett oberoende dubbelskapande skulle kunna äga rum.



Bild 3. "Lots-a-lots-a-leggggggs"⁶²

⁶² Svensk Forms Opinionsnämnd, Upphovsrättsligt skydd för brukskonst, Yttranden 1976-1991, s. 80.

SFO yttrande nr. 143 (Hästfigurer m.m.)

Opinionsnämnden fann att tre olika "My Little Pony"-produkter inte hade skydd som alster av brukskonst. Det handlade om en förpackning, en barnbok och en nyckelring. Opinionsnämnden kunde inte ta ställning till de varumärkesrättsliga frågorna, inte heller huruvida det skett ett intrång i eventuell upphovsrätt för bildkonst. Vad gäller barnboken var nämnden av den uppfattningen att den inte gav prov på sådan bokkonst som kunde vinna skydd som alster av brukskonst. Vad sedan angår nyckelringen i vilken hänger en häst, kom Opinionsnämnden fram till att dess form och uttryck inte hade verkshöjd. Dubbelskapande av hästens form kunde inte heller uteslutas. Nämnden konstaterade att produkterna principiellt föll inom de kategorier av formgivning, vilken när den är ny, i första hand är tänkt att skyddas med mönsterskyddslagstiftning och känneteckensrättslig lagstiftning.

SFO yttrande nr. 147 (Leksaksdjur)

Opinionsnämnden fann att Kalikås leksaksdjur inte utgjorde alster av brukskonst, trots att formgivningsinsatsen ej var utan förtjänster med avseende på produktens identitet och syfte. Utformningen gav dock ej uttryck för upphovsmannens individualitet och bar ej tillräcklig särprägel eller originalitet för att upphovsrättslig verkshöjd för brukskonst skulle anses föreligga. Något intrång i Kalikås upphovsrätt som brukskonst kunde därmed inte föreligga.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, T 826-04 (Nalle Puh)

Disney gjorde gällande att Nalle Puh skulle ses som ett konstnärligt verk, såväl som alster av bildkonst som alster av brukskonst, vilket bolaget hade upphovsrätten till. Disney hävdade att den av Harlequin importerade nallebjörnen var en efterbildning av detta verk samt att Harlequins förfarande att för spridning importera 25000 mjukisdjur innebar intrång i Disneys upphovsrätt. Tingsrätten konstaterade att de olika teckningarna av Nalle Puh som åberopats i målet uppvisade tillräcklig originalitet för att åtnjuta skydd som verk. Detta gällde även utformningarna av den figur som förkom i den förevisade filmen. I detta fall rörde det sig om alster av bildkonst. Tingsrätten anförde att skyddsomfångets omfattning skulle bestämmas utifrån hur Nalle Puh hade utformats på bilderna. Vad gällde huruvida mjukisdjuret kunde ses som ett alster av brukskonst, blev svaret nekande. Tingsrätten konstaterade att nallen inte var originell i förhållande till andra nallebjörnar, varken i sin helhet eller till någon del, att nallen i sig skulle kunna utgöra ett verk. Frågan kom att gälla huruvida mjukisdjuret Nalle Puh kunde ses som ett exemplar av bildkonstverket Nalle Puh. Tingsrätten fastslog att mjukisdjuret inte föll inom bildkonstverkets skyddsomgång och således hade Disney inte upphovsrätt till mjukisdjuret i fråga. I Hovrätten frånföll Disney sitt yrkande om att mjukisdjuret utgjorde ett alster av brukskonst. Hovrätten fann inga skäl att frångå Tingsrättens bedömning.

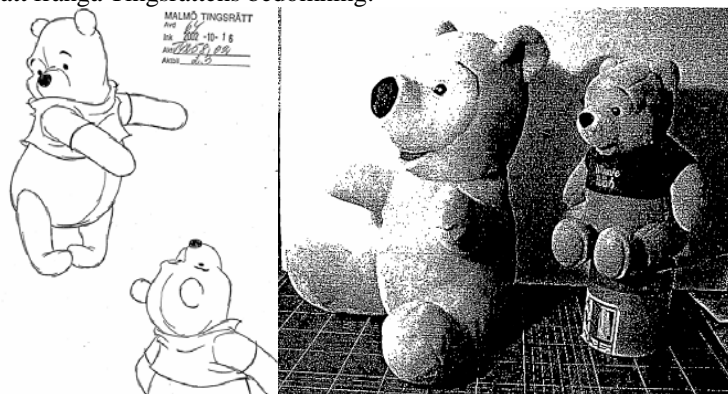


Bild 4. "Nalle Puh"⁶³ En av Disneys teckningar syns på den vänstra bilden. På den högra bilden syns Harlequins nallebjörn till vänster respektive Disneys nallebjörn till höger.

⁶³ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr. T 826-04 (Nalle Puh) (Bilaga 1 och 3).

2.3.3 Brukskonstbedömningen vad gäller leksaker

Enligt Nordell har Opinionsnämnden intagit en alltför sträng inställning till textila leksaksdjur, se ovan SFO yttrande nr. 142 (Tusenfoting) och yttrande nr. 147 (Leksaksdjur).⁶⁴ Vad gäller textilmönster i övrigt har textilmönster av relativt enkelt slag tillerkänts upphovsrättsligt brukskonstskydd av HD.⁶⁵ Även Opinionsnämnden har tillerkänt textilmönster av relativt enkelt slag skydd som alster av brukskonst.⁶⁶

Det kan konstateras att de textilmönster som givits skydd som alster av brukskonst är av enkelt slag. Såväl HD som Opinionsnämnden har tittat på helhetsintrycket av mönstret vid bedömningen om verkshöjd uppnåtts.

Beträffande leksaker av textil har Opinionsnämnden inte varit lika generös i sitt bedömande av huruvida verkshöjd föreligger. En babyskallra (SFO yttrande 203) har emellertid, av såväl Opinionsnämnden som Lunds Tingsrätt, ansetts ha verkshöjd. Skälet till att just denna textilformgivning ansetts skyddad kan ha sin bakgrund i att babyskallran var mer fantasibetonad och inte var en återangivelse av ett djur, vilka de övriga textilleksakerna var. Det torde således vara svårare att ge uttryck för sin individualitet och ge särprägel åt ett en utformning som har ett djur som förebild. I SFO yttrande 147 (Leksaksdjur) fann Opinionsnämnden att ”formgivningsinsatsen ej var utan förtjänster med avseende på produktens identitet och syfte”. Opinionsnämnden fann ändå att utformningen ej gav uttryck för upphovsmannens individualitet och formgivningen bar inte tillräcklig särprägel eller originalitet. Även dessa textila leksaksdjur måste sägas ha riktiga djur som inspirationskälla.

Man kan se att det upphovsrättsliga skyddet är betydligt mer generöst för textilmönster av relativt enkelt slag än för de textila leksakerna. Opinionsnämnden har i två fall⁶⁷ gällande textila mönster ansett att formgivningen var av sådant slag att den skulle anses ha verkshöjd för den produkttyp till vilka de kunde hänföras. Verkshöjdskraven tycks således ställas lägre vad gäller textila mönster.

Vad gäller beklädningsartiklar så har den förhärskande meningen varit att de inte har varit lämpliga för upphovsrätt och sådana artiklar var föremål för en undantagsbestämmelse i 1960 års lag. Idag talar emellertid flera rättsavgöranden för ett tämligen omfattande skydd.⁶⁸ Även Opinions-

⁶⁴ Nordell, Rätten till det visuella, s. 145.

⁶⁵ Se rättsfallsreferat ovan, NJA 1994 s. 74 (Smultron) och NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika).

⁶⁶ Se SFO yttrande nr. 145 (Röllakansmatta), SFO yttrande nr. 154 (Ripsmönster) samt SFO yttrande nr. 156 (Tulpantröja).

⁶⁷ Se SFO yttrande nr. 145 (Röllakansmatta), SFO yttrande nr. 154 (Ripsmönster).

⁶⁸ Se NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika), HovR f. Västra Sverige dom den 6.7.1995, RH 1995:125 (Kriss-jackor I), HovR f. Västra Sverige dom den 1.11.1996 (Kriss-jackor II)⁶⁸ och Svea hovrätt, mål nr. T8982-5 (Fjällräven-jacka).

nämnden har varit generös vad gäller skydd för beklädningsartiklar. Domstolarna har intagit denna uppfattning bl.a. beroende på att mönsterskydd inte är en lämplig skyddsform modevaror.

Ett skäl till varför leksaker har svårt att uppnå upphovsrättsligt skydd kan bero på att det skulle kunna vara svårare för en formgivare att ge uttryck för sin individualitet vid formgivning av leksaker i jämförelse med formgivning av andra typer brukskonst. Det förefaller även svårare att påvisa att leksaker bär särprägel och originalitet, särskilt när leksakerna har ett annat ting som förebild, exempelvis ett djur och många leksaker har ju ett annat ting som förebild.

2.3.4 Ska leksaker bedömas som en egen produkttyp?

Ett möjligt alternativ skulle kunna vara att bedöma leksaker som en egen produkttyp, likt beklädningsartiklar och textilmönster. Vad gäller modebranschen så har efterbildningsverksamheten länge varit omfattande och genom den tekniska utvecklingen har den blivit allt kännsbarare. Mönsterskyddslagen har inte kunnat ge ett tillfredställande skydd för modeprodukter. Det upphovsrättsliga skyddet för modeprodukter har således visat sig allt mer betydelsefullt. Från samhällssynpunkt föreligger det även starka skäl att försöka förhindra alltför långtgående efterbildningsverksamhet.⁶⁹ Vad gäller leksaksbranschen så förekommer även där en omfattande efterbildningsverksamhet. Mönsterskyddet synes emellertid fungera tillfredställande vad gäller skydd för leksakers utformning och det är troligtvis därför domstolen och Opinionsnämnden inte velat ge ett mer omfattande upphovsrättsligt skydd för leksaker. Troligtvis torde det således inte finnas skäl att bedöma leksaker som en egen produkttyp.

⁶⁹ Se NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika).

3 Mönsterskydd

3.1 Inledning

Den första svenska lagstiftningen för industriprodukters yttre form kom redan år 1753. Det var då gobelängvävars och senare sidenvävars mönster som skyddades. Först i våra dagar kom designskyddet att inbegripa alla slags produkter. Dagens skydd har även större praktisk betydelse. Mönsterskyddslagen tillkom 1970 och huvudsyftet med den nya mönsterrätten var att inrätta ett speciellt skydd för att stimulera till nyskapande och åstadkomma förbättrad design på bred front.⁷⁰ Idag är designskyddet helt harmoniserat inom EU genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG om mönsterskydd (mönsterdirektivet). Den 6 mars 2002 trädde förordning om gemenskapsformgivning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 (EG-FGF) i kraft. Förordningen är direkt tillämplig i medlemsstaterna och den skapar ett enhetligt mönsterskydd för EU. Mönsterdirektivet och EG-FGF innehåller i stort sett samma materiella bestämmelser. Förordningen innehåller vid sidan av det registrerade skyddet en möjlighet till ett oregistrerat skydd under tre år från den dag då formgivningen gjorts allmänt tillgängligt för allmänheten inom gemenskapen.⁷¹ EG-mönsterrätten är resultatet av en strävan efter ett ”designapproach”, vilket innebär att det tas hänsyn till mönstrets funktion på marknaden som ett viktigt marknadsföringsinstrument.

Numera finns det i Sverige tre möjliga sätt att skydda sin design: registrerat formgivningsskydd enligt EG-FGF, oregistrerad gemenskapsformgivning enligt EG-FGF och nationellt mönsterskydd enligt ML. I framtiden kan det även komma att bli möjligt för svenska sökanden att göra internationella designregistreringar enligt s.k. Haagarrangemanget. Detta system administreras av WIPO. 1999 antogs en ny ”Geneva Act of the Hague Agreement concerning International Registrations of Industrial Designs”. I SOU 2001:68 föreslås Sverige att gå med i denna konvention.

Syftet med mönsterskyddet är att erbjuda ett skydd åt ny och särpräglad formgivning. Skyddet omfattar både hantverks- och industriprodukter.⁷² Mönsterskyddet är ett skydd för en produkts eller produktfels utseende. Utseendet bestäms av själva produktens detaljer eller av detaljer i produktens utsmyckning.⁷³ Det är endast detaljer som kan uppfattas visuellt som får betydelse.⁷⁴ Enligt definitionen i 1 § 1 p. ML görs det ingen åtskillnad mellan prydnads- och nyttomönster, vilket medför att det inte uppställs några estetiska krav för att ett mönster skall omfattas av

⁷⁰ Se prop. 1969:168 s. 41 ff, SOU 1965:61 s. 60 ff, s. 95 och s. 102.

⁷¹ Koktvedgaard & Levin, s. 332.

⁷² Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 175.

⁷³ Se 1 § 1 p. ML.

⁷⁴ Prop. 2001/2002:121, s. 109.

definitionen.⁷⁵ Både tvådimensionella och tredimensionella föremål kan skyddas som mönster, förutsatt att det rör sig om en ”produkt”. Mönsterskyddet innebär ett skydd för en produkts utseende, inte dess idé eller funktion. Ett mönster kan skyddas i maximalt 25 år enligt 24 § ML.

Enligt motiven till ML var det beaktansvärt att stödja nyskapande inom den hantverksmässiga och industriella formgivningen. Genom mönsterskyddet skulle nyskapande formgivning uppmuntras. Formgivaren skulle få ensamrätt till sin formgivning, vilken skulle möjliggöra att han kunde få skälig ersättning för sin formgivning och på det sättet skulle han kunna få tillbaka de investeringar som han lagt ut på den nya formgivningen. De bakomliggande syftena till mönsterrätten påminner om syften bakom upphovsrätten. Men alla varor som är estetiskt tilltalande når inte upp till den konstnärliga standard som enligt propositionen fordras för att det skall skyddas som ett verk enligt URL. Mönsterskyddet erbjuder en komplettering till det upphovsrättsliga skyddet för att åstadkomma en förbättrad formgivning på bred front.⁷⁶

Som ovan nämnts kan brukskonst, däribland leksaker, skyddas av såväl upphovsrätt som mönsterskydd och det ena utesluter inte det andra. Då kravet på originalitet ställs tämligen lågt enligt URL, blir området för dubbelt skydd brett.⁷⁷

3.2 Skyddets uppkomst

Vad gäller grundprinciperna för en registrerad gemenskapsformgivning, så framgår de av kap. IV EG-FGF art. 35 ff. Ansökan skall insändas till OHIM i Alicante eller till PRV i Sverige. Om ansökan skickats in till PRV, så skall ansökan skickas vidare till OHIM inom två veckor. Kraven på ansökan om en registrerad gemenskapsformgivning är i stort sett samma krav som ställs på en svensk nationell mönsteransökan.⁷⁸

Enligt art. 11 blir en oregistrerad gemenskapsformgivning gällande så snart en design blivit offentliggjord inom gemenskapen, förutsatt att skyddsförutsättningarna är uppfyllda. Kravet på offentliggörande innebär att designen skall ha offentliggjorts vid normal yrkesmässig verksamhet i kretsar inom den berörda sektorn inom gemenskapen. Det krävs inte att designen skall ha blivit känd i gemenskapen som helhet och kretsen inom den berörda sektorn kan vara inom det egna landet eller en del därav.⁷⁹

En nationell mönsterregistrering sker hos PRV och gäller endast i Sverige. PRV gör endast en formell granskning, vilket innebär att det granskas om mönstret till sin art går att registrera, att mönstret inte strider mot goda seder

⁷⁵ Prop. 2001/2002:121, s. 109.

⁷⁶ Prop. 1969:168, s. 41.

⁷⁷ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 176.

⁷⁸ Kockvedgaard & Levin, s. 339.

⁷⁹ Ibid.

och allmän ordning och att mönstret inte innehåller statsvapen, statsflagga, statliga kontroll- eller garantibeteckningar m.m. Nödvändiga uppgifter om mönsterskaparen eller följande rättighetshavare måste finnas med liksom uppgifter om produkten samt bildmaterial eller modell. Om ett mönster uppfyller registreringsförutsättningarna blir det registrerat utan någon granskning av de materiella skyddsförutsättningarna. Invändningar mot ett mönster kan inte göras under registreringsförfarandet. Om en konkurrent anser att ett mönster blivit felaktigt registrerat får han göra en invändning mot mönstret först när det blivit offentliggjort i Registreringstidning för design.⁸⁰

3.3 Skyddsförutsättningar

För att en design skall kunna skyddas av mönsterrätten, krävs det att den är ny och särpräglad, enligt 2 § ML. Eftersom mönsterskyddet idag är harmoniserat inom EU, så har gamla prejudikat förlorat sin betydelse. Mönsterdirektivets syften gäller även för den svenska lagstiftningen och EG-domstolens praxis kommer att ha avgörande betydelse.

3.3.1 Nyhet

En design anses vara ny om inget identiskt mönster gjorts tillgängligt före registreringen eller prioritetsdagen. Enligt 2 § 2 st. ML, så avses med identitet även skillnader som endast föreligger i oväsentliga avseenden. För att ett mönster skall anses ha blivit allmänt tillgängligt kan mönstret ha offentliggjorts i samband med registreringsförfarandet eller på annat sätt. Det kan även ha visats, använts i yrkesmässig verksamhet eller annars ha blivit känt. En design skall dock inte anses allmänt tillgänglig om fackkretsar inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet i sin normala verksamhet inte rimligen kunde ha fått kunskap om de åtgärder som är nämnda i första stycket i 3 § ML dagen för registreringen eller före prioritetsdagen. Nyhetskravet är således inte längre absolut i den bemärkelsen att det inte får finnas någon nyhetsförstörande omständighet någonstans i världen.

I och med EG-harmoniseringen infördes en nyhetsfrist (grace period).⁸¹ Bestämmelsen innebär att en nyhet inte blir förstörd om det inom en period av tolv månader före registreringsdagen offentliggörs av formgivaren själv eller någon som kan härleda sin kännedom till formgivaren eller om offentliggörandet skett genom missbruk. I och med det gemenskapsrättsliga oregistrerade skyddet är produkten skyddad under nyhetsfristen. Om formgivaren vill ha ett registrerat skydd måste han ansöka om ett sådant innan nyhetsfristens utgång. Efter ansökan förvärvas en giltig registrerad

⁸⁰ Koktvedgaard & Levin, s. 339 f.

⁸¹ Se 3 a § ML.

mönsterrätt. Ansökan får dock inte strida mot redan gällande rätter.⁸² Den avgörande tidpunkten är dagen för ansökan eller prioritetsdagen. PRV prövar emellertid inte ex officio om det finns några materiella hinder mot en ensamrätt. PRV gör endast en begränsad förprövning. Ett mönsterskydd innefattar således endast en presumtion om en giltig rätt.

3.3.2 Särprägel

Av 2 § 1 st. ML framgår kravet på särprägel. Kravet preciseras närmare i paragrafens i 3 st. Enligt bestämmelsen anses ett mönster ha särprägel om en kunnig användares helhetsintryck av mönstret skiljer sig från helhetsintrycket av varje annat mönster som har gjorts allmänt tillgängligt vid ansökningsdagen eller prioritetsdagen. I 2 § ML presenteras ett skillnadskrav som skall bedömas utifrån marknadens normala kunskap. Det måste således föreligga en utseendemässig distans mellan tidigare kända mönster och det mönster som skall registreras. Det är mönstrets helhetsintryck som är avgörande för om kravet på utseendemässig distans är uppfyllt. Emellertid kan det noteras att i beaktandesats 13 till mönsterdirektivet anges att skillnaden skall vara "tydlig". Det nya kravet får dock anses vara ett lägre ställt krav än det tidigare gällande "väsentlig skillnad". Det skyddbara området har därmed sannolikt utvidgats.⁸³ I propositionen framhölls dock att kravet på särprägel i stort sett torde motsvara det krav på väsentlig skillnad som rådde innan direktivet implementerades. Den närmare betydelsen av begreppet särprägel får emellertid uttolkas genom praxis.⁸⁴ Det kan påpekas att begreppet särprägel i ML inte har samma betydelse som begreppet särprägel i URL.

3.3.2.1 Kunnig användares helhetsintryck

Att utgå från en kunnig användare är nytt för ML. Uttrycket förklaras dock varken i mönsterdirektivet eller i motiven till ML. Vem som kan betraktas som en kunnig användare får avgöras av rättstillämpningen.⁸⁵ Genom OHIM:s beslut i ogiltighetsärenden angående gemenskapsformgivning har viss praxis kommit att utkristalliserats. Ogiltighetskammaren konstaterar systematiskt att den kunnige användaren är "...familiar with the products of the type to which the community design relates."⁸⁶ Enligt doktrin, exempelvis Levin, är det önskvärt att kunskapsnivån hos den kunnige användaren inte ställs alltför hög gentemot vanliga konsumenter, eftersom det normalt är för den vanlige konsumenten som produkten framställs.⁸⁷

⁸² Se 4 § nr. 3 ML

⁸³ Levin, se not 14 till mönsterskyddslagen (1970:485), Karnov-Plus.

⁸⁴ Prop. 2001/02:121 s. 52 och s. 110.

⁸⁵ Prop. 2001/02:121 s. 52.

⁸⁶ Se exempelvis Decision of the invalidity division of 19/05/05, ICD 000000586 och 10/027/06, ICD 000000602.

⁸⁷ Levin, Levin Commentary, Kluwer Law International, s. 70.

3.3.2.2 Variationsutrymme

Vid bedömningen av om mönstret har särprägel skall enligt bestämmelsen i 2 § 3 st. ML hänsyn tas till det variationsutrymme som funnits för formgivaren vid framtagandet av mönstret. Paragrafens sista mening ger uttryck för att bedömningen inte behöver vara densamma över hela mönsterområdet.⁸⁸ Vid bedömningen av en produkts särprägel kan exempelvis hänsyn tas till mönstertätheten inom branschen. I en bransch med hög mönstertäthet ställs det lägre skillnadskrav. Detta medför emellertid att skyddsomfånget blir mindre (jfr. 5 § 2 st. ML).⁸⁹

Variationsutrymmet kan även vara begränsat på grund av att produkten i sig inte tillåter så många variationer.⁹⁰ Olika skillnadskrav kan således ställas upp beroende på vilken typ av föremål registreringsansökningen gäller. Av mönsterdirektivets ingress st. 13 framgår att särprägelbedömningen skall göras med beaktande av arten av den produkt på vilken mönstret har använts eller i vilken det ingår och i synnerhet den industrigren till vilken den hör samt graden av formgivarens frihet att utveckla mönstret.

3.3.3 Inte uteslutande funktionsbetingat

Att mönsterrätt är ett utseendeskydd och inte ett funktionsskydd framgår av 4 a § 1 st. nr 1 ML. En mönsterrätt får inte omfatta sådana detaljer i en produkts utseende ”som uteslutande är bestämda av produktens tekniska funktion”. Avsikten med bestämmelsen är att förhindra att mönsterskyddet används med intentionen att uppnå ett idéskydd.⁹¹ Funktionen som sådan, d.v.s. frigjord från formen, kan aldrig komma att skyddas. Design får dock gärna vara funktionell och enligt ML är det bara detaljer som är uteslutande funktionsbestämda som inte kan vara föremål för mönsterskydd.⁹² Enligt Levin är uteslutningen av rent funktionsbetingad formgivning snäv och den är bara avsedd för just de fall där det endast är den tekniska lösningen som bestämmer utseendet utan varje möjlighet i övrigt.⁹³

I paragrafen återfinns även den s.k. must-fit-bestämmelsen. Den innebär att skydd inte kan ges åt ett mönster som avser en mekanisk sammankoppling. Det s.k. Lego-undantaget är ett undantag till detta undantag. För att undantaget skall anses vara uppfyllt krävs att produkterna är sinsemellan utbytbara och kan fogas samman ett upprepat antal gånger inom ett modulsystem. LEGO-klossen har ofta angivits som ett exempel på ett sådant modulsystem, därav namnet på undantaget.⁹⁴ Anslutningsytorna i fråga skall ha betydelse

⁸⁸ Levin, se not 15 till mönsterskyddslagen (1970:485), Karnov-Plus.

⁸⁹ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren. s. 183f.

⁹⁰ Prop. 2001/02:121, s. 111.

⁹¹ Bernitz m.fl. s. 170.

⁹² Kocktvedgaard & Levin, s. 347.

⁹³ Levin, se not 26 till mönsterskyddslagen (1970:485), Karnov-Plus.

⁹⁴ Nordell, NIR 2005 s. 346.

för produktens helhetsintryck.⁹⁵ Undantaget skall tolkas snävt, eftersom bestämmelsen är ett klart undantag från huvudregeln.⁹⁶

3.4 Intrång

Mönsterinnehavaren har en befogenhet att vidta åtgärder endast mot sådana utnyttjanden av hans mönster som faller inom skyddsområdet. Skyddsområdet bestäms med hjälp av stadgandet i 5 § 2 st. ML, ensamrätten ”omfattar varje annat mönster som inte gör ett annat helhetsintryck på en kunnig användare än det registrerade mönstret”. Som ovan beskrivits skall hänsyn tas till ”det variationsutrymme som funnits för formgivaren vid framtagandet av mönstret”. Bestämmelsen om ett mönsters skyddsområde är utformad på det sättet att bestämmelsen överensstämmer med bestämmelsen om särprägel i 2 § ML. Som en följd av detta gäller samma normer vid prövningen av ett mönsters skyddsområde som vid prövningen av mönstrets särprägel som skyddsförutsättning.⁹⁷ Om kravet på skillnad mot tidigare mönster ställs lågt, så får mönsterinnehavaren endast befogenhet att ingripa mot mönster som ligger mycket nära hans eget.⁹⁸ Detta resonemang liknar Högsta domstolens resonemang i Smultron-målet. Det mesta tyder på att flertalet av mönster har ett relativt snävt skyddsområde och ofta omfattar skyddet inte mer än rena efterbildningar.⁹⁹

3.5 Oregistrerad gemenskapsformgivning

För oregistrerad gemenskapsformgivning gäller särskilda regler. Processuellt behandlas den oregistrerade rätten på samma sätt som en registrerad rätt, men materiellt behandlas den annorlunda. Enligt artikel 19.2 EG-FGF liknar skyddet det upphovsrättsliga skyddet, intrång sker ”endast om den bestridda användningen är ett resultat av att den skyddade formgivningen efterbildats”. I andra stycket stadgas att om designen ”är ett resultat av ett oberoende skapande arbete som utförts av en formgivare som man rimligen kan anta inte kände till den formgivningen som innehavaren gjort tillgänglig för allmänheten” är det inte fråga om efterbildning. Det kan skapas vissa bevisproblem, eftersom en oregistrerad gemenskapsformgivning inte ger någon prioritetsrätt. Antagligen kommer domstolarna att använda en liknande bevisvärdering som i upphovsrätten. För svensk del betyder det att domstolen kommer använda den bevisregel som kom till uttryck i Smultron-målet.¹⁰⁰

⁹⁵ SOU 2000:79 s. 63.

⁹⁶ Hakoranta, NIR 2005 s. 46, Nordell, NIR 2005 s. 436.

⁹⁷ Prop. 2001/02:121, s. 73.

⁹⁸ Benitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s.188.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Koktvedgaard & Levin, s. 333.

Om en svensk formgivare vill ha ett yttrande angående skydd för oregistrerad gemenskapsformgivning kan han vända sig till Svensk Forms Opinionsnämnd. 1 § i Svensk Forms Opinionsnämnds stadgar fastslår nämligen att Opinionsnämnden har till uppgift att som opartiskt organ avge yttranden om skydd för oregistrerad gemenskapsformgivning i tvistefrågor mellan parter.

3.6 Mönsterskyddet tillämpat på leksakers formgivning

Mönsterskyddet är ett skydd som lämpar sig väl för att skydda leksakers formgivning. Enligt Hauswolff på Brio, så använder sig Brio av mönsterskydd, där behovet finns, när koncernen skall skydda sina leksakers formgivning.¹⁰¹ Även Playsam använde sig i starten av sin verksamhet av mönsterskydd.¹⁰² En fördel med de nya bestämmelserna i ML är införandet av en grace period. Genom denna period har designinnehavaren en möjlighet att se hur försäljningen går och därefter ta ställning till om han skall satsa pengar på att mönsterregistrera sin formgivning. Det uppställs dock vissa krav för att detta skydd skall kunna uppnås, närmare bestämt krav på nyhet, särprägel och att formgivningen inte är uteslutande funktionsbetingad. Eftersom det krävs att formgivningen på leksaken uppfyller dessa krav, för att den skall kunna registreras kommer jag nedan att redogöra för dessa kriterier i förhållande till leksakers formgivning.

3.6.1 Nyhet

Nyhetskravet varierar inte mellan olika branscher och därför finner jag det inte nödvändigt att gå in mer på det.

3.6.2 Särprägel

3.6.2.1 Skillnadskravet

Enligt 2 § 3 st. ML anses ett mönster ha särprägel om en kunnig användares helhetsintryck av mönstret skiljer sig från helhetsintrycket av varje annat mönster som har gjorts allmänt tillgängligt.

I ett beslut från PRV nekades Brio mönsterskydd för två i en leksaksbyggsats ingående byggelement. Fallet gick ända upp till Regeringsrätten, men det kom ej att ändras.

AB-145/84 (Leksaksbyggsats)

¹⁰¹ Hauswolff, Claes, telefonintervju, 07-06-20.

¹⁰² Zedig, Carl, intervju, Kalmar, 07-08-03.

PRV avslag ansökningarna och anförde att mönstren inte väsentligen syntes skilja sig från de mönster till lekblock som tidigare blivit kända genom tidigare mönsteransökan och registrering. PRV anförde att skillnaderna beträffande grundformen respektive hålkonfigurationen inte hade givit de nu sökta mönstren ett så nytt helhetsutseende att skillnadskravet i ML hade blivit uppfyllt.

Det är möjligt att fallet skulle ha bedömts annorlunda om det hade avgjorts idag. Numera uppställs det inte något krav på att ett mönster skall skilja sig *väsentligt* från tidigare mönster för att få ett nytt helhetsutseende och därigenom uppfylla skillnadskravet. Detta var dock ett krav som uppställdes i den gällande lagen vid den tidpunkt då mönsterregistrering söktes för leksaksbyggsatsen .

3.6.2.2 Variationsutrymme

Variationsutrymmet i leksaksbranschen är många gånger tämligen begränsat. Många leksaker liknar varandra mycket och om exempelvis en ny leksaksbil eller docka skall formges, så är det rätt så troligt att produkterna, till viss del, kommer att likna de produkter som redan finns på marknaden. Frågan är hur mycket de nya leksakerna kan likna redan befintliga leksaker? Det är även vanligt att leksaker har verkliga objekt som förebilder, exempelvis har leksaksbilar ofta ”riktiga” bilar som förebilder.

Som ovan nämnts så framgår det av mönsterdirektivets ingress st. 13 att särprägelbedömningen skall göras med beaktande av arten av den produkt på vilken mönstret har använts eller i vilken det ingår och i synnerhet den industrigren till vilken den hör samt graden av formgivarens frihet att utveckla mönstret. Således kan bedömningen skilja sig beroende på vilken typ av leksak det gäller. Nedan kommer jag att redogöra för två olika mål. Det första handlar om leksaksbilar, medan det andra angår dockor.

PBR 1995-12-15 (Ferraribil)

Målet gällde en leksaksbil. PBR fann att även om den mönstersökta leksaksbilen av naturliga skäl hade det karakteristiska ”Ferrariutseendet”, så medförde ändå de många redovisade detaljskillnaderna vad avsåg bl.a. framparti med framstötffångare, sidoytorna under sidofönstren, bakstötffångaren samt avgasrörens antal och placering, med hänsyn till den mönstertäthet som rådde på området, att det sökta mönstret fick anses skilja sig tillräckligt från vad som tidigare blivit känt genom motanförlagda registreringar för att kunna registreras.

Målet visar följaktligen på att det råder mönstertät vad gäller leksaksbilar med ”Ferrariutseende” och således krävdes det inte lika stora skillnader, jämfört med om det hade varit ett område med väldigt få registrerade mönster.

I det andra målet kom domstolen fram till ett motsatt beslut. Målet är ett beslut från OHIM gällande en ogiltighetstalan avseende en registrerad formgivning av en docka.

Decision of the Invalidity Division, ICD 000000461

Produktens funktion ansågs inte begränsa formgivarens frihet i någon betydande omfattning. Innehavaren av formgivningen gjorde emellertid gällande att formgivningen

varit begränsad därför att denne måste hålla sig till vissa givna parametrar för att hitta den terapeutiska balansen mellan mänsklighet, empati och praktiska aspekter gällande tillverkning och användning. Innehavaren av formgivningen hävdade att i den terapeutiska användningen av dockor, så har små skillnader visat sig ge mycket bättre resultat. Enligt innehavaren visade detta på att dessa små skillnader har stor betydelse. Innehavaren hävdade härvid att deras formgivning gav ett annat helhetsintryck på en kunnig användare jämfört med den tidigare existerande dockan som sökanden hade åberopat som grund för sin ogiltighetstalan. Kammaren fastställde att kravet på särprägel (individual character) inte var uppfyllt. Kammaren konstaterade att den kunnige användaren var bekant med formgivningen av dockor. Han behöver dock inte nödvändigtvis vara skolad inom det terapeutiska området, eftersom användandet av dockor inte endast är begränsad till terapi. När den kunnige användaren skall bestämma formgivningens helhetsintryck skall han ta i beaktande graden av frihet vid formgivningen. I förhandenvarande fall är den kunnige användaren medveten om att graden av formgivarens frihet är begränsad endast till den del att dockor oftast har en kropp med huvud, armar och ben. Det föreligger emellertid inga begränsningar vad gäller utformningen av dockan i en mänsklig eller fantasifull stil. Formgivaren var inte tvungen att hitta en terapeutisk balans mellan mänsklighet, empati och praktiska aspekter gällande tillverkning och användning. Även om en sådan begränsning skulle accepteras, så kan det inte accepteras att dessa dockors ansikten liknar varandra så mycket mot bakgrund av att det existerar miljarder människor med olika ansikten. Kammaren fann att innehavarens formgivning och den tidigare existerande formgivningen gav samma helhetsintryck för en kunnig användare p.g.a. att dockorna hade liknade proportioner och liknade babylika ansikten samt den nästintill identiska gestaltningen av dockornas kroppar. Skillnaden på formen av dockornas näsor gjorde inte att man kom till någon annan slutsats. Den registrerade gemenskapsformgivningen kom således att ogiltigförklaras genom kammarens beslut.



Bild 5.¹⁰³ Till vänster syns den docka vars mönsterregistrering upphävdes i och med OHIM:s beslut.

I detta mål blev utgången en annan om man jämför med Ferraribil-målet. Vad gäller en docka är det troligtvis lättare att differentiera denna typ av leksak, särskilt lätt torde det vara att differentiera dockans ansikte med hänsyn till, som ovan nämnts, att det existerar miljarder människor med olika ansikten. Formgivaren är således inte begränsad i sin formgivningsinsats.

3.6.2.3 Den kunnige användaren

När det skall bestämmas om en leksaks formgivning är särpräglad skall det utgå från en kunnig användares helhetsintryck. Vem är denne kunnige

¹⁰³ ICD 000000461, s. 2 och 3.

användare? I målet gällande ogiltighetstalan avseende en registrerad formgivning av en docka konstaterar kammaren att den kunnige användaren är bekant med dockor. Användaren behöver dock inte vara skolad inom det terapeutiska området, eftersom användandet av dockor inte är begränsat till terapi.¹⁰⁴ Man kan i detta läge föra en diskussion kring om denna kunnige användare skulle kunna vara ett barn, eftersom dockor och andra leksaker oftast riktar sig till just barn. Det är ju till största delen barn som använder, närmare bestämt leker med leksaker. Således borde ett barn kunna vara den kunnige användaren. Här uppställs dock ett krav på att användaren skall vara kunnig för att kunna avgöra huruvida helhetsintrycket skiljer sig från produkter som redan finns på marknaden. Flertalet barn torde uppfylla kriteriet om att den kunnige användaren skall vara bekant med dockor. Alla barn kan emellertid inte antas ha denna typ av kunskap. Det kan antas att föräldrarna innehar denna kunskap, eftersom det troligtvis är de som köper barnets leksaker. När det emellertid rör sig om leksaker som riktar sig till äldre barn blir denna diskussion relevant. Dessa barn kan ju ha kunskap om leksaker.

OHIM:s ogiltighetskammare har konstaterat att den kunnige användaren är ...familiar with the products of the type to which the community design relates.¹⁰⁵ Även detta uttalande ger ett stöd för att ett barn skulle kunna vara den kunnige användaren eftersom leksaker riktar sig till barn och många barn är bekanta med denna typ av produkter.

Som ovan anförts har Levin uttryckt att det är önskvärt att kunskapsnivån inte ställs alltför högt gentemot konsumenter.¹⁰⁶ Det torde således inte behövas någon expertkunskap för att kunna avgöra huruvida en leksaks formgivning skiljer sig från formgivningen på de leksaker som redan finns på marknaden.

3.6.3 Inte uteslutande funktionsbetingat

Leksaker formgivning som är uteslutande bestämd av produktens tekniska funktion går inte att registrera. Således kan inte en leksaks funktion skyddas som sådan, d.v.s. frigjord från formen. Uteslutningen av rent funktionsbetingad formgivning är snäv och den är bara avsedd för just de fall där det endast är den tekniska lösningen som bestämmer utseendet.¹⁰⁷ Många leksaker har även en estetisk sida bredvid den funktionella sidan och så länge syftet inte är mönsterskydda en speciell leksaks funktion torde mönsterskydd kunna erhållas för leksaken ifråga.

Sammankopplingsdelar kan inte mönsterskyddas, dock kan byggklossar som är sinsemellan utbytbara och som kan fogas samman ett upprepat antal gånger inom ett modulsystem mönsterskyddas i sin helhet enligt LEGO-

¹⁰⁴ Decision of the Invalidity Division, ICD 000000461

¹⁰⁵ Se exempelvis Decision of the invalidity division, ICD 000000586 och ICD 000000602.

¹⁰⁶ Levin, Levin Commentary, Kluwer Law International, s. 70.

¹⁰⁷ Levin, se not 26 till mönsterskyddslagen (1970:485), Karnov-Plus.

undantaget i 4 a § 2 st. ML. LEGO propagerade av lätt begripliga skäl för en begränsning av must fit-undantaget.¹⁰⁸

3.6.4 Oregistrerat skydd

Det oregistrerade skyddet som kan erhållas enligt EG-FGF lämpar sig väl för leksaker. Det oregistrerade skyddet passar mycket bra för sektorer som typiskt sett har korta produktcyklar och ett exempel på en sådan sektor är just leksaksindustrin.¹⁰⁹ Hauswollf på Brio-koncernen menar att mycket av det som säljs ute i affärerna, säljs under 12-24 månader och då hinns inte en registrering med.¹¹⁰ Det oregistrerade skyddet kan vid det tillfället vara en hjälp mot oönskade plagiatorer. Om en medlemsstat till EU avgör ett fall om skydd för oregistrerad gemenskapsformgivning får det effekt i hela gemenskapen, på grund av att det är grundat på EG-FGF med en enhetsrätt.¹¹¹

Ett av de första avgörandena om skydd för oregistrerad gemenskapsformgivning gällde leksaker, närmare bestämt dockor ur Barbieserien "My Scene".

Brittiska High Court of Justice den 31.10.2003 (Mattel, inc. v. Simba Toys)

Domstolen ansåg att Simbas "My Style"-dockor gjorde intrång och dömde ut £ 450 000 i preliminärt skadestånd. Dessutom beordrades svaranden att skicka alla intrångsgörande föremål, broschyrer och annat intrångsgörande material till käranden. Domstolen tvingade även svaranden att tala om vilka företag inom Unionen som hade handlat med de intrångsgörande dockorna.

Den oregistrerade skyddsformen är bra, eftersom även mindre bemedlade designinnehavare kan utnyttja den. Många formgivare har inte ekonomiska resurser att registrera alla sina produkter. Det finns även formgivare som väljer att inte registrera sina formgivningar på grund av andra skäl, exempelvis kan livscykeln vara så kort att en registrering inte hinns med. Genom nyhetsfristen och det oregistrerade skyddet finns det även en möjlighet att testa leksaken på marknaden innan beslutet tas huruvida formgivningen skall registreras eller inte.

¹⁰⁸ Kocktvedgaard & Levin, s. 350.

¹⁰⁹ Massa & Strowel, EIPR 2003 s. 74.

¹¹⁰ Hauswollf, Claes, telefonintervju, 07-06-20.

¹¹¹ Kocktvedgaard & Levin, s. 354.

4 Varumärkesskydd

4.1 Inledning

Varumärkesskydd är kanske inte det första som man kommer att tänka på när det gäller skydd för leksakers formgivning. Att ha ett starkt varumärke är viktigt i dagens konsumtionsamhälle. Varumärken förknippas med företags image och det är viktigt att det finns ett skydd för det reklamvärde och den goodwill som ett varumärke innehar. Varumärket kan sägas utgöra en förbindelselänk mellan den industriella massproduktionen och konsumenterna.

En varas utstyrsel är en mycket viktig beståndsdel av ett modernt varumärkesrättsligt system. Det satsas stora summor pengar på designen av själva varan och på dess förpackning och detta lönar sig, eftersom det kan konstateras att konsumenterna visar särskild uppskattning och igenkänning för bra utstyrselar.¹¹²

I och med 1960 års lagstiftning fick varu- och förpackningsutstyrselar varumärkesrättsligt erkännande. Varumärkesutredningen framhöll att ”sådan varuutstyrsel kan utgöras av den säregna form, som man givit varan eller av dess dekoration, av dess säregna inpackning eller eljest av förpackningens form, färg, dekoration ävensom av olika kombinationer härav”.¹¹³ Skyddet var dock begränsat. I och med direktiv 89/104/EEG (varumärkesdirektivet) har utstyrselskyddet fått ett bestämt erkännande, såväl i europeisk som svensk varumärkesrätt, eftersom direktivet är implementerat i den svenska varumärkeslagen.¹¹⁴ I direktivets art. 2 stadgas att ett varumärke kan utgöras av ”... formen på en vara eller dess förpackning”. Tidigare gällde enligt VML att varumärken för en varas utstyrsel kunde registreras endast om de var säregna. Med kravet på säregenhet markerades ett strängare krav på särskiljningsförmåga eller distinktivitet.¹¹⁵ Direktivet uppställer dock inte något sådant krav, således togs detta kriterium bort i den svenska lagen vid implementeringen av varumärkesdirektivet.¹¹⁶ Med ändringen ville man, enligt motiven, åstadkomma samma krav för registrering vad gäller varu- och förpackningsutstyrselar som för andra registrerbara uttryck.¹¹⁷

¹¹² Levin, NIR 1996 s. 302.

¹¹³ SOU 1958:10 s. 218.

¹¹⁴ Levin, NIR 1996 s. 297.

¹¹⁵ SOU 1958:10 s. 106 och s. 218, prop. 1960:167 s. 49.

¹¹⁶ Levin & Wessman, Varumärkesrättens grunder, s. 112.

¹¹⁷ Jfr. Ds 1992:13 s. 94.

4.2 Allmänt om varumärkesskydd

4.2.1 Skyddets uppkomst

Det finns fyra olika sätt att uppnå ett giltigt varumärkesskydd i Sverige; registrering av ett EG-varumärke hos OHIM, registrering hos WIPO av ett internationellt varumärke enligt Madridprotokollet med giltighet för Sverige, registrering av ett nationellt svenskt varumärke hos PRV och inarbetning av ett tecken i Sverige. Nedan kommer det att fokuseras på den nationella varumärkesrätten.

4.2.1.1 Registrering

En ansökan om varumärkesregistrering skall göras till PRV. Ansökan skall vara skriftlig och skall innehålla en återangivelse av märket. I det fall skydd söks för en varuutstyrsel skall återangivelsen innehålla en för reproduktion lämpad avbildning av märket. Det krävs även uppgifter om varorna som märket avser och de klasser som varorna tillhör. PRV undersöker sedan om märket till sin art och beskaffenhet kan registreras, d.v.s. de absoluta förutsättningarna för skydd undersöks. PRV undersöker även om märket riskerar att göra intrång i befintliga rättigheter, d.v.s. de relativa förutsättningarna för skydd. De viktigaste registreringskraven finns i 1 § 2 st., 13 § och 14 § VML. Om PRV inte finner några hinder, så kan varumärket registreras.¹¹⁸

4.2.1.2 Inarbetning

Skydd kan även uppstå genom inarbetning, oberoende av registrering, se 2 § 1-2 st. VML. Enligt 3 st. krävs det för att ett märke skall anses vara inarbetat att märket har blivit känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet inom en betydande del av den krets som märket riktar sig till. Det ställs följaktligen upp fyra förutsättningar för att en giltig varumärkesrätt skall uppkomma genom inarbetning:

1) Märket skall vara känt *här i landet*. Detta krav innebär emellertid inte att märket behöver ha blivit inarbetat i hela landet. Det räcker att märket är känt inom en del av landet. Ensamrätten kan då göras gällande inom denna del av landet mot förväxlingsbara märken. Märket behöver inte ha använts i Sverige. Det är tillräckligt att märket är känt här.¹¹⁹

2) Märket skall vara känt inom *den krets* det riktar sig till, d.v.s. att det skall vara känt i den s.k. omsättningskretsen. Omsättningskretsen utgörs oftast av både dem som befattar sig med varan i något skede av distributionen och de slutliga användarna av varan. Sammansättningen av omsättningskretsen bestäms utifrån varje enskilt fall, beroende på varuslag. Uppfattning från slutförbrukarna väger oftast tyngst, särskilt i EG-praxis.¹²⁰

¹¹⁸ Kottevedgaard & Levin, s. 383 f.

¹¹⁹ Kottevedgaard & Levin, s. 387.

¹²⁰ Ibid.

3) Kännetecknet skall vara känt i en *betydande del* av omsättningskretsen.¹²¹ Enligt motiven till VML så framhålls det att den betydande delen får bero av omständigheterna i det enskilda fallet.¹²² Det finns ingen stadgad procentgräns för hur många som skall känna till kännetecknet. Det står i alla fall klart att inte alla eller de flesta inom omsättningskretsen måste känna till varan.¹²³ Det krav som uppställs i svensk rätt, att märket skall vara känt inom en betydande del av omsättningskretsen, stämmer överens med EG-rättslig praxis.¹²⁴

4) Kännetecknet skall vara känt som beteckning *för de varor* som tillhandahålls under kännetecknet. Tecknet måste kunna fungera som individualiseringsmedel. Det krävs ursprunglig eller förvärvad särskiljningsförmåga. Detta krav gäller både för registrerade märken såväl som för inarbetade märken. Det är inte tillräckligt att något känns igen som en allmän beteckning för varans art eller egenskaper.¹²⁵

I praktiken förekommer det ofta att marknadsundersökningar och procentgränser används för att bevisa inarbetning. Normalt räcker det att ungefär en tredjedel av omsättningskretsen kan identifiera kännetecknet.¹²⁶

4.3 Skydd för en varas form eller utstyrsel

4.3.1 Skyddsobjektet

Nedan kommer det att fokuseras på skyddet för en varas form eller utstyrsel. Vilka symboler som kan uppnå varumärkesskydd definieras i 1 § 1 st. VML. För att en symbol skall kunna verka som kännetecken krävs det att den är särskiljande. Enligt 1 § 2 st. VML kan registrerbara varumärken ”bestå av alla tecken som kan återges grafiskt, under förutsättning att tecknen kan särskilja varor i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls av en annan näringsidkare”. Bestämmelsen innehåller en exemplifierande uppräkningslista av vad som kan skyddas och formen eller utstyrseln på en vara finns med i denna uppräkningslista. En varuutstyrsel uppfyller kravet på att det skall kunna avbildas grafiskt.

Som ovan beskrivits kan skydd även uppnås genom inarbetning. Användningen av varuutstyrsel är oftast sammankopplad med användningen av ett ordmärke (se nedan exempelvis Philishave, Conex och LEGO). Om man kommer att tänka på namnet på varuutstyrseln när man ser varan, även om namnet ej visas samtidigt, så är det ett tecken på att utstyrseln är inarbetad. Namnet som sådant ingår dock inte i varuutstyrselskyddet.¹²⁷

¹²¹ Kocktvedgaard & Levin, s. 387

¹²² Prop. 1994/95:59, s. 45.

¹²³ Kocktvedgaard & Levin, s. 386.

¹²⁴ Se EG-domstolen, mål C-108/97.

¹²⁵ Kocktvedgaard & Levin, s. 387 f.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Holmqvist, NIR 1987 s. 48.

En varas form kan således utgöra dess kännetecken och det finns inte längre något krav på en säregen utstyrsel. En varas utstyrsel kan i stort sett skyddas på lika villkor som alla andra slags kännetecken. Huruvida utformningen av en vara skall ges skydd som ett kännetecken eller nekats ett sådant skydd, skall ske utifrån en helhetsbedömning. Även konkurrensrättsliga hänsynstaganden skall tas. Om det finns variationsmöjligheter för att skapa den aktuella varutypen, så kan varuutstyrseln få varumärkesrättsligt skydd genom registrering såväl som genom inarbetning.¹²⁸

4.3.2 Kravet på särskiljningsförmåga

Att ett kännetecken har särskiljningsförmåga är det grundläggande kravet för varumärkesskydd. Kravet på särskiljningsförmåga är generellt och fundamentalt och framgår av 1 § 2 st. VML. Särskiljningsförmåga anges även som ett allmänt krav för registrering i 13 § 1 st. VML. Av 2 § VML framgår det indirekt att särskiljningsförmåga är ett krav för inarbetning av ett kännetecken.¹²⁹ Det är en normalt informerad, samt skäligen upplyst konsument skall bedöma om kravet på särskiljningsförmåga är uppfyllt.¹³⁰ För att uppfylla kravet på särskiljningsförmåga krävs det att kännetecknet har ett inneboende eller förvärvat särdrag.¹³¹ Kännetecknet skall ha distinktivitet, d.v.s. märket skall vara ägnat att särskilja innehavarens varor från andras. Även om ett märke saknar ursprunglig särskiljningsförmåga kan ett märke erhålla sådan på sikt. Skyddsomfånget för ett sådant märke blir dock smalt.¹³²

Det finns två motiv bakom kravet på särskiljningsförmåga. Det första är att det bara är kännetecknet som har förmågan att fylla varumärkets funktion att individualisera varumärkesinnehavarens varor. Det andra motivet är att det inte anses vara lämpligt att en enskild aktör på marknaden skall kunna få ensamrätt att använda ett visst ord eller en viss form som anger varans art eller beskaffenhet, eftersom även andra aktörer kan behöva få tillgång till ordet eller formen.¹³³

Beträffande tredimensionella varumärken, så är det varans eller förpackningens form som skall skilja sig från andra varor eller förpackningar. I detta fall är det formen som måste vara distinktiv.¹³⁴

I rättspraxis har det tidigare gjorts skillnad mellan varuutstyrselar och förpackningsutstyrselar angående kravet på särskiljningsförmåga. Det

¹²⁸ Levin, NIR 1996, s. 309.

¹²⁹ Koktedgaard & Levin, s. 398.

¹³⁰ Se EG-domstolen mål C-210/96 (Gut Springenheide & Tusky), mål C-456-457/01 P (Henkel), mål C-468-474/01 P (Procter & Gamble), mål C-299/99 (Philips) samt de förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

¹³¹ Koktedgaard & Levin, s. 399.

¹³² Ibid.

¹³³ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 214.

¹³⁴ Levin & Wessman, s. 114.

uppställdes högre krav på särskiljningsförmåga gällande varor än de krav som uppställts för förpackningsutstyrselar. Anledningen till detta torde vara att det finns ett behov av att hålla generella former utanför ensamrätten p.g.a. konkurrensskäl. Ett sådant frihållningsbehov borde sannolikt finnas kvar. I varumärkesdirektivet finns emellertid inte något uttalat stöd för en sådan praxis.¹³⁵ Nedan följer två fall som beskriver hur kravet på särskiljningsförmåga skall avgöras gällande varuutstyrselar.

EG-domstolens mål, C-299/99 (Philip)

I målet fastslog EG-domstolen att kriterierna för bedömningen av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som består av en varus form inte skall skilja sig från den bedömning som tillämpas på andra kategorier av varumärken med beaktande av att det i art. 2 i varumärkesdirektivet inte gjorts någon skillnad mellan olika slags varumärken, vad gäller bedömningen av deras särskiljningsförmåga.

EG-domstolens mål, C-136/02, (Maglite)

Mag Instrument Inc. överklagade förstainstansrättens dom i mål T-88/00 (Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån) i vilken förstainstansrätten ogillade klagandens talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av OHIM:s andra överklagandenämnd, genom vilket registrering av fem ficklampsformer som tredimensionella varumärken vägrades. EG-domstolen biföll inte Mag Instruments överklagande.

Domstolen fastlog i målet att det måste beaktas att målgruppen inte nödvändigtvis uppfattar tredimensionella varumärken, som består av formen på själva varan, på samma sätt som ett ord- eller figurmärke, vilket består av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som de betecknar.¹³⁶ Genomsnittskonsumenten har inte för vana att uppfatta form eller förpackning utan grafik eller text som en uppgift om varans ursprung och således kan det vara svårare att påvisa att ett sådant tredimensionellt varumärkes särskiljningsförmåga. Ju mer formen, vilken registreringsansökan avser, närmar sig den mest troliga formen, desto mer sannolikt är det att denna form saknar särskiljningsförmåga. Endast varumärken som kraftigt avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen och som sålunda uppfyller det huvudsakliga syftet att fungera som ursprungsangivelse har särskiljningsförmåga. När ett tredimensionellt varumärke består av formen på den vara, för vilken registrering söktes, är omständigheten att denna utgör en variant av en av de sedvanliga formerna för detta slag av varor inte i sig tillräckligt för att varumärket skall anses ha tillräcklig särskiljningsförmåga. Det skall alltid ske en bedömning av huruvida varumärket gör det möjligt för en normalt informerad samt skäligen upplyst genomsnittskonsument, utan att visa prov på särskild uppmärksamhet och utan att anta ett analyserande betraktelsesätt särskilja varan från andra företags varor. Domstolen konstaterade sammanfattningsvis att särskiljningsförmåga saknades.

Enligt praxis skall bedömning av särskiljningsförmåga inte skilja sig mellan tredimensionella varumärken som består av en varus form och andra varumärken. Det måste dock beaktas att målgruppen inte nödvändigtvis uppfattar tredimensionella varumärken, som består av formen på själva varan, på samma sätt som andra varumärken.

Både EG-domstolen och PBR har uppställt ganska stränga krav för registrerbarhet av varuutstyrselar. Udda utstyrselar kan emellertid lättare registreras.¹³⁷ Det finns dock praxis som visar på att varuutstyrselar kan

¹³⁵ Levin & Wessman, s. 115.

¹³⁶ Se liknande resonemang i de förenade målen C-53/01 till 55/01 (Linde m.fl.), C-218/01 (Henkel I) samt de förenade målen C-456/01 samt C-457/01 (Henkel II).

¹³⁷ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 218 f.

registreras. Nedan kommer ett antal rättsfall, vilka visar på ett varumärkesrättsligt skydd för varuutstyrselar, att beskrivas.

RÅ 1966 s. 35 (Philishave)

HD fastslog att rakapparatsens form inte kunde anses utgöra en sådan säregen utstyrsel av en vara som avsågs i 1 § VML. Rakapparatsens form kunde således inte registreras som varumärke.

1992 varumärkesregistrerades dock kåpan med skärhuvuden, efter en ny ansökan om varumärkesregistrering.¹³⁸ En mildare bedömning gjordes enligt 1993 års lagstiftning i förhållande till den bedömning som hade gjorts enligt den tidigare gällande lagstiftningen. Philips kunde även visa på 15 års användning. Genom den nya lagstiftningen¹³⁹ togs kravet på säregenhet bort.

PBR 93/001 (Godisbil)

Ett företag ansökte om registrering av ett varumärke i form av en racerbil i skum-, gelé- och sockerkonfektyr. PRV ansåg dock att godisbilen inte hade tillräcklig särprägel för att kunna registreras. Sökanden hade visat på en användning av formen, men detta avhjälpade inte bristen i särskiljningsförmåga. Beslutet överklagades till PBR, vilken fastslog att godisbilen hade en sådan särskiljningsförmåga som krävdes enligt 13 § VML i dess nya lydelse. Godisbilen varuutstyrsel registrerades.

PBR 94/348 (Likörflaska)

Ett företag ansökte om varumärkesregistrering för en likörflaska i klassen för alkoholhaltiga drycker. Enligt PRV hade inte flaskan tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras. Verket ansåg att användningen av märket inte hade varit av sådan omfattning att märket erhållit särskiljningsförmåga för samtliga de varor som ansökan omfattade. Beslutet överklagades till PBR. Sökanden begränsade där sin ansökan till att bara avse likörer. Enligt PBR kunde den ursprungliga bristen i särskiljningsförmåga kompenseras av att märket använts under så lång tid och i sådan omfattning för likörer. Flaskan kunde därmed registreras.

4.3.3 Utstyrselskyddets gränser

Det står helt klart att formen på en vara kan registreras som ett varumärke. Men vad gäller utstyrselskyddet måste det kunna visas att det finns en särskild varumärkeskvalitet utöver varans form. Detta har bekräftats av EG-domstolen.¹⁴⁰

För att förhindra att tillverkningsmonopol uppkommer har vissa begränsningar i varumärkesskyddet införts, annars skulle det finnas en stor risk för att ensamrätten inte bara skulle omfatta varuutstyrseln utan också andra element. 5 § VML anger formellt varumärkesrättens räckvidd. Där stadgas det att ensamrätten inte omfattar ”sådan del av kännetecknet, som huvudsakligen tjänar att göra varan mera ändamålsenlig eller eljest att fylla

¹³⁸ Varumärkesansökan Philishave (92-05425). Angående Philips rakapparater se även EG-domstolens mål C-299/99 (Philips).

¹³⁹ SFS 1992:1686.

¹⁴⁰ Se mål C-136/02 (Maglite) och PBR mål nr. 02-236 (Toblerone). I båda dessa fall nekades skydd för varans utstyrsel.

annan uppgift än att vara kännetecken. Enligt denna bestämmelse konstaterade HD att LEGO-klossen inte kunde tillerkännas ensamrätt.

NJA 1987 s. 923 (LEGO)

En s.k. LEGO-klots ansågs inte omfatta någon ensamrätt med hänsyn till att utformningen i huvudsak var funktionellt betingad. Enligt HD kunde en varuutstyrsel som i sin helhet var huvudsakligen funktionell betingad, oavsett inarbetning, inte bli föremål för ensamrätt. Klossen hade samma form som en tegelsten och formen utgjorde ett funktionellt betingat byggelement. Fästnanordningen fyllde endast en teknisk funktion. HD kom fram till att det enda hos LEGO-klossen som inte var funktionellt betingat var färgsättningen. Färgsättningen ansågs emellertid sakna särskiljningsförmåga.

I 13 § 2 st. VmL har en regel införts som rör registreringsförutsättningarna. Genom regeln stadgas det att kännetecken som uteslutande består av en form som följer av varans art, en form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat eller en form som ger varan ett betydande värde, inte får registreras som varumärke. Regeln följer av 3.1 e i EG-direktivet, vilken ställer upp ett särskilt registreringshinder som saknade motsvarighet i tidigare gällande lag.¹⁴¹

I 13 § 2 st. finns det en uttrycklig obligatorisk begränsning av vad som kan utgöra ett registrerbart varumärke och även omvänt en begränsning av vad som endast får uteslutas från registrering. Följden blir att 5 § VML endast kan få betydelse för oregistrerade kännetecken. Undantaget från skydd i 13 § 2 st. VML innehåller en mer restriktiv exkludering från skydd (uteslutande) än det som ställs upp i 5 § VML (huvudsakligen).¹⁴²

Begränsningarna i de två olika bestämmelserna stämmer således inte helt överens. Denna dubbling beror enligt Koktvedgaard/Levin på ett förbiseende i samband med lagstiftningen. Dubblingen kan väntas bli tillrättad i och med en ny varumärkeslag. Enligt Koktvedgaard/Levin kan det redan nu anses vara en rimlig utgångspunkt att den regel som gäller över hela linjen är den som stadgas i 13 § 2 st. VML, d.v.s. den regel som följer av direktivet.¹⁴³ I annat fall skulle det gälla olika skyddsförutsättningar för registrerade och oregistrerade kännetecken. Med en extensiv tolkning av 5 § VML skall skydd tillerkännas utstyrselar som inte är uteslutande funktionsbetingade. Detta ger möjligheter för ett skydd för former som kan varieras med bibehållen funktion.¹⁴⁴

4.3.3.1 Mer om form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat

Undantaget utesluter, från registrering, former som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat. Enligt motiven till varumärkeslagen så gäller det att om utformningen av en vara inte är varierbar i sin tekniska funktion så kan den inte få känneteckensskydd, oavsett formens faktiska funktion på

¹⁴¹ Prop 1992/93:48 s. 75.

¹⁴² Levin, NIR 1996 s. 304.

¹⁴³ Koktvedgaard & Levin, s. 395.

¹⁴⁴ Nordell, NIR 2005 s. 443.

marknaden.¹⁴⁵ Tekniska och estetiska element är ofta integrerade, vilket kan skapa problem när ställning skall tas till registrerbarheten. Om varan trots allt uppfattas som kännetecken i omsättningskretsen, bör det objektivt undersökas om dessa tekniska element är uteslutande tekniskt betingade eller om deras utformning, oavsett teknisk effekt, kan väljas någorlunda fritt. Slutligen måste det också göras en avvägning om det finns ett frihållningsbehov. Det handlar då om en konkurrensrättslig intresseavvägning, som blir ett naturligt led i den varumärkesrättsliga helhetsbedömningen. Frågan är om en särskild produktutformning, som kan varieras, är igenkännbar genom sina funktionella egenskaper eller genom sin utformning? Enligt Levin bör känneteckensskydd vara tillgängligt i det senare fallet.¹⁴⁶

Tolkningsen av art. 3.1 e andra strecksatsen i varumärkesdirektivet, vilken stadgar att tecken som endast består av en form på en vara som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat inte kan registreras, har varit uppe för avgörande i EG-domstolen.

Mål C-299/99 (Philips)

Domstolen fastställde att art. 3.1 e andra strecksatsen i skall tolkas så att ett tecken som endast består av formen på en vara inte får registreras om det visas att de väsentliga särdragen i denna form endast är hänförliga till uppnåendet av ett tekniskt resultat. Detta gäller även om det kan visas att det finns andra former med hjälp av vilka samma tekniska resultat kan uppnås.¹⁴⁷

Uttalandet visar på att det snarare är 13 § 2 st. VML som nu ska tolkas i ljuset av 5 § VML, d.v.s. att en form inte skall kunna registreras som varumärke om dess väsentliga särdrag hänförs endast till uppnåendet av ett tekniskt resultat, vilket innebär att den är huvudsakligen funktionellt betingad och detta skall gälla även om formen kan varieras med bibehållen funktion.¹⁴⁸ I Varumärkeskommitténs betänkande med förslag till ny varumärkeslag har man försökt att få en lösning på problemet genom förslagets 3 § fjärde stycke anges att ensamrätt inte ”kan förvärfvas till kännetecken som endast består av en form som följer av varans art, en form som är nödvändig för att uppnå ett tekniskt resultat eller en form som ger varan ett betydande värde”.¹⁴⁹ I enlighet med art. 7.1 e (ii) i varumärkesförordningen hävde OHIM LEGO:s varumärkesregistrering av basklossen.¹⁵⁰ LEGO överklagade detta beslut till Förstainstansrätten, men denna avslog LEGO:s överklagande.¹⁵¹ Det kan konstateras att EG-domstolen uppställer en relativt sträng praxis vad gäller skyddet för varuutstyrslar.

¹⁴⁵ SOU 1958:10, s. 248.

¹⁴⁶ Levin, NIR 1996, s. 306.

¹⁴⁷ Mål C-299/99, se p. 84 samt p. 84 i domslutet.

¹⁴⁸ Nordell, NIR 2005 s. 444

¹⁴⁹ Se SOU 2001:26 s. 50.

¹⁵⁰ Decision of the Cancellation Division, 63 C 107029 (LEGO).

¹⁵¹ Förstainstansrätten, mål T-270/06.

4.3.3.2 Mer om form som följer av varans art

Angående vad som följer av varans art anser Levin att det är en slags generisk beskrivning genom utstyrsel. Enligt Levin är begränsningen inriktad på de fall där skydd söks för en vara i dess helhet, när denna egentligen inte har några andra kännetecknande egenskaper än just den funktionella/normala varuformen i sin normala färgsättning. Exempelvis kan en tvål i klump eller ”normal” form inte registreras.¹⁵² Om ett annat tredimensionellt element tillfogas formen, så kan varumärket emellertid bli distinkt.¹⁵³ Enligt Holmqvist gäller undantaget sådan formgivning som är nödvändig för att ett speciellt varubegrepp på det hela taget skall kunna identifieras med hänsyn till på sin art eller sitt slag, exempelvis ett kugghjul, ett paraply eller en portfölj.¹⁵⁴

Förstainstansrätten, mål T-122/99 (Tvål)

Förstainstansrätten ogiltigförklarade ett beslut från OHIM:s överklagandenämnd, där en tvål hade nekats registrering med hänvisning till att dess form endast var en följd av varans art. Formen i detta fall utgjordes av en tvål med en långsgående urgröpnung och med räfflor. Enligt OHIM:s överklagandenämnd, så liknade det ingivna kännetecknet den vanliga formen på en tvål i fast form och den form som följer av en normal användning av en tvål. Enligt OHIM:s överklagande nämnd så bestod tvålen endast av formen som följde av varans art. Förstainstansrätten kom dock till en annan slutsats. Enligt den så utgjordes formen av en långsgående urgröpnung och av räfflor och FI konstaterade att detta inte följde av varans art. Det var ostridigt att det inte förekom några andra tvålar i fast form handeln som hade samma särdrag.

Målet ovan visar på att relativt enkla varuutstyrselar kan uppnå varumärkesskydd. Det skall dock tilläggas att formen måste ha ett visst särdrag som skiljer sig från tidigare utstyrselar av den aktuella varan.

4.3.3.3 Mer om form som ger varan ett betydande värde

Enligt Levin/Wessman är följande frågor relevanta att ställa, när det skall avgöras om en utstyrsel skall nekats varumärkesskydd p.g.a. att formen ger varan ett betydande värde. Är det uteslutande varans form som gör att en konsument väljer produkten? Beror varans säljkraft på formens inneboende skönhet eller originalitet, eller på förvärvat goodwill? Enligt Levin/Wessman torde formen på en byggkloss inte påverka det kommersiella värdet på det sättet.¹⁵⁵ Holmqvist har ett liknande synsätt. Enligt honom tar undantaget sikte på estetisk formgivning som innehar ett visst attraktionsvärde som ökar varans kommersiella värde och som i princip skulle kunna skyddas av upphovsrätten eller mönsterrätten. Är det kommersiella värdet betydande kan formgivningen inte registreras som varumärke. Det är då det formsköna utseendet på varan som är det avgörande för kundens val i stället för det kommersiella ursprunget hos en

¹⁵² Levin, NIR 1996, s. 305.

¹⁵³ Levin & Wessman, s 118.

¹⁵⁴ Holmqvist, Varumärkens särskiljningsförmåga, s. 544.

¹⁵⁵ Levin & Wessman, s 119.

viss tillverkare.¹⁵⁶ Ett fall från PBR som går i linje med Holmqvists resonemang är PBR:s beslut att neka registrering för varuutstyrseln av besticken Olga, eftersom PBR ansåg att dekoren på matbesticken gav besticken ett betydande värde.¹⁵⁷

4.4 Intrång

4.4.1 Förväxlingskriteriet

Det finns två lagrum i VML som fastställer och begränsar det varumärkesrättsliga skyddsomfånget. Enligt 4 § 1 st. VML så får ingen annan än rättshavaren, eller någon med dennes tillstånd, utnyttja ett med varumärket förväxlingsbart kännetecken. Enligt huvudregeln i 6 § 1 st. VML anses kännetecken endast förväxlingsbara om de avser varor av samma eller liknade slag. Denna förväxlingsprincip är varumärkesrättens huvudkriterium. Det är endast förväxlingsbara märken som kan göra intrång. En värdering av om två varumärken är förväxlingsbara skall göras utifrån en helhetsbedömning. I denna bedömning ingår samtliga moment som rör märkena, däribland särskiljningsförmåga, inarbetning, faktisk användning, likhet i skrift och tal, varornas beskaffenhet, köparkretsens sammansättning o.s.v. De viktigaste kriterierna är likhet och varuslag. Produktregeln ger uttryck för att om varorna i stort är desamma, blir kravet på märkeslikhet mindre. Om märkena är identiska, så ställs det inte upp samma stränga krav på varuslagslikhet.¹⁵⁸ Vad gäller varuslagslikhet föreligger ofta inga problem vid rena varuutstyrselar. Därmed kommer jag inte närmare gå in på det kriteriet. Begreppet märkeslikhet kommer emellertid att utvecklas mer nedan. EG-domstolen har betonat att ju högre särskiljningsförmåga ett märke har, desto större är förväxlingsrisken.¹⁵⁹ När domstolen skall bedöma om ett märke har hög särskiljningsförmåga skall den göra en helhetsbedömning.¹⁶⁰

Vissa varumärken har ett särskilt skyddsbehov som sträcker sig utanför konkurrensrelationen. När ett sådant varumärke är för handen kan undantag från huvudregeln om samma eller liknade varuslag göras. Detta undantag gäller för varumärken som är väl ansedda på marknaden. Dessa varor har en speciell igenkänningskvalitet. Ett illojalt utnyttjande av ett sådant varumärke kan leda till stora skador för varumärkesinnehavaren. Exempelvis kan en illojal användning leda till urvattning av varumärket. Enligt 6 § 2 st. VML stadgas bestämmelsen om skyddet för väl ansedda varumärken, vilket ger ett skydd utanför varuslagslikhetsgränserna. Här är det avgörande för intrångsbedömningen huruvida någon annans användning av ett väl ansett märke drar otillbörlig fördel av eller är till förfång för det väl ansedda

¹⁵⁶ Holmqvist, Varumärkens särskiljningsförmåga, s. 544 f.

¹⁵⁷ PBR 1999-05-18, mål nr. 94-525.

¹⁵⁸ Koktvedgaard & Levin, s. 431.

¹⁵⁹ C-342/97 (Lloyd).

¹⁶⁰ Koktvedgaard & Levin, s. 430.

kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Skyddet är inte generellt, utan det utökade skyddet är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁶¹

4.4.2 Mer om märkeslikhet

När ställning skall tas till om två varumärken har en otillåten likhet, måste de jämföras, således utförs det en likhetsbedömning. Vad gäller figurmärken tar man hjälp av synbilden, d.v.s. syntrycket och en föreställningsbild, d.v.s. om märken har samma motiv. En viktig utgångspunkt är hur köparen uppfattar märkena. Från denna utgångspunkt följer tre principer: principen om helhetsintrycket; principen om den bleknande minnesbilden; och principen om att likhetsbedömningen inte skall vara den samma för alla varumärken.¹⁶²

Enligt principen om helhetsintrycket skall man bortse från oväsentliga detaljskillnader, eftersom konsumenterna inte gör någon noggrann granskning av individuella märkens närmare detaljer. Genomsnittskonsumenten uppfattar ofta varumärket som en helhet.¹⁶³ Därför bör även domarna uppfatta dem på samma sätt. Denna princip är bra, eftersom den stadgar att domaren skall inta samma synsätt som en konsument kan tänkas ha när han är i en affär. Principen är dock svår att tillämpa, eftersom principen bara stadgar att det skall bortses från oväsentliga skillnader. Vad som skall betraktas som oväsentligt ger principen inget svar på och detta är ett problem.¹⁶⁴

Principen om den blekande minnesbilden utgår ifrån att den normale konsumenten inte ser de båda varumärkena samtidigt. Även denna princip är en god tanke, eftersom domaren skall inta samma synsätt som konsumenten. Principen är svår att använda i rättstillämpningen. Principen leder till ett skydd som är mycket omfattande och utflytande. När domaren väl har två kännetecken framför sig kan principen ses som ett luftigt tankeexperiment. Principens egentliga innehåll kan sägas vara att domstolen inte skall vara för noga vad gäller detaljskillnader. Det reella innehållet i principen om helhetsintrycket och principen om den blekande minnesbilden är således lika varandra.¹⁶⁵

Den tredje principen av vilken följer att likhetsbedömningen för alla varor inte skall vara densamma innebär att man skall differentiera bedömningen efter varans art och köparkretsens egenskaper. När det rör sig om dyra konsumentkapitalvaror kan konsumenten räknas fästa avsevärt större uppmärksamhet än när det rör sig om billigare varor som konsumenten köper ofta. Om köparen av en vara är expert eller väldigt märkesmedveten,

¹⁶¹ Koktvedgaard & Levin, s. 444 f.

¹⁶² Koktvedgaard & Levin, s. 435 f.

¹⁶³ Mål C-342/97 (Lloyd).

¹⁶⁴ Koktvedgaard & Levin, s. 436.

¹⁶⁵ Ibid.

får det till följd att likhetsbedömningen snävas in. Om köparen är ett barn, kan det diskuteras om en omvänd regel borde gälla.¹⁶⁶

Vad gäller förväxlingsbedömningen angående varuutstyrslar finns det endast begränsad praxis. Ett fall av intresse är ett tingsrättsfall angående formgivningen av två barnstolar.

Ljungby Tingsrätt, mål nr T 13/96 (Tripp-trapp)

Tingsrätten fann att formen på barnstolen Tripp-trapp utgjorde ett skyddbart varukännetecken genom inarbetning.¹⁶⁷ Vad gällde frågan om barnstolen Stabil, som svaranden marknadsfört, utgjorde ett förväxlingsbart kännetecken gentemot kärandens kännetecken, tog Tingsrätten hänsyn till en förväxlingsutredning som käranden åberopat. Enligt Tingsrätten framgick det av denna utredning att inte ett obetydligt antal personer i barnstolarnas köpkrets förväxlat Tripp-trapps utstyrsel med Stabils utstyrsel. Trots att stolarna visade upp inte obetydliga skillnader fann TR att utstyrselarna med hänsyn till principen om den bleknade minnesbilden måste anses förväxlingsbara.

4.5 Varumärkesskyddet tillämpat på leksakers formgivning

4.5.1 En normalt informerad samt skäligen upplyst konsument

Det är en normalt informerad samt skäligen upplyst konsument som skall avgöra huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga. Vem kan då identifieras med den relevanta konsumenten vad gäller leksaker? OHIM:s Board of Appeal har berört denna fråga i två mål vad gäller ordvarumärken för leksaker. Vad gäller den normalt informerade samt skäligen upplysta konsumenten menar OHIM:s Board of Appeal att det är barn som är den huvudsakliga konsumenten av leksaker. Men eftersom barn vanligtvis inte har några egna pengar, så måste även deras föräldrar och andra vuxna, anses vara relevanta konsumenter, då det är dessa som faktiskt finansierar och köper leksakerna.¹⁶⁸ Såväl vuxna som barn ses således som konsumenter vad gäller leksaker. I båda fallen är den normala konsumenten inte någon specialiserad konsument.¹⁶⁹ Jag kommer att för ett liknande resonemang nedan vad gäller intrångsbedömningen.

4.5.2 Utstyrselskyddets gränser i förhållande till leksaker

Det står helt klart att formgivningen på en vara kan registreras. Det finns emellertid en rad undantag som inskränker denna möjlighet och om en

¹⁶⁶ Kockvedgaard & Levin, s. 437.

¹⁶⁷ Det kan här anföras att barnstolen Tripp-trapp även ansetts skyddad av upphovsrätten som ett alster av brukskonst, se Malmö TR, mål nr. T 881-97.

¹⁶⁸ OHIM, Decision of the Board of Appeal, 918/2001-1 (Colette).

¹⁶⁹ OHIM, Decision of the First Board of Appeal, I 55/2001-1 (Betty la malice),

designinnehavare skulle vilja registrera sina leksakers formgivning är det inte omöjligt att han nekats registrering på grundval av något av dessa undantag.

Former som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat kan varken uppnå skydd genom inarbetning eller skydd genom registrering. Vad gäller leksaker är det inte ovanligt att tekniska och estetiska element är förenade. Ett exempel på detta är LEGO:s byggklossar. Som ovan nämnts, har LEGO försökt att registrera formgivningen av sina klossar, men klossen har nekats skydd med anledning av att formen utgör ett funktionellt betingat byggelement och att fästansordningen endast fyller en teknisk funktion. LEGO:s registrering av LEGO-klossen som gemenskapsvarumärke har även kommit att hävas av OHIM. Om man jämför undantaget i varumärkesrätten, vilket utesluter former som är nödvändiga för att uppnå ett tekniskt resultat¹⁷⁰ med det undantag som återfinns i mönsterrätten, vilket utesluter detaljer i en produkts utseende som uteslutande är bestämda av produktens tekniska funktion, så skall undantaget i ML tolkas mer snävt, d.v.s. att det ska vara svårare att uppnå skydd för en vara som funktionellt betingad enligt varumärkesrätten, än enligt mönsterrätten.¹⁷¹

Från registrerbarhet undantas även former som följer av varans art. Det är möjligt att detta undantag skulle kunna bli tillämpligt när en formgivare vill registrera formgivningen på en viss leksak, då skydd söks för varan i dess helhet, när denna egentligen inte har några andra kännetecknande egenskaper än just den funktionella/normala varuutformningen. Här skulle man kunna tänka sig registrering av en boll som faller inom kategorin leksaker. Det torde vara svårt att uppnå varumärkesrättsligt skydd för utstyrseln på en boll. Om bollen har en speciell dekoration som gör bollens utformning distinktiv torde det dock vara möjligt att bollen skulle kunna registreras.

I de fall formen ger varan ett betydande värde, så kan formen inte registreras. Enligt Holmqvist så är det avgörande huruvida det är det formsköna utseendet på varan som är det avgörande för kundens val, istället för varans kommersiella ursprung.¹⁷² Designen på en leksak är tänkt att göra leksaken mer attraktiv på marknaden och med en snygg design vill företag få konsumenterna att välja att köpa deras leksaker framför andra företags leksaker. Skulle det vara så att det är designen d.v.s. formen på leksaken, vilken även utgör varumärket, som är det avgörande så skall märket ej kunna registreras. Emellertid så är det nog ofta så att konsumenten förknippar en viss tilltalande design med ett speciellt kommersiellt ursprung. Man skulle kunna tänka sig att Playsam skulle vilja registrera sin klassiska ”Streamliner” (se bild nedan) som varumärke. Detta är ett rent hypotetiskt resonemang, eftersom formgivningen av ”Streamliner” inte är registrerad som varumärke. Formen utgör designen på själva leksaken och

¹⁷⁰ Jag utgår ifrån lydelsen, som Varumärkeskommittén föreslagit, SOU2001:25, s. 50, då den stämmer bäst överens med varumärkesdirektivets lydelse.

¹⁷¹ För mer utförligt resonemang, se avslutande kommentarer.

¹⁷² Holmqvist, Varumärkens särskiljningsförmåga, s. 544 f.

många köper troligtvis denna leksaksbil p.g.a. av dess tilltalande design. Jag tror att formen på leksaksbilen har kommit att förknippas starkt med Playsam och jag förmodar att det kommersiella ursprunget är viktigt för den som köper leksaksbilen ifråga.¹⁷³ Frågan är om denna formgivning kan registreras som varumärke. Jag tror att det avgörande för konsumenten i detta fall är det formsköna utseendet i kombination med ursprunget hos en viss tillverkare. Då denna leksaksbil kostar mer än de flesta andra leksaksbilar, så anser jag inte att det endast är utseendet som är det avgörande. Hade bilen överlag sett likadan ut, men varit tillverkad av en annan tillverkare så är det troligt att konsumenten ändå skulle föredra att köpa bilen från Playsam, eftersom detta företag är mycket respekterat.



Bild 6 . "Streamliner"¹⁷⁴

4.5.3 Intrångsbedömningen

När ställning skall tas till om ett varumärke är otillåtet likt ett annat varumärke görs en likhetsbedömning. Vid denna bedömning kan domstolen använda sig av tre principer: principen om helhetsintrycket, principen om den bleknande minnesbilden och principen om att likhetsbedömningen inte skall vara samma för alla varumärken. Den princip som är mest intressant att föra ett resonemang kring vad gäller likhetsbedömningen av leksakers varuutstyrslar är principen om att likhetsbedömningen inte skall vara den samma för alla varumärken. Denna princip kan nämligen bli aktuell vid intrångsbedömningen vad gäller varumärken som riktar sig till barn.

Enligt principen kan bedömningen differentieras efter varans art och köparkretsens egenskaper. Som ovan nämnts kan likhetsbedömningen komma att snävas in om köparkretsen består av experter. Det är möjligt att en omvänd regel gäller när köparkretsen består av barn. Leksaker riktar sig främst till barn. Om en leksaksutstyrslar skulle fungera som varumärke, torde detta varumärke rikta sig främst till barn. Barn kan inte antas ha expertkunskaper om leksaker och därför skall likhetsbedömningen inte vara lika sträng. Barn är kanske inte lika uppmärksamma på detaljskillnader mellan olika varumärken. Om man utgår ifrån denna princip vid likhetsbedömning, skulle det innebära att leksaker vars formgivning utgör

¹⁷³ Se även resonemang nedan i avsnitt 4.5.3.1, vilket behandlar vikten av ett starkt varumärke.

¹⁷⁴ <http://www.playsam.se/StreamlinerClassic.aspx> (07-09-18).

ett varumärke, får ett starkare skydd, eftersom likhetsbedömningen lättas upp. Det krävs inte att det intrångsgörande märket liknar det befintliga i samma utsträckning som om det skulle rört sig om varor som köps av experter. Bedömningen skulle däremot bli annorlunda om marknadsföringen riktar sig till en detaljist, som köper in leksaker till sin affär. En leksaksdetaljist kan antas ha expertkunskaper om leksaker.

4.5.3.1 Ett starkt varumärke

Ett annat tänkbart skydd för leksakers design är ett starkt ord- eller figurvarumärke. Om produkterna är märkta med detta varumärke kan detta ge ett ytterligare skydd mot otillbörliga kopior. Om en konsument vet att produkten vanligtvis är märkt med ett speciellt varumärke som visar på ett visst kommersiellt ursprung blir konsumenten sannolikt misstänksam om detta märke saknas. Varumärket kan ses som en äkthetsgaranti. Det kan ju självklart vara så att en plagiator har kopierat produktdesignen, förpackningen såväl som ord- eller figurvarumärket. Innehavaren av den ursprungliga leksaken kan då stämma plagiatorn med beaktande av att han otillåtet använt ett registrerat varumärke. På detta sätt kan formgivningen indirekt komma att skyddas av ett starkt varumärke. Även en bra kvalitet på själva produkten kan utgöra ett skydd mot otillbörliga kopior. Det kan vara svårt för en plagiator att komma upp till samma nivå på de kopierade produkterna som de äkta leksakerna.

Zedig som är designchef för Playsam berättar att när Playsam startades, så hade företaget många mönsterskydd, men dessa skydd har nu löpt ut. Zedig anser att mönsterskyddet kostar väldigt mycket pengar. Han har upptäckt att det starka varumärket Playsam är det bästa skyddet för de individuella produkterna. Skyddet blir starkare när varumärket har kommit en bit på vägen. Han menar att det är skillnad när man startar ett företag, då är ju varumärket noll och i det läget är det kanske viktigare med ett mönsterskydd. Zedig berättar en historia som visar på att varumärket är väldigt viktigt. Det var ett kinesiskt elektronikföretag som efter ett uppslag i en av Shanghais största veckomagasin, gjorde en beställning från Playsam, exempelvis så beställde företaget flygplan som skulle ges som "give-away" till affärskollegor. Men när en man på företaget, som tidigare hade varit i Sverige, fick se flygplanet så sa han att flygplanet inte var äkta Playsam. De på företaget som hade beställt flygplanen blev väldigt upprörda över att de köpt plagiat av Playsam och de tog kontakt med Playsam. Företaget skickade över ett flygplan och ville att Zedig skulle intyga om det var äkta eller inte. Flygplanet var äkta, men tyvärr hade Playsams distributör troligtvis skadat kartongen och bytt ut den mot en annan. Även sigillet under flygplanet saknades, eftersom det var av en äldre version. Genom detta kan det konstateras att det är viktigt att Playsams leksaker är äkta och en slutsats som kan dras är att varumärket betyder väldigt mycket. Enligt Zedig är kombinationen av varumärke och den ouppnåeliga kvaliteten det bästa skydd som Playsam kan ha.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Zedig, Carl, intervju, Kalmar, 07-08-03.

5 Skydd mot illojal konkurrens

5.1 Inledning

Huvudregeln är att det är fritt att efterbilda prestationer och kännetecken som inte är skyddade av någon immaterialrätt. Det immaterialrättsliga skyddet kan dock, vad gäller skyddet för design, kompletteras med regler om otillbörlig konkurrens, vilka kan ge ett skydd mot efterbildning om något skulle vara immaterialrättsligt oskyddat.¹⁷⁶ Regler om otillbörlig konkurrens återfinns i marknadsföringslagen. Skyddet som tillhandahålls genom MFL utgör inget objektskydd likt det skydd som de olika immaterialrätterna tillhandahåller, utan skyddet utgör en möjlighet att på olika sätt ingripa mot förfaranden som enligt lagen är att anse som otillbörligt. Som ovan beskrivits finns det begränsningar i det immaterialrättsliga skyddet. För upphovsrättsligt brukskonstskydd krävs verkshöjd, för mönsterskydd krävs särprägel och för varumärkesrättsligt skydd krävs särskiljningsförmåga. Vissa produkters design kan således inte skyddas av immaterialrätten och utan ett marknadsrättsligt skydd hade det varit fritt fram att plagiera dessa produkters formgivning. Det kan även finnas andra anledningar till varför en produkt inte är skyddad genom immaterialrätten. En anledning kan vara att formgivaren är okunnig om skyddsmöjligheterna. Kostnadsaspekten kan också vara avgörande för huruvida en formgivare väljer att skydda sin design eller ej.

Marknadsföringslagen kan sägas ha ett dubbelt syfte. Lagen främjar både konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter. Dessa två skyddsintressen anses i huvudsak vara likställda med varandra.¹⁷⁷

MFL innehåller dels en regelkatalog över olika marknadsföringsåtgärder som alltid är otillåtna, dels en kompletterande generalklausul. Här nedan kommer det att redogöras för förbudet mot vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL i regelkatalogen och renommésnyltning enligt generalklausulen i 4 § MFL. Vad gäller sanktioner, så är det strängare sanktioner knutna till förbuden i regelkatalogen än till otillbörliga förfaranden som faller inom generalklausulen.

5.2 Vilseledande efterbildning 8 § MFL

Genom 1995 års marknadsföringslag kan vilseledande utformning av en efterbildning ligga i själva varans yttre form eller utseende.¹⁷⁸ Regelkatalogen i MFL innehåller en uttrycklig förbudsbestämmelse mot

¹⁷⁶ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 269.

¹⁷⁷ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 276.

¹⁷⁸ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 288.

vilseledande efterbildningar i 8 § MFL. Enligt den bestämmelsen får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller emellertid inte efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten mer funktionell. Syftet med bestämmelsen är att skydda konsumenter och näringsidkare mot vilseledande marknadsföring. En bedömning enligt 8 § MFL hänförs till själva vilseledandet. Bedömningen sker helt fristående till om det skett ett intrång i immateriell rättighet. Bedömningen sker konkret och individualiserat och varje situation bedöms för sig.¹⁷⁹ Frågan om vilseledande avgörs på grundval av en helhetsbedömning.¹⁸⁰

Bestämmelsen uppfyller Sveriges åtagande enligt Pariskonventionen om industriellt rättsskydd, art. 10 bis st. 3.1, vilken föreskriver att förbud särskilt skall meddelas mot ”alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det vara må, framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel”.

I praxis från Marknadsdomstolen kan tre väsentliga kriterier utläsas, vilka normalt skall vara uppfyllda för att en vilseledande efterbildning skall anses föreligga. Originalen skall ha *särprägel*, det skall *vara känt* på marknaden så att det förknippas med en viss näringsidkare och det skall föreligga fara för *förväxling*.¹⁸¹ Dessa tre kriterier kommer att utvecklas mer nedan. I praxis kan även utläsas att det varit lättare att nå framgång med en talan gällande otillbörliga förpackningsefterbildningar än med en talan gällande rena produktefterbildningar. Det kan således konstateras att det är lättare att individualisera förpackningar än rena produkter.¹⁸²

Det finns likheter mellan marknadsrättens skydd mot otillbörlig efterbildning och immaterialrätternas objektskydd särskilt varumärkesrätten. Varumärkesrättens särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet och inarbetning är påfallande lika marknadsrättens krav på särprägel, förväxling och kännedom. Holmqvist har konstaterat att de marknadsrättsliga efterbildningsfallen i realiteten är en känneteckensrättslig bedömning av en varuutstyrsel, klädd i marknadsföringsrättens språkdräkt.¹⁸³

5.2.1 Särprägel

Utformningen skall ha en huvudsakligen särskiljande funktion för att anses ha särprägel. Avsikten med utformningen skall vara att ge varan ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer varan från andra varor.¹⁸⁴ I kravet på

¹⁷⁹ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 283.

¹⁸⁰ Se exempelvis MD 1974:5 (Blomin).

¹⁸¹ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren s. 284.

¹⁸² Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 63.

¹⁸³ Holmqvist, NIR 1987 s. 53

¹⁸⁴ Levin, se not 38 till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-Plus.

särprägel innefattas att produktens utformning i det efterbildande hänseendet inte skall vara huvudsakligen tekniskt eller funktionellt betingad. Detta gäller även om det finns alternativa lösningar. På grund av intresset för effektiv konkurrens bör det inte finnas några hinder för näringsidkare att tekniska och funktionella utstyrselar som är allmänt tillgängliga.¹⁸⁵ Det kan påpekas att det marknadsrättsliga respektive det mönsterrättsliga begreppet särprägel är helt fristående från varandra.¹⁸⁶ Nedan kommer ett antal fall att refereras för att visa på hur domstolen har bedömt begreppet särprägel.

Ursprunglig kommersiell särprägel behöver inte föreligga. Vilket ett fall gällande ett ruttmönster bekräftar.

MD 2000:25 (Hästens Sängar)

Marknadsdomstolen konstaterade att det av Hästen använda ruttmönstret hade blivit känt på marknaden på ett sådant sätt att det förknippades med Hästens sängar och madrasser. Detta genom bolagets omfattande marknadsföringsåtgärder. På så sätt hade Hästens ruttmönster förvärvat särskiljningsförmåga och det fick därigenom anses ha särprägel.

MD 1976:11 (KEVI)

Målet gällde efterbildning av länkrullar till möbler. Domstolen fann att utstyrseln var särpräglad, efterbildningen kunde dock inte förbjudas på grund av att det inte hade visats att originalprodukten var känd på marknaden.

KEVI-rullens utstyrsel ansågs vara särpräglad. I övrigt visar praxis före 1995 års MFL att rena produktutformningar i princip inte kunde erhålla efterbildningsskydd, se nedan MD 1977:25. Dagens rättsläge ser dock annorlunda ut.

MD 1977:25 (Fiskars)

Målet gällde en Fiskars' sax. Enligt Marknadsdomstolen krävdes det i första hand att saxen kunde anses ha en särpräglad utformning. Domstolen konstaterade att om man bortsåg från materialval och storlek, så hade saxen samma form som en traditionell skräddarsax, vilket kunde ha anpassats genom valet av plast som material. Eftersom plast vid tidpunkten för avgörandet kunde betraktas som ett naturligt materialval, kunde storleksskillnader inte medföra att saxens utformning skulle anses vara särpräglad. Domstolen anförde även att övriga formgivningsdetaljer inte var av sådan karaktär att saxen kunde anses ha en särpräglad utformning. Vad gällde den likhet beträffande färg som förelåg mellan saxarna, beaktade MD de allmänna förhållandena gällande färgsättning vid marknadsföring av hushållsartiklar. Vissa färger var vanligare än andra och fabrikanter av olika produkter verkade använda i stort sett samma färgskala, särskilt när det gällde produkter av plast. Färgsättningen kunde därmed lika litet som själva formgivningen åberopas som grund för att saxen skulle ha en särpräglad karaktär.

Fallet nedan visar att LEGO:s byggklossar har ansetts inneha särprägel, trots att de till grunden har en funktionell utformning.

MD 2004:23 (LEGO)

Marknadsdomstolen ansåg att LEGO:s byggklossar hade en till grunden funktionell utformning genom sin konstruktion med knoppar, vilka gjorde det möjligt att koppla ihop klossarna med varandra. Byggklossarna hade även vissa designmässiga och godtyckliga formgivningsmoment. Exempelvis proportionerades byggklossarna för att skapa en tilltalande form. Det bör i och för sig inte finnas något marknadsrättsligt hinder för andra att

¹⁸⁵ Svensson, Stenlund, Brink, Ström, Praktisk marknadsrätt, s. 222.

¹⁸⁶ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 285.

marknadsföra leksaksbyggklossar med samma typ av knoppar som kan kopplas samman med LEGO:s klossar. Av undersökningen som gjordes i anledning av målet kunde det konstateras att LEGOS:s byggklossar funnits på marknaden i huvudsakligen samma utförande under de senaste 50 åren. Klossarna hade varit föremål för en omfattande och systematisk marknadsbearbetning. LEGO:s klossar hade även erhållit ett stort antal design- och formpriser. Av undersökningen framgick att 95 procent av omsättningskretsen förknippade en oidentifierad baskloss med LEGO. Marknadsdomstolen konstaterade att alla LEGO:s byggklossar måste anses vara typiska, speciella och karakteristiska på så sätt att de förknippas med LEGO. Byggklossarna ansågs ha förvärvat särprägel genom inarbetning och de ansågs vara välkända. Marknadsdomstolen konstaterade att de av Bilema marknadsförda byggklossarna av märket COKO var så gott som identiska med LEGO:s byggklossar såvitt avsåg former, dimensioner och färger. Enligt Marknadsdomstolens mening var det inte bara lätt att förväxla dem, det var också svårt att särskilja dem, även vid en direkt jämförelse sida vid sida.

Marknadsdomstolen har nyligen ogillat en talan om vilseledande efterbildning gällande utformningen av bestick.

MD 2007:7 (Bestick)

Marknadsdomstolen ogillade en talan om vilseledande efterbildning vad gällde bestick av s.k. fransk modell mot bakgrund av att besicken inte ansågs särpräglade. Besticken var inte de första besticken inom branschen med fransk utformning. För att besticken skulle anses ha särprägel krävdes det att besticken skulle ha en utformning som var ägnad att i estetiskt hänseende skilja sig från andra bestick i fransk modell. Besticken saknade särskilda formgivningsdetaljer utöver de grundläggande detaljer som flertalet bestick av fransk modell hade.

5.2.2 Känd på marknaden

Kriteriet om känd på marknaden har sin bakgrund i det förhållandet att ett vilseledande om kommersiellt ursprung, i vart fall av någon betydelse, förutsätter att det kännetecknen till vilket man anknyter är någorlunda känt i användarkretsen. Användarkrets består normalt av de konsumenter som efterfrågar den gällande produkten. Kretsen kan dock vara snävare, t.ex. en viss krets av företag. Det är tillräckligt att produkten är känd på en viss, geografiskt avgränsad marknad.¹⁸⁷

Begreppet känd avser i princip att produkten är inarbetad.¹⁸⁸ Produktens form eller utstyrelse skall vara bekant för användarkretsen på så sätt att den förknippas med en viss näringsidkare, d.v.s. med ett kommersiellt ursprung. Användarna behöver dock inte veta vilket företag det är fråga om. Det är tillräckligt att det är känt för användarna att formen hör till en viss produkt och vilken typ av produkt det rör sig om. Det kommersiella ursprunget kan således vara anonymt.¹⁸⁹ Enligt Bernitz krävs det inte att produkten är inarbetad i samma utsträckning som i varumärkesrättslig mening. Bedömningsprinciperna ligger dock nära varandra.¹⁹⁰ Enligt praxis så är kravet på inarbetning strängt och om det inte är helt uppenbart att produkten

¹⁸⁷ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 285.

¹⁸⁸ Se Levin, not 38 till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-Plus.

¹⁸⁹ Svensson, Stenlund, Brink, Ström, s. 222.

¹⁹⁰ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 285.

är känd på marknaden, så måste detta förhållande påvisas.¹⁹¹ I normalfallet är det tillräckligt att ungefär en tredjedel av målgruppen uppfattar utstyrseln som ett kännetecken.¹⁹²

5.2.3 Förväxling

Med förväxling åsyftas främst förväxling beträffande det kommersiella ursprunget. Det kommersiella ursprunget innebär att konsumenten uppfattar en viss produkt som en annan än den han avsett att köpa p.g.a. dess kända ursprung, dess kvalitet eller annat som fått honom att särskilt uppskatta eller minnas produkten i fråga.¹⁹³

Det är inte endast slavisk kopiering som innefattas i begreppet efterbildning, utan alla förväxlingsbara utformningar med beaktande av att konsumenten endast har en bleknade minnesbild. Det är således helhetsintrycket som är det väsentliga. För att konsumenten skall kunna få en minnesbild av produkten måste den vara känd och särpräglad. Med hänsyn till praxis på området kan emellertid slutsatsen dras att det krävs en mycket närgången efterbildning för att förväxlingsbarhet skall föreligga.¹⁹⁴ Bedömningen kan dock påverkas av vilken typ av köpsituation det handlar om. När det rör sig om varor som köps rutinmässigt och dagligvaror som köps genom självbetjäning så är helhetsintrycket det avgörande. När det å andra sidan rör varor som konsumenten köper mer sällan skall det beaktas att konsumenten kan antas gå mer grundligt till väga.¹⁹⁵ Denna bedömning påminner om den princip som används i varumärkesrätten, vilken ger uttryck för att likhetsbedömningen för alla varor inte skall vara densamma.

Nedan kommer två fall presenteras där risk för förväxling förelåg och två fall där det inte förelåg någon risk för förväxling.

MD 1992:2 (Taxi Stockholm)

Marknadsdomstolen förbjöd användningen av en taxilykta i en viss utformning, eftersom den bedömdes som vilseledande genom att den hade en förväxlingsbar likhet med ett konkurrerande företags kända lykta.

MD 2001 s. 12 (Elflugan)

De elektriska ljusstakarna Elflugan var uppbyggda av olika höga, tunna och raka stavar med ljuspunkter i toppen, placerade på en basplatta. Produktefterbildningarna, de elektriska ljusstakarna Cascade nr. 19, 21 och 23 och Cascade Fisk var uppbyggda på liknade sätt. Trots att det fanns vissa skillnader mellan de olika produkterna, så återfanns alla de för Elflugan karaktäristiska formdetaljerna hos samtliga aktuella Cascade-ljusstakar. Helhetsintrycket av Elflugan och Cascade-ljusstakarna var i allt väsentligt detsamma. Enligt Marknadsdomstolens mening fanns det en uppenbar risk för att Cascade-ljusstakarna lätt kunde förväxlas med Elflugan.

¹⁹¹ Se Levin, not 38 till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-Plus.

¹⁹² Svensson, Stenlund, Brink, Ström, s. 222.

¹⁹³ Se Levin, not 37 till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-Plus.

¹⁹⁴ Se Levin, not 36, marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-Plus.

¹⁹⁵ Svensson, Stenlund, Brink, Ström, s. 223.

MD 2002:27 (Glasstårta)

Marknadsdomstolen fann att Åhus' glasstårta, inte utgjorde en efterbildning som var ägnad att vilseleda konsumenterna om produktens kommersiella ursprung av GB:s glasstårta Vienetta. Domstolen fokuserade sin bedömning på en jämförelse mellan förpackningarna och produkterna, så som de hade avbildats på förpackningarna. MD konstaterade att vid en jämförelse mellan produkterna på förpackningarna, så uppvisade Åhus produkt d.sign vissa likheter med Vienetta och dess förpackning. Färgvalet och utformningen av namnet Åhus och benämningen d.sign på förpackningen skilde sig dock markant från GB:s förpackning, vilket starkt neutraliserade likheten i produktbilden. Med detta i beaktande fann inte MD att Åhus glasstårta gav ett sådant helhetsintryck att risk för förväxling med produkten Vienetta uppkom.

MD 2006:3 (LEGO)

Marknadsdomstolen ansåg att marknadsföringen av leksaksbyggklossar inte utgjorde vilseledande efterbildning av LEGO:s kända och särpräglade byggklossar. MD fann vid sin bedömning att den risk för förväxling som kunde föreligga mellan bolagens klossar neutraliserades vid inköpstillfället genom att svarandebolagets klossar endast marknadsfördes i förpackningar som tydligt skiljde sig åt från kärandebolagets förpackningar. Marknadsdomstolen konstaterade även att renommésnyltning inte förelåg.

5.2.4 Funktionellt betingade utstyrselar

Enligt 8 § andra meningen kan en huvudsakligen funktionellt betingad formgivning inte förbjudas även om det finns alternativa tekniska lösningar.¹⁹⁶ Regeln har tagits med för att motverka eventuella konkurrensbegränsade effekter. Huvudsakligen funktionellt betingade element i en produkts utformning uppfyller inte lagtextens krav på särprägel.¹⁹⁷ För att MFL skall kunna tillämpas på en efterbildning av en varuutstyrsel, torde det fordras att formen är varierbar och att konsumenten kan känna igen produkten på formen. Enligt Bernitz är gränsdragningen mellan funktionella element, d.v.s. former som är fria för alla, och särpräglad utformning, vilken är skyddad, vansklig.¹⁹⁸ Nedan kommer redogöras för tre fall där Marknadsdomstolen ansett att formen varit funktionellt betingad.

MD 1981:2 (Conex)

Målet gällde efterbildningen av en klämringsskoppling. Marknadsföringen av efterbildningen kunde inte förbjudas trots att den i stort sett var identisk med originalet. Skälet till detta var att såväl efterbildningen som originalet huvudsakligen var funktionellt betingat.

MD 1995:23 (Kupolhus)

Marknadsdomstolen fann att utformningen av ett visst slags kupolhus var huvudsakligen tekniskt eller funktionellt betingat. Med hänsyn till det allmänna intresset av en effektiv konkurrens, borde därför formgivningen vara tillgänglig för envar, om inte annat följde av särskild lagstiftning.

MD 2004:23 (LEGO)

Marknadsdomstolen fann att LEGO-klossarnas knoppar i grunden var funktionellt betingade. Samtidigt ansåg emellertid domstolen att deras utformning var särpräglad (se

¹⁹⁶ Jmf. 5 § VmL

¹⁹⁷ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 289.

¹⁹⁸ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 290.

ovan). Det fanns inget praktiskt hinder mot att framställa byggklossar med en annan utformning, men fortfarande med samma tekniska funktion som LEGO-klossarna och LEGO-systemet. En produktefterbildning kunde därmed förbjudas.

I och med LEGO-avgörandet kan en viss antydning ses till en ändrad uppfattning i bedömningen av skyddet mot produktefterbildningar. Avgörandet indikerar på att domstolen fäste vikt vid variationsutrymmet i formgivningen.¹⁹⁹ I och med Marknadsdomstolens LEGO-avgörande kan vi se att det råder viss diskrepans mellan varumärkesrätten och marknadsrätten, då LEGO-klossen inte ansetts kunna skyddas av varumärkesrätten, men en efterbildning kan stoppas genom marknadsrätten. Detta kan ses som synnerligen märkligt.

5.3 Renommésnyltning

Renommésnyltning stadgas i generalklausulen i MFL. Enligt 4 § MFL kan en näringsidkare, vars marknadsföring strider mot god marknadsförings sed eller på något annat sätt är otillbörligt mot konsumenter eller näringsidkare, förbjudas att fortsätta med marknadsföringen eller att vidta någon annan liknande åtgärd. Renommésnyltning har kommit att utkristalliseras genom Marknadsdomstolens praxis. Renommésnyltning innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken eller andra symboler eller specifika koncept, utan att det förekommer förväxlingsbarhet eller vilseledande i övrigt.²⁰⁰ Det krävs att det som utnyttjas är väl känt på marknaden, så att det på det sättet kan förknippas med den andre näringsidkarens renommé. Enligt Marknadsdomstolen består det otillbörliga av att den snyltande till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenten, vilket skapas genom insatser av den andre näringsidkaren. Ett sådant utnyttjande är typiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och att försämra konsumenternas marknadsöverblick.²⁰¹ Marknadsdomstolen benämner värdet som ”snyltas på” som uppmärksamhetsvärde.²⁰²

Vad gäller funktionellt betingade utstyrslar skulle man rent teoretiskt kunna tänka sig att sådana efterbildningar vore möjliga att förbjuda på grund av att marknadsföringen av dem skulle innebära renommésnyltning. Frågan är dock om det skall anses otillbörligt enligt 4 § MFL. Enligt Nordell ”talar systematiska skäl emot att generalklausulen på detta sätt skulle kunna utvidga skyddsområdet enligt 8 § MFL. För att renommésnyltning skall kunna komma i fråga, bör det krävas marknadsföringsåtgärder, andra än ett rent tillhandahållande av efterbildade produkter. Eljest skulle ju begränsningen i 8 § andra meningen MFL kunna kringgås genom en

¹⁹⁹ Nordell, NIR 2005 s. 452.

²⁰⁰ Bernitz, Karell, Pehrson, Sandgren, s. 294.

²⁰¹ Se MD 1999:21 (Robinson) och senare avgöranden om renommésnyltning.

²⁰² Se exempelvis nedan beskrivet rättsfall, MD 2000:25 (Hästens Sängar).

tillämpning av generalklausulen, något som knappast kan ha varit avsett av lagstiftaren.²⁰³

Renommésnyltning kan med fördel åberopas som andrahandsgrund för att angripa ett otillbörligt utnyttjande av en känd och särpräglad produktutformning, även om förfarandet inte anses medföra förväxlingsrisk, se nedan MD 2000:25.

MD 2000:25 (Hästens Sängar)

Vid marknadsföringen av sängar användes ett rutmönster som utstyrsel på sängar och madrasser, vilket var likartat det av Hästens Sängar använda rutmönster. Marknadsföringen ansågs inte vara vilseledande enligt 6 eller 8 § MFL. Marknadsdomstolen fann emellertid att marknadsföringen hade en stark anknytning till det andra företags kända rutmönster och associerade till detta. Det uppmärksamhetsvärde som Hästens Sängar skapat utnyttjades kommersiellt av det andra företaget. Domstolen bedömde att marknadsföringen utgjorde renommésnyltning och därmed var den otillbörlig enligt 4 § MFL.

5.4 Skydd mot illojal konkurrens tillämpat på leksakers formgivning

Vad gäller förbudet mot vilseledande efterbildning så krävs det att leksakens form har särprägel, är känd och att det föreligger förväxling mellan den efterbildande formen och originalet. Som ovan nämnts finns det likheter mellan marknadsrättens skydd mot otillbörlig efterbildning och varumärkesrätten. Varumärkesrättens särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet och inarbetning liknar marknadsrättens krav på särprägel, förväxling och kännedom. Mycket av det som jag kommit fram till beträffande varumärkesskyddet tillämpat på leksakers formgivning borde därför kunna tillämpas på skyddet mot otillbörlig efterbildning av leksakers formgivning.

5.4.1 Särprägel

Särprägelkravet borde kunna avgöras utifrån ett barns synsätt eftersom det är barn som leker med leksaker. Det kan tänkas att domstolen ska ta hänsyn till hur ett barn skulle ha bedömt frågan huruvida formen på varan har ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer leksaken från andra leksaker.

5.4.2 Känd på marknaden

Kriteriet att leksakens form skall vara känd på marknaden förutsätter att kännetecknet som man anknyter till är någorlunda känt i användarkretsen. Denna användarkrets borde kunna utgöras av barn, eftersom de är dessa som

²⁰³ Citat, Nordell, NIR 2005 s. 453 f.

använder leksaker och enligt Bernitz m.fl. skall användarkretsen bestå av de konsumenter som efterfrågar den gällande produkten.²⁰⁴

5.4.3 Förväxling

Med hänsyn till praxis kan det konstateras att det krävs en mycket närgången efterbildning för att förväxlingsbarhet skall anses föreligga.²⁰⁵ Enligt Svensson m.fl. kan förväxlingsbedömningen påverkas av vilken typ av köpsituation det rör sig om.²⁰⁶ Om det gäller billigare leksaker som köps rutinmässigt genom självbetjäning så blir helhetsintrycket det avgörande. Ett exempel på en typ av sådana här leksaker skulle kunna vara LEGO-klossar. Dessa är förhållandevis billiga och finns oftast att köpa i leksaksaffärer och på stormarknader. Om det istället gäller dyrare leksaker, som köps mer sällan, ska domstolen beakta att konsumenten troligen gått mer grundligt tillväga.

²⁰⁴ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 285.

²⁰⁵ Se Levin, not 36, marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-plus.

²⁰⁶ Svensson, Stenlund, Brink, Ström, s. 223.

6 Slutsatser

Som jag presenterade i inledningen är syftet med denna uppsats att undersöka det befintliga skyddet för leksakers formgivning. Som visats kan leksakers design skyddas genom upphovsrätten, mönsterrätten, varumärkesrätten såväl som genom marknadsrätten och inget hindrar att dessa skydd löper parallellt. De olika skyddsformerna skiljer sig emellertid åt, exempelvis vad gäller skyddsförutsättningar och skydden varar under olika lång tid. De olika skyddsformerna lämpar sig därmed olika väl för olika leksaker. Jag kommer nedan att besvara frågeställningarna som presenterades inledningsvis. Jag kommer att börja med att kort redogöra för de olika skyddsmöjligheter som finns till hands som skydd för leksakers formgivning och lyfta fram de för- och nackdelar som finns med de olika skyddsformerna.

6.1 För- och nackdelar med de olika skyddsformerna

6.1.1 Det upphovsrättsliga skyddet för leksakers formgivning

Det upphovsrättsliga skyddet utgör ett långvarigt skydd, sjuttio år efter upphovsmannens död. Det krävs ingen registrering för att en leksak skall skyddas av upphovsrätten, skyddet uppkommer i och med att leksaken skapas. Skyddet är även kostnadsfritt. För upphovsrättsligt skydd krävs det att formgivningen uppfyller kravet på verkshöjd. Formgivningen av vissa leksaker torde uppfylla detta krav, men långt ifrån alla. Jag har i uppsatsen visat på en del fall där leksaker inte ansetts utgöra alster av brukskonst och som då inte kunnat skyddas av upphovsrätten. En nackdel med upphovsrätten är följaktligen att det kan vara svårt för en formgivare att veta huruvida hans leksak uppfyller kravet på verkshöjd och därmed kan skyddas av upphovsrätten. Vad beträffar det upphovsrättsliga skyddet för industridesign är rättsläget tämligen oklart. För att få klarhet i rättsläget har HD har gett prövningstillstånd till att ta upp och pröva huruvida ficklampan Mini Maglite kan skyddas av upphovsrätt.²⁰⁷ Jag finner att Högsta domstolens avgörande i Mini Maglite-målet kommer att bli avgörande även för hur man skall se på det upphovsrättsliga skyddet för vissa leksakers formgivning.

²⁰⁷ Högsta domstolens beslut, mål nr. T 1421-07 (Mini Maglite. Högsta domstolens beslut att bevilja prövningstillstånd).

6.1.2 Det mönsterrättsliga skyddet för leksakers formgivning

Mönsterskydd en mycket lämplig skyddsform för leksakers design. Som krav uppställs nyhet och särprägel, vilka torde vara betydligt lättare för en leksaksdesign att uppnå än kravet på verkshöjd. Nyhetskravet avgörs genom en objektiv prövning och även fastställandet av särprägel bestäms i stort sett genom en objektiv prövning utifrån den kunnige användaren.²⁰⁸

En nackdel med mönsterskyddet torde vara att det har begränsad utsträckning i tiden. Mönsterskydd kan erhållas under maximalt tjugofem år och därefter kan designen vara helt oskyddad. Då förprövningen tagits bort, kan en designinnehavares registrerade rättighet vara en aning osäker, eftersom en innehavare av en tidigare registrerad rättighet senare kan komma att invända mot mönsterregistreringen. Detta skedde genom ett beslut från OHIM, där en registrerad formgivning av en docka ogiltigförklarades.²⁰⁹ En annan nackdel med det registrerade mönsterrättsliga skyddet är att det tar tid och kostar pengar att registrera en design. Det har emellertid införts en bestämmelse om en nyhetsfrist i ML. Detta ger designinnehavaren en möjlighet att testa produkten på marknaden innan han registrerar formgivningen. På så sätt kan det avgöras huruvida det finns potential för en fortsatt försäljning och om det är värt att lägga ner pengar på en registrerad rättighet. Alla designinnehavare har inte den ekonomiska förutsättningen att registrera alla sina formgivningar och därför tror jag att vissa formgivare chansar på att inte mönsterskydda sina formgivningar.

Nya möjligheter har uppstått i och med skyddet av oregistrerad gemenskapsformgivning. Leksaker är en produktkategori som typiskt sett har korta produktlivscyklar. I dessa fall lönar sig inte en registrering och det blir även knappt om tid för att hinna med en sådan. En annan fördel med det oregistrerade skyddet är att det inte kostar något för designinnehavaren. Förhoppningsvis kan det oregistrerade skyddet bli ett effektivt verktyg mot oönskade kopior. En annan fördel med det oregistrerade skyddet är att det kan göras gällande inom hela EU.

6.1.3 Det varumärkesrättsliga skyddet för leksakers formgivning

Som ovan beskrivits så kan formen eller utstyrseln på en vara uppnå varumärkesrättsligt skydd. Det varumärkesrättsliga skyddet är obegränsat i tiden, vilket är en fördel för designinnehavaren. För varumärkesskydd krävs särskiljningsförmåga. Det är en normalt informerad, samt skäligen upplyst konsument som skall bedöma om kravet på särskiljningsförmåga är uppfyllt. För att en utstyrsel skall anses skyddsvärd måste det kunna visas att det finns en särskild varumärkeskvalitet utöver varans form, vilket har

²⁰⁸ Massa & Strowel, s. 77

²⁰⁹ Decision of the Invalidity Division, ICD 000000461.

bekräftats av EG-domstolen i mål C-136/02 (Mag-Lite) och av PBR i mål nr. 02-236 (Toblerone).

En annan nackdel med det varumärkesrättsliga skyddet är att varumärken kan bli hävda p.g.a. av att de inte används, se användningstvånget, vilket stadgas i 25 a § VML. Ett annat problem som kan uppstå är att ett varumärke kan bli hävt p.g.a. degeneration. Enligt Koktvedgaard/Levin kan det nämligen inte uteslutas att varuutstyrslar kan degenerera.²¹⁰

6.1.4 Det marknadsrättsliga skyddet för leksakers formgivning

Syftet med 8 § MFL är att skydda konsumenter och näringsidkare mot vilseledande marknadsföring. Syftet är inte att skydda designinnehavarens ensamrätt, vilket är syftet med immaterialrätterna.²¹¹ Skyddet kan ses som ett komplement till de immaterialrättsliga skyddsformerna. I praktiken är det vanligt att en efterbildning enligt MFL parallellt utgör ett immaterialrättsintrång. Designinnehavaren har i detta läge tillgång till två olika processuella alternativ. Det marknadsrättsliga alternativet kan ofta ses som mer attraktivt. Om designinnehavaren väljer det marknadsrättsliga alternativet med vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL kan han yrka förbud, även interimistiskt sådant, skadestånd samt utdömmande av marknadsstörningsavgift. Om designinnehavaren endast yrkar förbud, blir det ett eninstansförfarande i MD. Yrkar designinnehavaren på skadestånd och/eller marknadsstörningsavgift blir det istället ett tvåinstansförfarande om domen överklagas (Stockolms tingsrätt – Marknadsdomstolen).²¹² Fördelen med ett marknadsrättsligt förfarande är att det oftast går snabbare att få ett avgörande. Påföljderna kan även bli kännbara för den som otillbörligt utnyttjat någon annans formgivning.

Ett av marknadsrättens syften är att skydda konsumenter mot vilseledande efterbildning. Jag finner att detta syfte är mycket viktigt vad gäller leksaker. Leksaker används framförallt av barn och dessa skall inte utsättas för några onödiga risker som kan uppkomma genom undermåliga kopior. En förälder kan bli vilseledd genom utformningen av en leksak. Föräldern är kanske inte medveten om att han köper en kopia och inte en äkta vara. Problemet med otillbörliga kopior kan vara att de inte är tillverkade under samma förutsättningar och säkerhetskontrollerna är inte alltid desamma. Leksakerna kan exempelvis vara tillverkade av ett hälsovådligt material eller så kan leksakerna vara tekniskt felkonstruerade, vilket skulle kunna medföra förfärliga konsekvenser. Genom MFL kan vilseledande efterbildningar stoppas och på så sätt skyddas konsumenterna mot oanade överraskningar.

²¹⁰ Koktvedgaard & Levin, s. 460.

²¹¹ Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 283.

²¹² Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren, s. 291.

6.2 Det lämpligaste skyddet för leksakers formgivning

Denna uppsats har visat på att leksakers design kan skyddas genom flera olika lagar. Det överlappande skyddsområdet vad gäller skydd för design är resultatet av generell öppnade gränser och sänkta trösklar inom hela det immaterialrättsliga systemet. Formgivare och företag vill i allt högre grad skydda nedlagda investeringar som de gjort. Men den allt generösare synen av de olika immaterialrättsliga skyddsformerna, för inte bara fördelar med sig. Prioriterings- eller dominansproblem kan komma att uppstå. Exempelvis kan det uppstå frågor om vilken lag som skall ha företräde. Detta gör sig särskilt aktuellt när olika lagar erbjuder olika långtgående kontrollmöjligheter för rättsinnehavaren. Detta problem har diskuterats av EG-domstolen och problemet är ännu inte löst.²¹³

Vilket skydd som är det lämpligaste för leksakers formgivning måste avgöras i varje enskilt fall. I en artikel i EIPR skriver Levin/Richman att när det optimala skyddet för industridesign för en speciell produkt skall bestämmas, så får man ta hänsyn till designens karaktär, syftet med designen, designinnehavarens budget, länderna i vilka designen behöver skyddas och vilken typ av industri som designen kommer att användas i. I de fall designinnehavaren snabbt behöver få en registrering, så är det klokt att välja det skydd som har kortast registreringsstid.²¹⁴ I de fall designen kan tänkas bli internationellt erkänd, så kan de internationella och europeiska skyddsformerna vara lämpliga. Det kan även vara klokt att gå in och registrera designen i vissa specifika länder som kanske inte omfattas av dessa skydd.

För att bestämma den lämpligaste skyddsformen får man således titta på vilken typ av leksak som det rör sig om. Är det en leksak som har kort livslängd eller är det en leksak som förväntas finnas på marknaden under lång tid framöver? Hur pass utmärkande är designen, närmare bestämt skulle den uppfylla verkshöjdskravet? Enligt min personliga åsikt finner jag att mönsterskyddet ofta är ett lämpligt skydd för leksakers. Det är även detta skydd som Brio och Playsam till stora delar använder eller har använt sig av. Det är säkrare att ha en mönsterregistrering för sin leksak än att förlita sig endast på upphovsrätten, eftersom frågan huruvida en leksaks formgivning uppfyller verkshöjdskravet först prövas då ett intrång skett. Det kan därför te sig aningen vanskligt att förlita sig endast på upphovsrätten. En formgivare behöver emellertid inte välja mellan upphovsrätt och mönsterrett, eftersom dessa två skyddssystem kan löpa parallellt.

²¹³ SOU 2001:26 s. 150 f.

²¹⁴ Levin & Richman, EIPR 2003 s. 111.

6.3 Problem som kan uppkomma när en formgivare vill skydda en leksaks formgivning

Som ovan nämnts ställer skyddsformerna upp olika grundläggande krav för erhållande av skydd för leksakens formgivning. I upphovsrätten krävs det att leksaken når upp till verkshöjdskravet. I mönsterrätten krävs det att formgivningen är ny och särpräglad. För varumärkesrättsligt utstyrselskydd krävs särskiljningsförmåga. I fråga om marknadsföringslagen erfordras det att leksakens utstyrsel är känd och särpräglad för att en kopia skall kunna förbjudas enligt 8 §. Uppfyller inte leksakens formgivning de grundläggande kraven för en skyddsform kan formgivaren inte förlita sig på den skyddsformen, utan han får försöka hitta en annan lämplig skyddsform. Om en leksaks formgivning är funktionellt betingad kan det uppstå problem. Det är svårare att uppnå skydd för en funktionellt betingad formgivning i alla de fyra olika skyddsformerna.

Vad gäller upphovsrättsligt brukskonstskydd konstaterade Hovrätten i Mini Maglite-målet att även om en form är huvudsakligt funktionellt betingad så kan det inte uteslutas att formen givits sådana särdrag att helhetsintrycket av formgivningen ändå når upp till verkshöjdskravet. Det kan dock konstateras att chanserna minskar för att skapa en individuellt och särpräglad formgivning då formgivningen är renodlat funktionell.

På de tre övriga områdena finns det lagstadganden som begränsar skyddet för en funktionellt betingad formgivning. I 4 a § 1 st. nr.1 ML stadgas det att en mönsterrätt inte får omfatta sådana detaljer i en produkts utseende ”som uteslutande är bestämda av produktens tekniska funktion”. I 4 a § ML finns även ett undantag som innebär att skydd inte kan ges åt mönster som avser mekanisk sammankoppling. Till detta undantag finns emellertid ett undantag som tillåter skydd för design som är sinsemellan utbytbar och kan fogas samman ett upprepat antal gånger inom ett modulsystem. Detta är det så kallade Lego-undantaget. I VML finns två bestämmelser vilka begränsar skyddsmöjligheterna för funktionellt betingade utstyrselar. 5 § VML anger formellt varumärkesrättens räckvidd och i den bestämmelsen stadgas det att ensamrätten inte omfattar ”sådan del av kännetecknet, som huvudsakligen tjänar att göra varan mera ändamålsenlig eller eljest att fylla en annan uppgift en att vara kännetecken”. I 13 § 2 st. VML återfinns en regel som rör registreringsförutsättningarna. Genom regeln stadgas det att kännetecken som uteslutande består av en form som följer av varans art, en form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat eller en form som ger varan ett betydande värde inte får registreras som varumärke. Enligt 8 § andra meningen MFL kan efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell inte förbjudas.

För att visa på skillnaderna mellan mönsterskyddet, varumärkesskyddet och förbudet mot vilseledande efterbildning, angående funktionellt betingad utstyrsel, kommer jag att använda mig av en leksak som jag tror att de flesta

känner till, nämligen LEGO-klossen. Denna kloss har ansetts skyddsvärd i mönsterrätten i och med införandet av LEGO-undantaget. Vad gäller varumärkesrätten har Högsta domstolen i NJA 1987 s. 923 avgjort att LEGO-klossen inte anses omfatta någon ensamrätt med hänsyn till att utformningen i huvudsak är funktionellt betingad i enlighet med 5 § VML. OHIM har även hävt LEGO:s varumärkesregistrering av basklossen. En kopia av LEGO-klossen har kunnat förbjudas enligt MFL. I MD 2004:23 ansåg Marknadsdomstolen att LEGO-klossen hade en till grunden funktionell utformning. Trots detta ansåg domstolen att byggklossarna var typiska, speciella och karaktäristiska på så sätt att de förknippades med LEGO. Domstolen ansåg att LEGO:s klossar ansågs ha förvärvat särprägel genom inarbetning och de ansågs även vara välkända. Enligt min mening ter det sig märkligt att det kan uppnås ett, i förhållande till varumärkesrätten, utvidgat skydd för en funktionell formgivning genom marknadsrätten.

Angående undantaget om form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat är det mer strikt konstruerat i varumärkesrätten än det likande undantaget i mönsterrätten. Generaladvokaten i Philips-målet anförde i sitt yttrande att den terminologi som används i mönsterdirektivet, vad gäller det ovan nämnda registreringshindret inte sammanfaller med terminologin i varumärkesdirektivet. Enligt generaladvokaten är skillnaden inte förvånande. Medan mönsterdirektivet inte erkänner externa kännetecken som uteslutande är betingade av teknisk funktion ger varumärkesdirektivet inget skydd åt tecken som endast består av en form på en vara som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat. Den funktionella nivån skall således vara högre för att registreringshinder skall kunna konstateras beträffande mönster. Enligt generaladvokaten är det inte endast så att den beaktade omständigheten krävs för att uppnå ett tekniskt resultat, utan den skall vara oumbärlig för att uppnå ett bestämt tekniskt resultat. Vad gäller omständigheten att formen betingas av funktionen, så innebär den att ett funktionellt mönster likväl kan vara skyddsberättigat om det kan bevisas att samma tekniska funktion kan uppnås genom en annan form.²¹⁵ Om man jämför det två olika skyddsformerna så kan det konstateras att deras syften skiljer sig åt. Som ovan anförts avser varumärket att skydda fastställelsen av varans ursprung och, därigenom indirekt, den goodwill som varan tilldelas, medan mönster syftar till att skydda varan i sig, d.v.s. dess betydande värde, som en ekonomisk faktor.²¹⁶

6.4 Görs det en annan bedömning vad gäller leksaker jämfört med andra typer av produkter?

På upphovsrättsområdet kan det diskuteras huruvida det görs eller borde göras en annan bedömning av verkshöjdskravet när det gäller leksaker

²¹⁵ Mål C 299/99 (Philips), generaladvokatens förslag till avgörande, p. 34.

²¹⁶ Mål C 299/99 (Philips), generaladvokatens förslag till avgörande, p. 37.

jämfört med andra typer av brukskonst. Som synes i praxis är det upphovsrättsliga skyddet mer generöst för textilmönster än för textila leksaker. Det verkshöjdskrav som uppställs för textilmönster tycks vara lägre än det krav som uppställs för textila leksaker. Denna generösa inställning till textilmönster kan förklaras med att mönsterskyddet inte är en lämplig skyddsform för modevaror och därför har domstolen velat utvidga det upphovsrättsliga skyddet för dessa varor. Beträffande leksaker är mönsterskyddet ofta en mycket lämplig skyddsform för ny formgivning. I övrigt har jag inte funnit något som visar på att det skulle uppställas några andra verkshöjdskrav vad gäller leksaker jämfört med annan brukskonst.

För mönsterskydd krävs det att en leksaks formgivning är ny och särpräglad. Nyhetskravet föranleder inte till någon annorlunda bedömning beroende av vilken bransch man befinner sig i. Beträffande särprägelsbedömningen skall den göras med beaktande av arten av den produkt på vilken mönstret har använts eller i vilken det ingår och i synnerhet den industrigren till vilket det hör samt graden av formgivarens frihet att utveckla mönstret.²¹⁷ Här finns således ett utrymme för variation i särprägelsbedömningen. Variationsutrymmet i leksaksbranschen är många gånger begränsat och då krävs det inte lika stora skillnader för att uppnå särprägel. Skillnadskravet kan dock variera mellan olika typer av leksaker. I uppsatsen har två olika fall beskrivits under denna fråga, ett fall med en leksaksbil respektive ett fall med en docka. Det kan konstateras att det är lättare att differentiera en docka än en leksaksbil med ”Ferrariutseende”. Följaktligen kan det noteras att det ställs upp högre skillnadskrav på utseendet av en docka än en leksaksbil. Ett annat beaktande som kan bli relevant vid särprägelsbedömningen är att domstolen skall utgå från den kunnige användaren. Angående den kunnige användaren kan det föras en diskussion om denne skulle kunna vara ett barn och hur det i så fall påverkar särprägelsbedömningen.

Kravet som uppställs för att en leksaks utstyrsel skall kunna skyddas av varumärkesrätten är särskiljningsförmåga. Det är en normalt informerad samt skäligen upplyst konsument som skall avgöra huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga. Vem är då denne konsument när det gäller leksaker? OHIM har berört denna fråga i två mål och kommit fram till att såväl barn som vuxna kan identifieras med denna konsument. Om konsumenten är ett barn kan det tänkas att bedömningen av om en leksaksutstyrsel har särskiljningsförmåga skiljer sig från den bedömning som en vuxen hade gjort i samma fråga. Detta resonemang är även relevant vid intrångsbedömningen. Enligt principen om att likhetsbedömningen inte skall vara den samma för alla varumärken kan bedömningen differentieras efter varans art och köparkretsens egenskaper. Likhetsbedömningen kan snävas in om köparkretsen består av experter. En omvänd regel skulle kunna vara aktuell om köparkretsen består av barn. Likhetsbedömningen blir då inte lika sträng eftersom barn inte torde vara lika uppmärksamma på detaljskillnader som experter. Leksaksutstyrselar som utgör varumärken kan därför tillåtas vara mer lika varandra än varumärken på varor som köps in av

²¹⁷ Se mönsterdirektivets ingress st. 13.

experter. Följaktligen kan det konstateras att det kan ske en annan bedömning beroende på att den skyddsvärda utstyrseln är just en leksak.

Även vad beträffar skyddet mot otillbörlig efterbildning kan bedömningen troligtvis bli annorlunda då man kan utgå ifrån att särprägelbedömningen och förväxlingsbedömningen skall kunna ske utifrån ett barns synsätt.

Käll- och litteraturlförteckning

Bild på framsidan

”Jetliner” (Playsam). Foto: Lindström, Jonas. Design: Hanses, Ulf.
<http://www.playsam.se/Jetliner.aspx> (07-09-18)

Offentligt tryck

Kommitébetänkanden

SOU 1956:25 (Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av Auktorrättskommittén)
SOU 1958:10 (Förslag till varumärkeslag. Betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen)
SOU 1965:61 (Mönsterskydd. Betänkande med förslag till lag om mönsterskydd. Angivet av mönsterskyddsutredningen)
SOU 2000:79 (Mönster, form, design. Förslag till genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd m.m.)
SOU 2001:26 (Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen. Slutbetänkande av Varumärkeskommittén)
SOU 2001:68 (Förslag till ny formskyddslag)

Departementspromemorior

Ds 1992:13 (Ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.)

Propositioner

Prop. 1960:167 (Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk)
Prop. 1969:168 (Förslag till mönsterskyddslag)
Prop. 1988/89:85 (Om upphovsrätt och datorer)
Prop. 1992/93:48 (Ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet)
Prop. 1994/95:59 (Ändringar i upphovsrättslagen)
Prop. 1997/98:117 (Framtidsformer – Handlingsprogram för arkitektur, formgivning och design)
Prop. 2001/2002:121 (Genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd m.m.)
Prop. 2003/04:177 (Ändringar i mönsterskyddslagen på grund av EG-förordningen om gemenskapsformgivning)

Direktiv

EG-direktiv 89/104/EEG (varumärkesdirektivet)
EG-direktiv 91/250/EEG om datorprogram
EG-direktiv 93/98/EEG om skyddstider
EG-direktiv 96/9/EEG om databaser
Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG om mönsterskydd (mönsterdirektivet)

Doktrin

- Bernitz Ulf / Karnell, Gunnar / Pehrson, Lars / Sandgren, Claes:
Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, upplaga nio, Elanders Gotab AB,
Stockholm, 2005.
- Holmqvist, Lars: Varumärkens särskiljningsförmåga, Norstedts Juridik AB,
Stockholm, 1999
- Koktvedgaard, Mogens / Levin, Marianne: Lärobok i Immaterialrätt,
upplaga 9, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007
- Levin, Marianne: Formskydd, LiberFörlag, Stockholm, 1984
- Levin, Marianne / Wessman, Rickard: Varumärkesrättens grunder,
Norstedts Juridik AB, 1997.
- Nordell, Per Jonas: Marknadsrättens goodwillskydd, Norstedts Juridik AB,
Stockholm, 2003
- Rätten till det visuella, Jure AB, Stockholm, 1997
 - Varumärkesrättens skyddsobjekt. Om ordkänneteckens mening och referens, Elanders Gotab, Stockholm, 2004
- Olsson, Henry: Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar, Norstedts
Juridik AB, Stockholm, 1996
- Svengren, Lisbeth: Industriell design som strategisk resurs, Lund
University Press, Malmö, 1995

Kommenterad lagtext

- Levin, Marianne: Kommentarer till mönsterskyddslagen (1970:485),
Karnov-Plus
- Kommentarer till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov-Plus

Tidskrifter

- Bernitz, Ulf: Brukskonstskyddet i ljuset av den svenska Smultrondomen
(NIR 1994 s. 356)
- Hakoranta, Eeva: I gränslandet mellan skyddsformer. Skyddet för design
(NIR 2005 s. 42)
- Holmqvist, Lars: Varans form som kännetecken (NIR 1987 s. 4)3
- Karnell, Gunnar: Högsta domstolen bland smultron och jordgubbar, mellan
tvåstolar? (NIR 1994 s. 85)
- Levin, Katrine / Richman, Monica: Survey of industrial design protection
(EIPR 2003 s. 111)
- Levin, Marianne: Levin Commentary, Kluwer Law International, Haag,
1996
- Varumärkesrättsligt ”designskydd” ur ett svenskt perspektiv (NIR 1996 s.
297)
- Massa, Charles-Henry / Strowel, Alain: Community Design: Cinderella
Revamped (EIPR 2003 s. 68)
- Nordell, Per Jonas: Dubbelskapande i teori och praktik (NIR 1995 s. 630)

- Skyddet för funktionellt betingade utstyrselar (NIR 2005 s. 433)
- Verkshöjd och brukskonst med anledning av ett yttrande och två notiser (NIR 1990 s. 560)

Intervjuer

Hauswolff, Claes: vice koncernchef för BRIO-koncernen och brandmanager, telefonintervju, 07-06-20

Zedig, Carl: designchef för Playsam, Kalmar, 07-08-03

Internetkällor

www.playsam.se

Övrigt material

Upphovsrättsligt skydd för brukskonst, Yttranden 1976-1991, Svensk Forms Opinionsnämnd, Stockholm, 1991

Upphovsrättsligt skydd för brukskonst, Yttranden 1976-1991, Svensk Forms Opinionsnämnd, Stockholm, 2001

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1935 s. 712 (Rudastolen)

NJA 1962 s. 750 (Stringhylla)

NJA 1964 s. 532 (Luxusspegeln)

NJA 1987 s. 923 (LEGO)

NJA 1994 s. 74 (Smultron)

NJA 1995 s. 164 (Stickad tunika)

NJA 1995 s. 631 (Sundborn)

NJA 2004s s. 149 (Golvskiva)

T 1421-07 (Mini Maglite. Högsta domstolens beslut att bevilja prövningstillstånd)

Hovrätterna

Svea Hovrätt dom den 27 april 1974 (Observer 17 - motorbåt)

Göta Hovrätt dom den 27 april 1978 (Kevi - klädrulle).

RH 1997:13 (Kriss-jackor I)

Hovrätten för Västra Sverige dom den 1 november 1996 (Kriss-jackor II)

RH 2002:11 (Robina Fisk)

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr. T 826-04 (Nalle Puh)

Svea hovrätt, mål nr. T8982-5 (Fjällräven-jacka)

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr. T916-05 (Mini Maglite)

Tingsrätterna

Ljunby Tingsrätt, mål nr. T 13/96 (Tripp-trapp)

Regeringsrätten

RÅ 1966 s. 35 (Philishave)

Patentbesvärsrätten

PBR 1995-12-15 (Ferraribil)

PBR, mål nr. 94-525

PBR mål nr. 93/001 (Godisbil)

PBR mål nr. 94/348 (Likörflaska)

PBR mål nr. 02-236 (Toblerone)

PRV

AB-145/84 (Leksaksbyggsats)

Marknadsdomstolen

MD 1974:5 (Blomin)

MD 1776:11 (KEVI)

MD 1977:25 (Fiskars)

MD 1981:2 (Conex)

MD 1992:2 (Taxi Stockholm)
MD 1995:23 (Kupolhus)
MD 1999:21 (Robinson)
MD 2000:25 (Hästens Sängar)
MD 2001:12 (Elflugan)
MD 2002:27 (Glasstårta)
MD 2004:23 (LEGO)
MD 2006:3 (LEGO)
MD 2007:7 (Bestick)

Svensk Forms Opinionsnämnd

SFO yttrande nr. 121 (Fiskars-sax)
SFO yttrande nr. 122 (Gunghäst)
SFO yttrande nr. 133 (Kålungedockor)
SFO yttrande nr. 134 (Diabelle)
SFO yttrande nr. 142 (Tusenfoting)
SFO yttrande nr. 143 (Hästfigurer m.m.)
SFO yttrande nr. 145 (Röllakansmatta)
SFO yttrande nr. 147 (Leksaksdjur)
SFO yttrande nr. 154 (Ripsmönster)
SFO yttrande nr. 156 (Tulpantröja)
SFO yttrande nr. 203 (Babyskallra)
SFO yttrande nr. 207 (Babyskallra)

EU

EG-domstolen

EG-domstolen, mål C-108/97
EG-domstolen, mål C-210/96 (Gut Springenheide & Tusky)
EG-domstolen, mål C-456-457/01 P (Henkel)
EG-domstolen, mål C-468-474/01 P (Procter & Gamble)
EG-domstolen, mål C-299/99 (Philips)
EG-domstolen, de förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee)
EG-domstolen, de förenade målen C-53/01 till 55/01 (Linde m.fl.)
C-218/01 (Henkel I)
EG-domstolen, mål C-456/01 och C-457/01 (Henkel II)
EG-domstolen, mål C-108/96
EG-domstolen, mål C-136/02 (Maglite)
EG-domstolen, mål C-342/97 (Lloyd)

Förstainstansrätten

Förstainstansrätten, mål T-88/00 (Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån)
Förstainstansrätten, mål T-270/06 (LEGO)

OHIM

Decision of the Invalidity Division, ICD 000000586
Decision of the Invalidity Division, ICD 000000461
Decision of the Invalidity Division, ICD 000000602

Decision of the Cancellation Division, 63 C 107029 (LEGO)
Decision of the Board of Appeal, 918/2001-1 (Colette)
Decision of the First Board of Appeal, 55/2001-1 (Betty la malice)

Utländsk praxis

Brittiska High Court of Justice den 31 .10.2003 (Mattel, inc. v. Simba Toys)