



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anders Larsson

Det subjektiva syftets betydelse
för upphovsrättsligt skydd av
brukskonst

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Per Jonas Nordell

Immaterialrätt

VT 07

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Presentation	5
1.2 Uppsatsens syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning	6
2 METOD	7
2.1 Allmänt	7
2.2 Svensk Forms Opinionsnämnds ställning och roll	7
3 UPPHOVSRÄTTSLIGA BEGREPP OCH KATEGORIER	11
3.1 Inledning – litterära och konstnärliga verk	11
3.2 En flora av termer – för samma sak?	12
3.3 Mer om upphovsrättens verksbegrepp	13
3.4 Skyddsbehov bakom upphovsrätten och skäl för restriktivitet	14
3.5 Utgångspunkter för uppsatsen vad avser terminologin	15
4 SYFTETS BETYDELSE FÖR FRÅGAN OM SKYDD TEORETISKT SETT	17
4.1 Syfte i bemärkelsen konstnärlighet	17
4.1.1 Inledning	17
4.1.2 Vad är brukskonst? Även något om gränsdragningen mot det oskyddade området	17
4.1.3 Syftet med verk – bakgrund	18
4.1.4 Auktorrättskommittén	19
4.1.4.1 De två motivuttalandena	19
4.1.4.2 Betydelsen av de två motivuttalandena	20
4.1.5 Mer om ”konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan”	23
4.1.6 Mönsterskyddsutredningens syn på konstnärlig ambition och syfte	24
4.1.7 Betydelsen av det subjektiva syftet – teoretiska utgångspunkter	25

4.2	Syfte i bemärkelsen funktion	26
5	UNDERSÖKANDE DEL – DET SUBJEKTIVA SYFTET AVSEENDE KONSTNÄRLIGHET	28
5.1	Inledning	28
5.2	Praxis	30
5.3	Analys av föregående praxisdel – gällande rättsläge	38
5.4	Omständigheter och presumtioner, lämpliga eller olämpliga att beakta vid bedömningar i praxis	39
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	42
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	45

Summary

This essay investigates *subjective purpose* as a requirement for copyright protection of applied arts.

In the work of the Swedish copyright commission Auktorrättskommittén, with which I began my studies for this essay, there is a less noticed basic requirement for copyright protection of all kinds of arts; *an artistic ambition and an aim to create an artistic effect*, which is to be described as a subjective purpose. To show clearly that such a requirement really exists, I went on to study legal articles and some of the main works in the copyright field, which confirmed the point of view of the copyright commission. For applied arts, this requirement refers to the design process and the designer rather than the products themselves. The main focus of the essay is to give an answer to how the current law deals with this requirement.

Unfortunately, not many applied art-cases are brought to court. To be able to answer the question of how the current law deals with the requirement mentioned, the expert opinions by the Swedish Copyright Panel for Applied Art (Svensk Forms Opinionsnämnd) therefore also become important. These expert opinions, and the case law from more than six decades, show that the *subjective purpose* in terms of this basic requirement was never expressly dealt with, neither by the Swedish Copyright Panel for Applied Art nor by the courts. It must therefore be said that the current Swedish copyright law on this matter is unclear. However, this has not necessarily effected the current copyright protection of applied art, concerning which products that in the end have been given protection and which have not.

If the above mentioned requirement was given more attention and was fully included in the expert opinions by the Swedish Copyright Panel for Applied Art and in the judgements of the courts, it is to assume that copyright law in the design field would be easier to study and understand. It is also possible that fewer design products then would be regarded worthy of copyright protection.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar en mindre uppmärksammas förutsättning för upphovsrättsligt skydd av brukskonst. Den huvudsakliga frågeställningen i uppsatsen är: vilken betydelse har *syftet* med framställningen av ett brukskonstalster för upphovsrättsligt skydd enligt gällande rätt? Vid sidan av kravet på verkshöjd finns i de upphovsrättsliga förarbetena också ett annat tydligt krav. Detta är att betrakta som subjektivt. Det rör sig om ett krav på *konstnärlig ambition* och ett *syfte till konstnärlig verkan*. Det är således fråga om något hänförligt till formgivningsprocessen och formgivaren, snarare än till arbetsresultatet i sig. Även andra aspekter av den subjektiva sidan av bedömningen behandlas i korthet.

Min genomgång av praxis visar på att detta krav egentligen inte prövats ordentligt av vare sig Svensk Forms Opinionsnämnd eller domstolarna, även om det i vissa avgöranden har berörts. Gällande rättsläge är alltså oklart, eftersom det avseende nästan alla fall inte går att säga om och hur Svensk Forms Opinionsnämnd och domstolarna faktiskt har beaktat detta krav, eftersom det ytterst sällan hänvisas till.

Det är inte givet att det upphovsrättsliga rättsläget i slutänden har påverkats på ett avsevärt sätt av detta, vad avser vilka alster som renderats skydd och vilka som lämnats utan. Det är dock troligt att praxis skulle framstå som tydligare om det vore annorlunda. Dessutom finns möjligheten att praxis skulle stramas upp om kravet på subjektivt syfte i nyss nämnd bemärkelse tydligare uppmärksammades.

Man kan föreställa sig att det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst i stort skulle må bra av att den subjektiva delen av skyddsvärdhetsbedömningen uttryckligare skulle uppmärksammas av domstolar och Svensk Forms Opinionsnämnd. I korthet presenteras efter min analys därför vad jag vill lyfta fram som exempel på vad som *kan* vara relevanta omständigheter i frågan.

Förord

Sett mot juristutbildningen i övrigt, har examensarbetet varit ansträngande. Nog har det många gånger varit tufft och mycket att göra under utbildningens gång. Examensarbetet har dock varit en utmaning på ett speciellt sätt – inte bara har det bitvis verkligen varit svårt och inneburit en prövning intellektuellt, dessutom har möjligheterna till att bolla idéer och få stöd från kursare givetvis varit mindre än t.ex. under en termin på grundutbildningen. Därför vill jag tacka dem som stått ut med troligtvis obegripliga telefonsamtal när läget sett mörkt ut. Jag vill också tacka min handledare Nordell; inte för att han faktiskt varit min handledare, utan mer för att han varit inspirerande och bemött mig med respekt på ett sätt som är långt ifrån självklart inom universitetsvärlden. Sådant betyder mycket!

Förkortningar

AK	Auktorrättskommittén
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
KL	1919 års lag om rätt till verk av bildande konst (upphävd)
LL	1919 års lag om rätt till litterära och musikaliska verk (upphävd)
ML	Lag (1970:485) om mönsterskydd
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
Prop.	Regerings proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
TfR	Tidsskrift för rettsvetenskap
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Presentation

I min uppsats avser jag att belysa en i litteraturen och rättspraxis mer sällan och med mindre tyngd betonad sida av skyddsförutsättningarna för det upphovsrättsliga skyddet för *brukskonstskyddet*. För den oinvidde, en kategori jag själv helt nyss tillhörde, ter det sig ofta svårbegripligt att vissa prestationer renderar skydd medan andra lämnas utan. Även när man läst in sig på området är det ofta svårt att i ord uttrycka generella aspekter av bedömningarna och kraven för skydd. I förarbetena finns en teoribildning för att skilja de skyddsvärda prestationerna från övriga. Som skall framgå nedan finns dels en objektiv sida av bedömningen för skyddsvärdhet – ett brukskonstster skall besitta *verkshöjd* för att kunna betraktas som *konstnärligt verk* – dels ett subjektivt krav på ett *syfte* i ett par bemärkelser hos den som eventuellt är att betrakta som upphovsman.

1.2 Uppsatsens syfte och frågeställning

Generellt och inledningsvis kan sägas att jag kommer att utgå från en syn på upphovsrätten som ett skydd mot efterbildningar av det som är skapat och är att anse som verk, varvid det egentligt skyddsvärda i det stora, samhällseliga perspektivet är den av upphovsmannen företagna akten eller processen av skapande.

Uppsatsen behandlar framför allt *syftets* betydelse för skyddsvärdhet och i viss mån även verkskategorisering. Brukskonsten står i fokus, som ju – om skyddsvärdhet föreligger – skyddas som konstnärliga verk. Närmare bestämt behandlas i uppsatsen främst vilken betydelse *syftet* med verk har vad avser gränsdragningen mellan å ena sidan *verk av brukskonst* och å andra sidan upphovsrättsligt sett oskyddade *alster av brukskonst* eller, om man så vill, vanliga *bruksföremål*. Samma fråga berörs kort vad avser gränsdragningen mellan *verk av brukskonst* och *verk av bildkonst*.

Min huvudsakliga frågeställning är därför: vilken betydelse har *syftet* med framställningen av ett brukskonstster för upphovsrättsligt skydd enligt gällande rätt? Avsikten är att besvara frågeställningen inte bara genom en presentation av de teoretiska aspekterna av den, utan även mot bakgrund av praxis. Domstolspraxis är allt annat än omfattande på brukskonstens område, däremot finns Svensk Forms Opinionsnämnds avgöranden, vilka spelar en mycket viktig roll för att kunna presentera gällande rättsläge. Svensk Forms Opinionsnämnd behandlas också i en särskild del, eftersom det innebär ett avsteg från gängse juridisk metod grunda uttalanden om gällande rätt på opinionsnämndens avgöranden.

Kort vidrörs i uppsatsen även gränsdragningen mellan brukskonst och bildkonst – kan *syftet* möjligen också kan ha betydelse för verkskategoriseringen? Ibland kan det också vara av vikt att föra mer generella resonemang, varvid även andra verkskategorier kan komma att omnämnas och diskuteras.

Området är naturligtvis inte en vit fläck på kartan, men det är inte heller särskilt välutforskat. Som en del i uppsatsen blir det därför naturligt att löpande ställa en rad frågor samt att reflektera över dem, även om detta vanligtvis hör hemma i en analysdel. Som kommer att framgå är egentligen större delen av uppsatsen en analys av det krav som syftet utgör. Avsnitt 5.3 analyserar och sammanfattar sedan uppsatsens praxisdel. Här besvaras också slutligen frågeställningen.

1.3 Avgränsning

Endast för läsarens behov av helhetsintryck och nödvändig bakgrundsinformation ägnar jag en del utrymme åt upphovsrättens generella teoretiska bas, såsom verksbegreppet i stort. I övrigt har det varit min målsättning att hålla uppsatsen så stringent och stark som möjligt, varför sådant som visserligen är viktigt, men som beskrivits och presenterats utförligt på annat håll – så länge det inte har bedömts ligga i frågeställningens riktning – har avgränsats bort. T.ex. har upphovsrättens historia och framväxt i stort framstått som överflödigt att ta med inom ramen för uppsatsen.

2 Metod

2.1 Allmänt

En för juridiken traditionell rättsdogmatisk metod har använts i arbetet med uppsatsen; arbetet har förts framåt medelst textstudier och analyser av framför allt lagmotiv, rättsvetenskapliga artiklar och praxis. En svårighet har varit att ett flertal artiklar på området är författade under en tid då en betydligt starkare rättsrealistisk stämning rådde än idag. Eftersom det givetvis är rättsläget av idag jag vill presentera, har detta erfordrat särskild uppmärksamhet.

För att beskriva gällande rätt på brukskonstens område har jag varit tvungen att viss mån avvika från traditionell metod, eftersom utlåtanden från en privat instans, Svensk Forms Opinionsnämnd, förekommer som ett betydande inslag på brukskonstsområdet i Sverige. Det är därför naturligt att förklara min förlitan till dessa, särskilt eftersom de inte utgör en rättskälla i egentlig mening. Trots detta är de tvivelsutan av fundamental betydelse för att förstå och kunna beskriva gällande rätt på förevarande område.

2.2 Svensk Forms Opinionsnämnds ställning och roll

Svensk Forms Opinionsnämnd har varit verksam sedan år 1926.¹ Sedan år 1956 bedrivs verksamheten under former som är domstolsliknande och även det faktum att förarbeten inom immaterialrättens område uttryckligen utpekar opinionsnämnden som expertorgan ger särskild tyngd åt nämnden.

Departementschefen uttalade inför införandet av den nuvarande ordningen för brukskonstskydd att han, liksom Mönsterskyddsutredningen, inte fann anledning att införa ett särskilt expertorgan att konsultera för att avgöra huruvida brukskonstster bör åtnjuta skydd enligt upphovsrättslagen i enskilda fall. Istället förutsattes att ”Svenska slöjdföreningens opinionsnämnd också framdeles kommer att utnyttjas för detta ändamål”.² Det har alltså från lagstiftarens sida verkligen förutsatts samt planerats att opinionsnämnden skall spela en viktig och central roll för bedömning av vad som är gällande rätt på brukskonstens område.

¹ Ursprungligen med namnet Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd, i det kommande betecknad *opinionsnämnden*.

² Prop. 1969:168 s. 136.

Enligt stadgarna har opinionsnämnden såvitt här är av intresse bl.a. att avge yttranden om upphovsrättsligt skydd för brukskonst, såväl i upphovsrättsliga tvistefrågor mellan parter som avseende fastställelse av upphovsrättsligt skydd för brukskonst för enskild part – alltså utan att tvist alls föreligger.³ När yttrande begärs utan att tvist föreligger avges yttrandena dock på basis av, förutom den egna sakkunskapen, endast anmälares inför nämnden framförda uppgifter.

Eftersom opinionsnämnden således vid mitten av 1900-talet utpekades som expertorgan i vissa bedömningsfrågor avseende brukskonst, är det nödvändigt att i någon mån överväga vilken ställning den har idag. Detta kan givetvis tänkas variera beroende av karaktär på de spörsmål som nämnden har anlitas i, vilket också tydligt görs gällande av röster ur litteraturen, vilka lyfts fram nedan. Hur som helst är det ett avsteg från den gängse juridiska metoden att, såsom görs i motiven, lägga relativt tung vikt vid en privaträttslig instans som opinionsnämnden. För att förklara detta bör opinionsnämnden speciella ställning och status kort beskrivas.

Uppenbart är att opinionsnämndens rekommendationer över tid ofta har följts av domstolarna och det har även hävdats att den har en stor auktoritet även i de fall i vilka tvist inte föreligger.⁴ I avgörandena om Rudastolen, Stringhyllan och Luxusspegeln gick Högsta Domstolen på opinionsnämndens linje, även om inga uttryckliga hänvisningar gjordes i domskälen, med undantag för ett tämligen svepande uttalande av Högsta domstolen i Stringhyllanfallet till ”personer med framstående sakkunskap på bedömning av brukskonst”.⁵

Efter det år 1994 avgjorda s.k. Smultronfallet⁶ förekom i den juridiska litteraturen en diskussion beträffande vilken ställning, status och möjligen även anseende som opinionsnämnden har och borde ha för framtiden. Opinionsnämnden hade kommit fram till att konstnärens Boije smultronsmönster åtnjöt upphovsrättsligt skydd samt att Modegrossistens mönster gjorde intrång i den förras rätt. Saken var att opinionsnämnden hade avgett ett tämligen omfattande yttrande, innefattande även bevisbörderegler och rättspolitiska resonemang. HD kommenterade inte yttrandet som den själv hade inkallat från opinionsnämnden. Samtidigt gjorde domstolen en annan bedömning än opinionsnämnden vad avsåg frågan om intrång. En livlig debatt blossade upp - delvis med fokus på opinionsnämndens ställning och framtid. HD:s dom kritiserades också häftigt, särskilt av Karnell. Han erinrade om att opinionsnämnden typiskt sett saknar ”såväl det sakliga underlag som den juridiska kompetens som, likaså typiskt sett, kan förväntas av domstolar för bedömning av konkreta

³ Ur opinionsnämndens stadgar, § 1.

⁴ Bengtsson i NIR 2005 s. 515.

⁵ NJA 1958 s. 68, NJA 1962 s. 750 (citatet på s. 758), NJA 1964 s. 532. Avgörandena är del i vad Nordell kallar för en ”liberaliseringsprocess” på brukskonstskyddets område. Nordell i NIR 1990 s. 563.

⁶ NJA 1994 s. 74.

intrångsfrågor.”⁷ Karnell var starkt kritisk i flera avseenden till HD:s dom i Smultron.⁸ Beträffande tystnaden avseende det yttrande som opinionsnämnden avgav i målet ansåg han att det ”varit naturligt att domstolen inte bara inte följt opinionsnämndens resonemang i efterbildningsfrågan utan helt enkelt lämnat dem därhän.” Karnell ansåg som en följd av Smultron att det i princip fanns anledning att vara negativt inställd till opinionsnämnden i frågor om just efterbildning och att nämnden i framtiden borde ”hålla sig till frågor om upphovsrättslig skyddsvärdighet (konstnärlighetsrelationen s a s bakåt i tiden) och konstnärlighetsbedömning av tillkommande element (konstnärlighetsrelationen s a s framåt, ex beträffande motstående företeelser med vilja tidigare sådana skall jämföras).”⁹

Nordell menade att det vore att gå för långt att generellt frånkänna opinionsnämnden kompetensen att bedöma intrångsfrågor. Det var ”naturligt att verkshöjd och efterbildning blir två aspekter av samma bedömning” med synen på verket som jämförelseobjekt. Nordell framhöll dock att det kunde vara att anse som en annan sak om det skulle handla om sådana efterbildningsfrågor som gäller lagtolkning i övrigt eller som kräver för nämnden ej föreliggande bevisning.¹⁰

Bernitz menade att det ”givetvis är ett bakslag för opinionsnämndens prestige” att HD vid sin bedömning i likhetsfrågan frångått nämndens yttrande utan att ens beröra det. Men vidare, att det även framgent borde fästas stor vikt vid den ”kvalificerade bedömningen av konstnärlig expertis inom opinionsnämnden av verkshöjds- och likhetsfrågor på brukskonstens område”, till skillnad från frågor av ”juridisk och ibland rättspolitisk natur”.¹¹ En liknande uppfattning framhölls av Levin, som var av meningen att en hedersdomstol ”väl kan uttala sig om skydd eller ej”, medan ”den komplicerade juridiska avvägningen av skyddsomfånget i ett samhällsperspektiv” däremot inte lämpar sig för att stå till bedömning av sådana.¹²

Uggla framhöll att både nämnder som uttalar sig som expertorgan och underdomstolar måste räkna med att ”den instans som till sist skall döma i målet någon gång gör en annan bedömning” och (möjligen riktat mot dem som uttalat skepsis mot opinionsnämndens framgenta status) ”att en domare då och då råkar ut för detta är något som ingår i domarerfarenheten och som förvisso inte leder till att vederbörande förnärrmat avsäger sig sin jurisdiktion för framtiden”.¹³

⁷ NIR 1994 s. 87.

⁸ NIR 1994 s. 85.

⁹ NIR 1994 s. 92.

¹⁰ Nordell, Rätten till det visuella, s. 143.

¹¹ Bernitz, Brukskonstskyddet i ljuset av den svenska Smultrondomen, NIR 1994 s. 356.

¹² Levin, Vilket brukskonstskydd kan vi leva med?, NIR 1994 s. 237.

¹³ Uggla, Plagiatteknik: Hur blå plommon blir röda jordgubbar som sen förminskas till smultron, NIR 1994 s. 361.

Sammanfattningsvis, med anledning av dess långa historia, utpekandet som expertorgan på området i förarbeten och den tämligen samstämmiga inställningen i litteraturen även efter ett prestigebakslag, som utgången i Smultronfallet möjligen kan sägas utgöra, tycks det som om opinionsnämnden har ett solitt anseende och stor tyngd som sakkunnigorgan, åtminstone så länge den håller sig till bedömningar av skyddsvärdighet. Av detta skäl är det naturligt att i stor utsträckning beakta opinionsnämndens avgöranden i uppsatsen (även om man måste hålla i minnet att det kan hända att domstolarna frångår opinionsnämndens bedömningar i enskilda fall). Eftersom *syftets* betydelse är en del i bedömningen av skyddsvärdhet för brukskonst, måste denna del av skyddsvärdhetsbedömningen helt klart falla inom ramen för opinionsnämndens kompetens. Även utomtvistiga avgörandena torde kunna beaktas på mer eller mindre samma sätt. Det är knappast möjligt att generellt säga vilka skillnader som kan tänkas föreligga. Givetvis kan det tänkas att underlaget för avgörandena i sådana fall är mindre omfattande. Samtidigt är opinionsnämnden, sett till kompetensen, densamma oavsett om tvist föreligger eller inte.

Den yttersta rättskällan på området är HD. Här saknas dock en expertis på formgivning. Detta är ju dock givetvis inte något unikt, utan gäller på många områden där HD som högsta instans har att slutligen sätta ned foten även i materiellt hänseende. Samtidigt har opinionsnämnden kritiserats för att sakna juridisk kompetens. Man får dock inte glömma att opinionsnämnden faktiskt har båda typerna av kompetens; över tid har opinionsnämnden t.ex. hela tiden letts av lagfarna och erfarna jurister och har haft en stor fördel av detta.¹⁴

¹⁴ Ordförande har varit Seve Ljungman under 1953-1979, Lars Bergman under 1979-1982, Agne Henry Olsson under 1982-1986, Claës Ugglå under 1986-1994, Torsten Halén under 1995-2002 och Peter Adamsson från 2002 och framåt. Den grundläggande förståelsen för designens förutsättningar torde finnas hos opinionsnämnden – det var troligtvis detta som föranledde det stora förtroendet för opinionsnämnden i förarbetena.

3 Upphovsrättsliga begrepp och kategorier

3.1 Inledning – litterära och konstnärliga verk

Upphovsrätten bereder skydd åt litterära och konstnärliga verk. Med dessa *förstahandsbestämmningar* som grund avgörs om lagen alls är tillämplig på visst arbetsresultat.¹⁵ Att notera är att *alster* i uppsatsen och även annars i litteraturen används i generell betydelse på ett arbetsresultat av t.ex. brukskonst, medan *verk* är förbehållet de arbetsresultat inom en given kategori som verkligen befunnits åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Härunder finns sedan ett större antal underkategorier. Nordell beskriver indelningen som juridiskt-tekniskt betingad och att den vanligen är byggd på skillnader i olika verkstypers faktiska egenskaper.¹⁶ Det anses inte kunna dras någon exakt gräns för uppdelning i litterära och konstnärliga verk; vilket 1 § 1 st. 7 URL, liksom formuleringar som ”verket är i så fall både litterärt och konstnärligt” (avseende fall där ordet används som uttrycksmedel), i AK:s betänkande visar på.¹⁷

Avseende litterära verk kan sägas att dessa, med Karnells ord, ”beskriver, anger eller åskådliggör något”.¹⁸ Densamme menade att det i förarbetena inte skulle förekomma något som tyder på att det avsetts att någon annan form av syfte skulle krävas för att skyddsvärdhet som litterärt verk skall uppstå. Eftersom brukskonst som nämnts faller under förstahandsbestämningen *konstnärliga verk*, finns det dock ingen anledning att här fördjupa sig i litterära verk och kraven på skyddsvärdhet för dessa – annat än att konstatera att även litterära verk såvitt jag kan förstå måste vara åstadkomna med *litterärt syfte och i syfte att nå en litterär verkan*.¹⁹ AK tycks inte ha varit lika tydlig i fråga om de bakomliggande skyddsförutsättningarna vad avser litterära verk som gällande konstnärliga verk. Dock torde det förhålla sig på detta sätt. För att exemplifiera kan man tänka sig att text kunde användas för dekoration i olika tänkbara former. I så fall skulle – om något – skydd som konstnärligt verk bli aktuellt. AK satte möjligen aldrig ner foten riktigt här, vilket förstås kan bero på att detta resonemang verkligen är teoretiskt och troligtvis sällan kommer att bli aktuellt i praktiken. Dock förekommer text som dekorativt inslag, i t.ex. tapeter och på paraplyer.

¹⁵ Karnell, Rätten till programinnehållet i TV s. 53.

¹⁶ Nordell, Rätten till det visuella s. 41.

¹⁷ SOU 1956:25 s. 65.

¹⁸ Se Karnell, Rätten till programinnehållet i TV s. 51, s. 61 med vidare hänvisningar.

¹⁹ Jfr. SOU 1956:25 s. 70 f.

3.2 En flora av termer – för samma sak?

Frågan om vad som skall uttrycka upphovsrättslig skyddsvärdhet och närmare bestämt vad som krävs för att ett alster av t.ex. brukskonst skall anses vara skyddat som konstnärligt verk är inte lätt att närma sig. Begreppsfloran är tämligen riklig. Vissa begrepp eller termer kan utläsas av lagtexten, andra förekommer i förarbeten. Det förekommer dock också begrepp och termer som endast har använts i praxis eller i litteraturen. Dessutom används ett och samma begrepp inte nödvändigtvis i entydig bemärkelse. Vad som är skyddsvärt som verk varierar över tid och mellan olika verkstyper. Skyddsvärdhet kan också uttryckas på en räckta av sätt – vilket också har skett.

Självständighet är en av termerna som har använts. Självständighetskravet kan ses som ett implicit rekvisit framgående av 4 § 2 st. URL,²⁰ men förekommer även i AK:s betänkande. Så är även fallet med *andligt skapande* eller *andligt arbete* som förekommer som ett led i beskrivningen av *verk*. AK anförde att det i *verk* ”ligger ett krav på att den produkt av andligt arbete, varom fråga är, skall – såsom det uttrycktes i 1914 års betänkande (s. 57) – hava höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet, den måste åtminstone i någon mån vara uttryck för auktors individualitet; en rent mekanisk produktion är icke tillfyllest.”²¹ *Originalitet* är en annan ofta använd term för skyddsvärdhet och även den beskrivs ju i viss mån i det nyss citerade stycket.²² *Individualitet* är en term som förekommer t.ex. när mönsterskyddsutredningen framlägger *dubbelskapandekriteriet* som omnämns strax nedan, men har även använts i praxis av HD.²³ *Särprägel* används relativt flitigt i praxis.²⁴ Termen *verkshöjd*, som har en särställning, presenteras mer ingående nedan. Dock kan sägas att den presenterades tämligen utförligt i Mönsterskyddsutredningen.²⁵ Dessutom har använts vad som ibland har kallats för hjälpkriterier, såsom *dubbelskapandekriteriet*²⁶ och *valfrihetsläran*.²⁷ Det är alltså en rik flora av termer eller begrepp, som inte är helt lätt att närma sig. Det kommer inte bli fråga om att fördjupa sig i eventuella skillnader mellan de olika termerna inom ramen för uppsatsen. Dels skulle det inte besvara min frågeställning, dels betvivlar jag att det vore meningsfullt att försöka utföra ett sådant arbete.

²⁰ Se även Nordell i Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, s. 51.

²¹ SOU 1956:25, s. 66.

²² Se också Nordell, Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, s. 38, och Rosenheimer, Værkslæren i ophavsretten, 126 f.

²³ Se Gotlandskartefallet, NJA 1990 s. 499 och SOU 1965:61, s. 208.

²⁴ Se t.ex. opinionsnämndens skäl i avgörande nummer 201 om en elektrisk ljustake, Elflugan.

²⁵ SOU 1965:61 s. 208.

²⁶ SOU 1965:61 s. 208 f och prop. 1969:168 s. 135.

²⁷ Se Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp s. 88 ff.

3.3 Mer om upphovsrättens verksbegrepp

De olika termerna eller kriterierna kan tolkas antingen på ett subjektivt eller på ett objektivt sätt. Nordell har beskrivit det förra såsom siktande på relationen mellan upphovsman och skyddsobjekt, vilket bottnar i en idealistisk verksuppfattning. Det senare tar sikte på relationen mellan objekt och tredje man och ger därigenom uttryck åt en realistisk verksuppfattning.²⁸ Detta innebär i bevishänseende att det med en subjektiv verksuppfattning blir fråga om att visa att alstret är skapat självständigt, varvid det således blir teoretiskt möjligt att flera upphovsmän får upphovsrätt till "samma" verk. Med en objektiv verksuppfattning blir det i bevishänseende istället fråga om att styrka prioritet – och att verket måste vara nytt i förhållande till vad som tidigare har skapats oberoende av upphovsmannens kunskaper.²⁹

Fram till mitten av förra seklet dominerade över lag de idealistiska betraktelsesätt som betonade objektets självständiga existens, varifrån sedan förklaringar gjordes för att ange rättsverkningar, egenskaper och innehåll i upphovsrätten. Efter mitten av 1900-talet etablerades realistiska riktningar i fråga om vad upphovsrätten egentligen består i och hur den lämpligen beskrivs. Dessa har av Törngren indelats i dels objektsrelaterade teorier, dels icke objektsrelaterade teorier.³⁰ De förra beskrivs av författaren så att de konstruerade upphovsrätten som en rätt med avseende på ett visst objekt, även om detta fungerade endast som en projektionspunkt och inte skulle ses som faktiskt existerande. De senares företrädare såg enligt densamma verket som en sammanfattande benämning för ett flertal olikartade företeelser – verket är här ett abstrakt allmänbegrepp som grundar sig på ett föreställningsinnehåll dikterat av en verksiakttagelse.³¹ I sin lägesbeskrivning anno 1986 formulerade Törngren verket såsom varande inget faktiskt eller substantiellt och utan ontologisk existens, varför det inte kan fungera som objekt för rättsliga förfoganden i traditionellt sakrättslig bemärkelse. Snarare vore verket att betrakta som "ett språkligt abstraherande uttryck som från fall till fall betecknar det varierande skyddsvärda i en mångfald av heterogena företeelser och som vidare fungerar som ett anknytningsfaktum i lagtexten".³²

Enligt min mening kan AK:s uppfattning ha varit att upphovsrättens föremål skall ligga någonstans mellan två poler varav den första är det "ämne, motiv eller idé" som ligger till grund för ett verk å ena sidan och den valda form som verket kommit till uttryck igenom å den andra.³³ Uttrycket *inre form* användes av AK för att således ringa in det som skyddet avser. Som exempel på att inte endast en viss uttrycklig form av ett verk är vad

²⁸ NIR 1995 s. 632.

²⁹ NIR 1995 s. 632 f.

³⁰ Törngren, Den nordiska verksdebatten, TfR 1986 s. 365 ff.

³¹ Törngren, aa s. 373 ff.

³² Törngren, aa s. 385.

³³ SOU 1956:25 s. 68 f.

upphovsrätten består i, valde AK att lyfta fram att en översättning av ett litterärt verk också givetvis omfattas av originalspråkförfattarens rätt.³⁴

Det kan hävdas att man i dag dock återgått – utan att frågan utförligt har diskuterats eller debatterats – till ett subjektivt och mer idealistiskt präglat verksbegrepp, vilket gör att de diskussioner som fördes om upphovsrättens verksbegrepp från mitten av 1900-talet till mitten av 1980-talet kan uppfattas som föråldrade. Nordell gjorde för ett drygt decennium sedan bedömningen att nyhetskravet skall vara subjektivt i nordisk rätt.³⁵ Även Levin menar att upphovsrättens krav på originalitet innebär ett krav endast på subjektiv nyhet; ”var och en som självständigt och genom sin egen personliga insats presterar ett verk kan göra anspråk på upphovsrätt ... oavsett om det senare konstaterats att andra åstadkommit något tämligen likartat”.³⁶

3.4 Skyddsbehov bakom upphovsrätten och skäl för restriktivitet

Låt mig kort nämnda det skyddsbehov som finns bakom det upphovsrättsliga skyddet av brukskonsten. Det har bedömts finnas behov av att ge ett skydd mot efterbildningar av lyckade arbetsresultat. Detta för att söka skydda den enskilda formgivarens prestation av nyskapande, vilket är en följd av det är ett samhällsekonomiskt ekonomiskt mål i stort att bevara och utveckla nedlagt kapital och nedlagda prestationer.³⁷ För den enskilde formgivaren handlar det om att samhället genom ensamrätten ger ett ekonomiskt incitament för framgent fortsatt skapande.³⁸ Dessutom finns det moraliska aspekter, vid sidan av de rent ekonomiska, som föranleder samhällets vilja att belöna skapande med olika former av erkännande.³⁹ Samtidigt måste beaktas behovet av sund konkurrens; ensamrätter kan i alltför hög grad snedvrída prissbildningen. Dessutom finns det en risk för att ensamrätter i för hög grad kan komma att muta in sådant som ur såväl samhällsekonomisk som konstnärlig synvinkel lämpligen borde tillhöra det allmänna formförrådet.⁴⁰ Dessa är kanske de starkaste skälen för att vara relativt strikt i bedömningen av vilka prestationer som skall tillerkännas skydd. Beträffande brukskonsten finns det särskilda skäl att vara försiktig med vad som tillerkänns upphovsrättsligt skydd. Eftersom det är fråga om

³⁴ SOU 1956:25 s. 66 ff.

³⁵ NIR 1995 s. 633.

³⁶ Levin, Lärobok i immaterialrätt, Suppl 2006 s. 24 f.

³⁷ Levin, Formskydd s. 63.

³⁸ Levin, Designskydd s. 33.

³⁹ Även om upphovsrätten först anses ha utvecklats som en upphovsmannen tillkommande ekonomisk rättighet, finns som sagt givetvis de moraliska aspekterna att beakta. De moraliska sidorna av upphovsrätten, såsom den i Sverige delvis tvingande regleringen av den ideella rätten, kan egentligen ses som en senare skapelse än det ursprungligare ekonomiska skyddet. Ändå kan de förra vara intressant att beakta när frågan om upphovsrättens vidd diskuteras rättspolitiskt i dag. Detta tas dock inte upp närmare här. Se bl.a. Eberstein i Den svenska författarrätten, bl.a. s. 122 f.

⁴⁰ Levin, Formskydd s. 63.

skapandeprestationer som förenar form och funktion, måste risken för konkurrenshämmande effekter beaktas också för rena bruksföremål med samma typ av funktion som motsvarande brukskonstaler.

Det är här i denna bedömning som det inom upphovsrätten har utvecklats olika kriterier ägnade att beskriva vad som skall avkrävas ett alster för att skydd skall komma ifråga. Åtminstone sedan HD avgjorde det s.k. Pergo-fallet är det kriteriet *verkshöjd* som generellt sett gäller för den objektiva sidan av bedömningen av skyddsvärdhet. Avseende den subjektiva sidan av bedömningen om skyddsvärdhet är läget oklart, vilket skall beskrivas i uppsatsen.⁴¹

3.5 Utgångspunkter för uppsatsen vad avser terminologin

Enligt HD:s Pergo-avgörande gäller termen *verkshöjd* fortfarande som ”sammanfattande beteckning på kraven för att skydd skall föreligga”.⁴² Jag saknar anledning att vidare diskutera detta begrepp, som av vissa författare utsatts för kritik,⁴³ eftersom det alltså synes motsvara det som i AK:s förslag uttrycks som att ett alster för skyddsvärdhet måste ha ”höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet”⁴⁴ och som inför 1970 års ändring beskrevs som ett krav på visst mått av ”individuell och konstnärlig gestaltning”.⁴⁵ Att ta mig an hela den upphovsrättsliga terminologin och verksbegreppet skulle heller inte föra svaret på min frågeställning framåt, varför jag även av detta skäl avstår.

Genom EG-rätten har delvis etablerats ett annat uttryckssätt eller begrepp för att uttrycka de egenskaper som skall avkrävas ett alster för att det skall tillmätas upphovsrättsligt skydd. Det är fråga om ett slags originalitetskrav, uttryckt genom formuleringen ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse”.⁴⁶ På dessa områden är det självklart att det i direktivet valda uttryckssättet skall tillämpas, inte minst eftersom det sägs att andra bedömningsgrunder inte skall vara tillåtna. Att observera är dock att detta gäller främst på vissa tämligen väl avgränsade områden – i övrigt fortsätter upphovsrätten att vara en nationell angelägenhet, varför det inte av detta EG-rättsliga skäl finns anledning att ifrågasätta verkshöjdsbegreppet.

Vad avser praxis och den kritik som trots allt har riktats mot domstolar och opinionsnämnden avseende ord- och kriterieval, kan det kanske vara passande att lyfta fram en replik som Uggle uttalade sedan han kritiserats av

⁴¹ NJA 2004 s. 149.

⁴² NJA 2004 s. 149, cit. s. 161.

⁴³ Levin, Lärobok i immaterialrätt, Suppl., s. 29.

⁴⁴ SOU 1956:25 s. 81. Dessa två begrepp användes redan i 1914 års betänkande, s. 57, till vilket AK hänvisar.

⁴⁵ Prop. 1969:168 s. 135.

⁴⁶ Formuleringen förekommer i direktiven 91/250/EEG, 93/98/EEG, 96/9/EEG.

Karnell efter ett avgörande i opinionsnämnden om en sittmöbel.⁴⁷ Ugglamenade där att det var "själva domsluten som är kärnan i nämndens verksamhet och det är i sluten som nämndens speciella kompetens väsentligen finner sitt uttryck."⁴⁸ Och vidare, att mer eller mindre vidlyftiga motiveringen bara vore att se som ett traditionellt bihang. Dessutom hävdade Ugglan att hjälpkriterierna inom immaterialrätten, såsom *risken för dubbelskapande* liksom grundkriterierna hade generalklausulliknande egenskaper och att de förra vore ungefär lika svårtolkade som t.ex. verkshöjd och de andra huvudkriterierna i sig. Nu gällde detta opinionsnämnden som har en speciell roll och vars uppgifter och ansvar, särskilt beträffande helhetssynen på området, inte alls kan jämföras med domstolarnas. Det är givetvis angeläget att domstolar använder en för praktiker och även allmänhet inbjudande och lättöverskådlig terminologi så långt det är möjligt. Opinionsnämndens roll och ställning behandlas mer utförligt under metodavsnittet. Ugglas replik nämner jag för att erinra om att det över tid och mellan olika fall både av domstolarna och av opinionsnämnden använts skilda termer för att beskriva i praktiken samma sak. Detta kommer att "smitta av sig" i uppsatsen när enskilda fall diskuteras, något som är oundvikligt.

⁴⁷ NIR 1989 s. 385.

⁴⁸ NIR 1990 s. 95.

4 Syftets betydelse för frågan om skydd teoretiskt sett

4.1 Syfte i bemärkelsen konstnärlighet

4.1.1 Inledning

Uppsatsen behandlar i denna del gränsdragningen mellan det skyddade och det oskyddade området, särskilt avseende syftets betydelse – i bemärkelsen skapande *med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan* – och vilken roll detta har för upphovsrättsligt skydd. Hur skall detta *syfte* utrönas i praktiken och hur har domstolarna och opinionsnämnden behandlat kravet?

4.1.2 Vad är brukskonst? Även något om gränsdragningen mot det oskyddade området

Vardagsspråkligt torde väl med *konst* ofta åsyftas *bildkonst*. Med ordet *bildkonst* avses i AK:s betänkande ”sådan framställning, där *bilden* – det för åskådaren synliga i två eller tre dimensioner – utgör framställningens egentliga syfte och däri icke, såsom i arkitektur och annan nyttokonst, ingår även ett nyttosyfte.”⁴⁹ Från bildkonst skiljes sedan *byggnadskonst*, *konstindustri* och *konsthantverk*; framställningar med ett nyttosyfte vid sidan av det konstnärliga. Beträffande alster av konstindustri och konsthantverk används sedan 1970 beteckningen *brukskonst*.⁵⁰ Genom den ändring (varom mer sägs nedan) varigenom denna infördes i URL, åsyftades även en skärpning av kraven för upphovsrättsligt skydd för brukskonst, vilket ansågs rimligt, bl.a. med tanke på mönsterskyddet som samtidigt introducerades. Att mönsterskyddet inte blev så framgångsrikt som man då hoppades på är något som numera dock anses vara ett faktum. HD har uttryckt detta med all tydlighet: ”Mönsterskyddslagen har ej kunnat ge tillfredsställande skydd åt produkter av brukskonst på sätt förutsattes när lagen kom till”.⁵¹

Eftersom brukskonstalster skulle komma att skyddas på samma grund och efter samma krav som övriga konstnärliga verk i och med införandet av nuvarande ordning 1970, har det antagits att motiven från 1956 ytterst måste bli tillämpliga.⁵²

⁴⁹ SOU 1956:25 s. 76.

⁵⁰ *Konstindustri* användes tidigare för serietillverkade produkter, medan *konsthantverk* användes för produkter i endast enstaka exemplar, alltså unika – Lund, Billedkunsten s. 81.

⁵¹ NJA 1995 s. 164, citat s. 172.

⁵² Nordell NIR 1990 s. 563.

Brukskonsten avser alltså föremål, ting, varor som utöver sin praktiska funktion har givits en formgivning som i kombination med det praktiska anses skyddsvärda som en form av konstnärliga verk. Det är fråga om form och funktion i förening – ett dubbelt ändamål med produkterna föreligger. Sedan funktionalismens genombrott är det ju också självklart att det inte råder någon strikt uppdelning mellan det estetiskt tilltalande och det funktionellt dugliga. Vad avser brukskonsten är det intrycket som helheten av alstret inger som räknas vid bedömningar om skyddsvärdhet. Detta är egentligen en självklarhet, eftersom det är utformning och inte idé som upphovsrätten tar sikte på.⁵³

4.1.3 Syftet med verk – bakgrund

När nytta och estetik förenas blir det särskilt svårt med gränsdragningen mellan det skyddade och det oskyddade området; ”mellan arkitektur och andra byggnadsarbeten, mellan konstindustri och andra industriprodukter, mellan konsthantverk och vanligt hantverk”, som det uttrycks i AK:s betänkande.⁵⁴ Det kan särskilt föreligga svårigheter med att i efterhand fastslå på vilket sätt, i vilket syfte, varför ett alster har åstadkommit – och än viktigare – om det skett med *konstnärlig ambition* eller inte. Beroende på om syftet kan sägas ha en avgörande betydelse för skyddsvärdhet är detta senare givetvis av stor vikt för frågan om skyddsvärdhet. Allmänt kan nog sägas att det avseende brukskonst i högre grad än avseende andra konstformer är svårare att fastslå just ett konstnärligt syfte; om det samtidigt föreligger en uppenbar nyttoaspekt, kan givetvis på ett annat sätt än t.ex. beträffande en oljemålning misstänkas att det bara är fråga om en relativt väl formgiven och kommersiellt framgångsrik produkt utan att den egentligen har skapats med konstnärligt syfte.

Den år 1919 antagna KL innehöll inget skydd för brukskonst.⁵⁵ Det dröjde till mitten av tjugotalet innan ett sådant skydd kom att införas. I 1914 års förslag till nämnda lag sägs dock att som karaktäristiskt för ett skyddat konstverk var, vid sidan av att andligt innehåll bragts i individuell form, att det även hade till ”främsta syfte att hos åskådaren framkalla en psykisk verkan av estetisk art”.⁵⁶ Jag nämner detta för att synliggöra släktskapet med AK:s uppfattning i frågan och för att markera omöjligheten i ett avvisande av denna som hänförlig till tillfälliga strömningar eller personliga uppfattningar inom kommittén.

I motiven bakom införandet av brukskonstskydd i KL anförde departementschefen, avseende frågan om när skydd borde uppkomma, att ”ett konstslöjdalster i mer eller mindre utsträckning bör avse ett praktiskt

⁵³ SOU 1965:61 s. 209.

⁵⁴ SOU 1956:25 s. 77.

⁵⁵ KL – 1919 års lag om rätt till verk av bildande konst.

⁵⁶ Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, s. 149.

ändamål. Tillika måste emellertid uppställas den fordran, att alstret kan anses såsom ett verk av bildande konst, d.v.s. att detsamma genom individuell formgivning syftar till en estetisk verkan.” Härigenom skulle alltså verk som ”framställt utan varje konstnärlig originalitet” bortskäras.⁵⁷ Vidare sades att ”allenast i den mån en hantverks- eller industriprodukt genom upphovsmannens skapande verksamhet gestaltats i en konstnärlig form, kan auktorsrätt uppkomma”.⁵⁸ Bortskärandet från skydd såsom konstslöjd enligt KL kunde dock innebära att ett alster såsom teckningar och avbildningar av instruktiv beskaffenhet ändå ansågs skyddsvärda enligt LL.⁵⁹ Även här finns således ett tydligt släktskap med den mening AK senare kom att formulera.

Det finns två passager i AK:s betänkande som framstår som centrala och vilka kan tjäna som utgångspunkter vid studiet av vilken betydelse syftet med ett verk skall ha.

4.1.4 Auktorrättskommittén

4.1.4.1 De två motivuttalandena

AK säger i en kommentar till det valda ordet *konstnärlig* i formuleringen i URL:s 1 §, *litterärt eller konstnärligt verk* att ”konst och konstnärlig tagas här i så vidsträckt betydelse, att de i princip omfatta alla de former, i vilka det förekommer att verk tillskapas med konstnärlig ambition och i *syfte* att nå en konstnärlig verkan.”⁶⁰

Detta skall läsas mot en annan viktig passage, i vilken det sägs att ”det är likgiltigt ... i vilket syfte verket tillkommit, sålunda om syftet är konstnärligt, ideellt i annat hänseende, t.ex. religiöst, eller rent praktiskt. Ett exempel härför är, att privata brev kunna vara litterära verk.”⁶¹

Spontant kan man visserligen fråga sig om det är lönt att göra ingående tolkningar av exakta formuleringar i förarbeten – möjligheten av att de inte är skrivna med hårdanalys ett halvsekel senare i åtanke bör nog inte underskattas. Dessa två passager är dock centrala för frågan och är vad som erbjuds och får därför tjäna som utgångspunkter för en redogörelse för praxis, förarbeten samt litteraturen i syfte att söka fastställa vad som kan utgöra gällande rätt.

⁵⁷ NJA II 1927 s. 179 f.

⁵⁸ NJA II 1927 s. 180.

⁵⁹ Lögdberg, Syftets betydelse för upphovsrättsligt skydd, NIR 1960 s. 218 och även 1914 års Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, s. 149.

⁶⁰ SOU 1956:25 s. 65.

⁶¹ SOU 1956:25 s. 69.

4.1.4.2 Betydelsen av de två motivuttalandena

Två grundbetydelser av ordet *syfte* med verk har sagts vara dels *upphovsmannens avsikt* med verket (subjektiva syftet) dels verkets funktion.⁶²

Redan 1959 menade *Ljungman* i en artikel, med anledning av de två ovannämnda motivuttalandena, att det ”nog får betraktas som vedertaget ... att det för upphovsrättsligt skydd är likgiltigt, i vilket syfte verket tillkommit, sålunda om syftet är konstnärligt, ideellt i annat hänseende, t.ex. religiöst, eller rent praktiskt.”⁶³ Här tas alltså sikte på den andra ovannämnda AK-formuleringen. *Ljungman* verkar inte överdrivet intresserad av att i efterhand spekulera i huruvida AK har använt *syfte* i olika bemärkelser.

Lögberg såg ett par tolkningsalternativ av AK:s ”onekligen något otydliga” inställning beträffande frågan om syftets roll bakom verks tillkomst. En möjlig, men tydligen mindre rimlig, tolkning var enligt *Lögberg* att så fort en prestation skulle te sig som resultatet av individuell formgivning, skulle den skyddas oavsett syftet; som konstnärligt verk om syftet är just konstnärligt och annars som litterärt verk.⁶⁴ Utan konstnärlig ambition och utan att nå en konstnärlig verkan framställda bruksföremål skulle i så fall skyddas som litterära verk. Denna tolkning fick enligt *Lögberg* ge vika för en annan, innebärande att *syfte* skulle ha använts i skilda bemärkelser. Det senare av de presenterade uttalandena ovan skulle således avse huvudsyftet med verket. Det förra skulle däremot inte behöva ta sikte på huvudsyftet med verkets framställning, utan istället ta sikte på den typ av fall som ”en av en konstnär utförd politisk propagandaaffisch” utgör.

I vilket fall som helst utgår *Lögberg* ifrån att AK ansett att ett tydligt estetiskt syfte kunde ha stor praktisk betydelse för gränsdragningen mellan skyddade och oskyddade verk – inte minst på basis av en särskild passage i AK:s betänkande som berör svårigheterna att dra gränsen, för såvitt här är av intresse, mellan konstindustri och andra industriprodukter. Ur detta bör följande stycke nämnas: ”Tidigare har väl ... konsthantverksföremål ofta i så hög grad betraktats ur estetiska synpunkter, som prydnadsföremål, att det i de fallen icke varit svårt att urskilja de objekt som åtminstone syftade till att vara konstverk”. AK erinrade sedan om att utvecklingen dock gått från en situation då det ofta var fråga om eventuellt skydd för rena bruksföremål som försetts med detaljer av konstnärlig art till att ofta handla om produkter med estetiska synpunkter och nyttohänsyn intimt förenade. Detta ansågs kunna försvåra gränsdragningen.⁶⁵ Framhållas kan visserligen att *Lögberg* i en artikel som behandlar betydelsen och tyngden av en lags förarbeten uttryckligen menat att det är ”icke ovanligt, att lagmotiven äro otydliga, ibland rentav missvisande. Nämnas må i detta sammanhang oklara

⁶² Karnell, Rätten till programinnehållet i TV s. 61.

⁶³ *Ljungman*, SvJT 1959, s. 94.

⁶⁴ *Lögberg*, NIR 1960 s. 215.

⁶⁵ SOU 1956:25 s. 77.

uttalanden i förarbetena till lagen om upphovsrätt...”, varvid de två nyssnämnda AK-passagerna lyfts fram.⁶⁶ Trots detta syntes Lögberg vara övertygad om vad som gäller, vilket framgick ovan.

Karnell har erinrat om att *syfte* långt ifrån alltid använts på ett entydigt sätt. *Karnell* åskådliggjorde detta genom att beskriva två grundbetydelser av *syfte* – antingen upphovsmannens avsikt med verket – det subjektiva eller psykiska syftet – eller verkets funktion. *Karnell* menade vidare att, på grund av all avsaknad i förarbetena av tecken på att man velat tillmäta ett subjektivt eller över huvud annat syfte med litterära verk betydelse, det först när man har att göra med verk som inte är litterärt som syftets betydelse blir verkligt angelägen.⁶⁷ Som jag ser det skulle man dock troligen kunna hävda ett krav på subjektivt syfte även för litterära verk, även om inte detta med tydlighet framgår av AK:s betänkande (se under avsnitt 3.1).

Karnell gjorde antagligt att AK i det andra ovan citerade uttalandet med *verk* avsett såväl litterära som konstnärliga verk. Eftersom syftet med det antingen litterära eller konstnärliga verket skulle sakna betydelse för skyddsvärdigheten, skulle det också vara betydelselöst i vilket sammanhang man iakttog verket om det bara vore litterärt eller konstnärligt. Om detta skulle stämma, måste enligt *Karnell* ändå syftets betydelse i den bemärkelse det använts i det första AK-uttalandet utredas, nämligen om det för att kunna kalla något konstnärligt också skall ha förelegat ett konstnärligt syfte.⁶⁸

I en artikel från år 1990 har *Karnell* kritiserat AK:s försök att genom formuleringen ”med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan” avgränsa vilka typer av alster som skall kunna tillerkännas skydd. *Karnell* menade här att man för att följa lagmotivens mening skulle behöva ”efterforska en förment upphovsmans sinnesförfattning vid alstrets tillkomst”. Detta betraktade *Karnell* som ”ett av de olyckligaste försöken i lagmotiven att ge en bestämning av vad som skyddas av upphovsrätt”.⁶⁹ Men vad säger att AK syftat på just sinnesförfattningen vid alstrets tillkomst med den ifrågavarande passagen? Att välja ordet *sinnesförfattning* ger det hela ett löjligt skimmer. Varför inte utgå ifrån att det snarare är *förhållandena i stort* vid tillkomsten som är det relevanta? I samma artikel anförde *Karnell* att ”sådan som objektivt kan konstateras vara orsak till vissa egenskaper hos alstret, såsom t.ex. upphovsmannens utbildning för det han åstadkommit i den mån verket ger uttryck åt denna som betydelsefull för verkets utformning eller att hans alster inom sakområdet tidigare betraktats som just konstnärliga – en kontinuitetsaspekt på konstnärlighetskriteriet”, skall kunna spela en roll.⁷⁰ Att andra alster eller verk kunde få ha inflytande på bedömningen om skyddsvärdhet kan visserligen spontant framstå som märkligt. Men i själva verket är detta inte

⁶⁶ Lögberg, Betydelsen av en lags förarbeten s. 436.

⁶⁷ *Karnell*, Rätten till programinnehållet i TV s. 61.

⁶⁸ aa s. 63.

⁶⁹ NIR 1990 s. 93. En liknande syn återfinns också i Rätten till programinnehållet i TV.

⁷⁰ aa s. 93.

konstigt alls – upphovsrätten är ju ett skydd som är tänkt att verka som incitament för och skydd av personliga prestationer av viss art. I och med denna inställning tolkar jag det som att Karnell dock indirekt har vitsordat att subjektiva element skall kunna spela en roll vid bedömningen av skyddsvärdhet. Vad avser lämpligheten i att låta utbildning spela roll, kommer att diskuteras längre fram.

Man bör beakta i vilken tid en viss kritik är uttalad och inom vilken tradition en viss rättsvetenskapsman befunnit sig. Kritik som härstammar från en tid då Uppsalarealismen var stark och då upphovsrätten präglades av en iver att försöka objektivisera verksbegrepp och skyddsvärdhetsbedömning kanske inte nödvändigtvis är särskilt relevant i dag, när ett annat ljus faller över upphovsrätten i stort. Under Uppsalarealismens inflytande var det naturligt att subjektiva inslag i bedömningen om skyddsvärdhet kritiserades.⁷¹ Karnells ordval *sinnesförfattning* ger en känsla av att subjektiva element vore något luddigt och hopplöst abstrakt (även om detta inte nödvändigtvis var hans mening). Men av uppsatsen som helhet skall, hoppas jag, framgå att det inte alls behöver förhålla sig på det sättet.

Mot bakgrund av det första motivuttalandet har Karnell också anfört ”att med de *former* som det är tal om torde avses konstarter ... , och inte den i varje verk valda utformningen. Det realiserade (ej endast det påstådda) syftet att ha skapat i en viss konstart tilläggs betydelse att hänföra något till det konstnärliga såsom verk”.⁷² Kan denna tolkning av motivuttalandet stå sig emot den syn som företräddes av Lögdberg? Troligtvis inte. Jag kan inte se hur just ledet *med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan* skulle förlora sin innebörd såsom stående för ett krav på ett subjektivt syfte⁷³ hos upphovsmannen bara för att det framställningstekniskt också ingår i ett större sammanhang där AK samtidigt väljer att definiera *konst* och *konstnärlig*.

Nordell har menat att den av Lögdberg förfäktade meningen att de två AK-uttalandena sammanfattningsvis bör tolkas som om det förra avser verkets huvudsyfte och det andra som om det avser ta sikte på vad som är konstnärligt eller inte verkar trovärdig. Nordell har gett uttryck för uppfattningen att ett skydd som konstnärligt verk inte skall kunna komma ifråga om ett syfte att skapa just ett sådant inte förelegat. Det skulle dock inte innebära att en bild, skapad utan konstnärlig ambition, ändå kunde komma att skyddas som litterärt verk om t.ex. pedagogiskt syfte förelegat.⁷⁴

Nordell använde, liksom AK, ”med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan” när han definierade *konstnärlig* i sin doktorsavhandling. Detta tål att understrykas. Denna formulering, till skillnad från den andra i sammanhanget åberopade, är att se som ett försök

⁷¹ Se t.ex. Ross i TFR 1945 s. 321.

⁷² NIR 1990 s. 93, med vidare hänvisning till Rätten till programinnehållet i TV s. 52, not 45.

⁷³ Varför detta syfte skall betecknas som subjektivt beskrivs mer ingående nedan.

⁷⁴ Nordell, Rätten till det visuella s. 46.

av AK att definiera *konst* och *konstnärlig*. Det andra citatet åberopat ovan är svårare att bestämma innebörden av, även om det känns troligt att Lögdbergs tolkning beskriven ovan är korrekt. Nordell utgår ifrån, med stöd i den förstnämnda passagen, att alster som tillskapats utan konstnärlig ambition och utan syfte att nå en konstnärlig verkan inte kan komma i åtnjutande av upphovsrättsligt skydd inom denna kategori. Detta, får man förmoda, alltså oavsett om alstret företer skönhet, är estetiskt tilltalande, kommersiellt lättomsatt etc.⁷⁵

4.1.5 Mer om ”konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan”

Avgörandet om en Gotlandskarta är ett av de få fall som nått HD under nuvarande brukskonstskydd.⁷⁶ HD motiverar bland annat sitt ställningstagande för upphovsrätt för ett antal förhållandevis enkla teckningar som skapats för att förekomma på plastkassar, vilket tyder på att de är att hänföra till den sorts brukskonst som ligger bildkonsten nära, som följer: ”Även om några av [teckningarna] är förhållandevis enkla och framstår som banala, är teckningarna ändå utförda i en enhetlig stil och *med en klar konstnärlig ambition att ge en attraktiv bild av Gotland som ett intressant och levande semesterlandskap*” [min kurs.]. Karnell har härom sagt att ”i lagmotiven förekommer ... den konstnärliga ambitionen inte som ett verkskriterium utan endast som i ett uttryck till specificering av vad som menas med ordet *konstnärlig*.” Han erinrar om det tidigare nämnda citatet ur AK:s betänkande om att konst och konstnärlig skall anses omfatta ”alla former, i vilka det förekommer att verk tillskapas med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan”.⁷⁷ Karnell menar att detta tar sikte på vilka former och uttrycksmedel som kan komma till användning för att kallas konstnärliga, men att konstnärlig ambition inte vore en accepterad bestämning för om tillräcklig individualitet skall anses föreligga. Karnell menar att ”andra uttryckssätt, mer inriktade på vad saken verkligen kan gälla” borde ha fått ersätta formuleringar som ”med konstnärlig ambition”.⁷⁸ Enligt min mening skulle man kunna uppfatta att HD med nämnda formulering påvisade skillnaderna mellan de inledningsvis i uppsatsen framlyftna AK-passagerna på temat syfte. Förra ledet, ”med en klar konstnärlig ambition”, kan ses som att HD vill markera att ”konst och konstnärlig tagas här i så vidsträckt betydelse, att de i princip omfatta alla de former, i vilka det förekommer att verk tillskapas med konstnärlig ambition och i *syfte* att nå en konstnärlig verkan” är uppfyllt.⁷⁹ Det senare ledet däremot, ”ge en attraktiv bild av Gotland som ett intressant och levande semesterlandskap” kunde läsas mot det andra AK-citatet, i vilket det sägs att ”det är likgiltigt ... i vilket syfte verket tillkommit, sålunda om syftet är

⁷⁵ Nordell, Rätten till det visuella s. 30.

⁷⁶ NJA 1990 s. 499.

⁷⁷ SOU 1956:25 s. 65.

⁷⁸ Karnell i NIR 1990 s. 594 f.

⁷⁹ SOU 1956:25 s. 65.

konstnärligt, ideellt i annat hänseende, t.ex. religiöst, eller rent praktiskt. Ett exempel härpå är, att privata brev kunna vara litterära verk.”⁸⁰ Att det är fråga om att på en plastkasse skildra Gotland på ett skönt sätt är alltså inget för lågt bakomliggande syfte för att upphovsrätt skall kunna uppstå.

Enligt min mening behöver HD:s framhävande av *konstnärlig ambition* i Gotlandskartefallet inte ses som ett försök att bestämma huruvida tillräcklig individualitet föreligger (termen för objektiv skyddsvärdhet för dagen). I praktiken kanske alltså Karnell, sett till bedömningen om skydd eller inte skydd i sin helhet, gör misstaget att förväxla nödvändigt krav med tillräckligt krav. Däremot finns det andra skäl att ställa sig frågande till HD:s domskäl. Det anges t.ex. att ”sedda i sitt sammanhang” besitter teckningarna tillräcklig individualitet – vilket inte är lättolkat.⁸¹

4.1.6 Mönsterskyddsutredningens syn på konstnärlig ambition och syfte

Nuvarande ordning av skydd för brukskonst infördes som ovan sagts år 1970. Bakom denna lagändring låg mönsterskyddsutredningen, som framför allt syftade till att utreda ett nytt mönsterskydd, men även hade att se över det upphovsrättsliga skyddet.⁸² För tydlighetens skull bör en passage ur mönsterskyddsutredningen lyftas fram för belysning:

”Man kan ... med fog hävda, att ett krav för erhållande av skydd på brukskonstområdet bör vara att produkten tack vare en individuell utformning icke riskerar att framkomma också genom annans självständiga skapande. Utredningen anser att denna skyddsförutsättning sammanfaller med det krav på att verket skall vara präglad av upphovsmannens individualitet, som brukar framhållas i sammanhanget och som emellanåt uttrycks så att en viss *verkshöjd* skall föreligga. Vid bedömandet av den individuella prägelns bör hänsyn tas till samtliga omständigheter i fallet, varvid exempelvis sådana faktorer som konstnärlig utbildning, konstnärligt syfte o. s. v. kan ha en viss om ock föga avgörande betydelse.”⁸³

Härav framgår att det konstnärliga syftet *kan* ha betydelse. Frågan är om denna passage är förenlig med vad som sägs i AK:s betänkande. Som ovan konstaterats är det ändå förarbetena bakom upphovsrättslagens införande som ytterst gäller. Jag menar att så nog inte är fallet. Hur exakt man skall betitla det som kravet på *konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan* står för är, menar jag, tämligen oviktigt. Karnell har menat att detta inte skall ses som ett verkskriterium utan bara en bestämning av konstnärlighet⁸⁴, men vad spelar det för roll? Det är uppenbart att AK åsyftade att ett slags syfte skall krävas av alster för att kunna komma ifråga för upphovsrättsligt skydd. När mönsterskyddsutredningen sedan menade att

⁸⁰ SOU 1956:25 s. 69.

⁸¹ NJA 1990 s. 499, cit. s. 509.

⁸² SOU 1965:61

⁸³ SOU 1965:61 s. 208.

⁸⁴ T.ex. i sin kommentar till Gotlandskartefallet, NIR 1990 s. 594 f.

sådana faktorer som konstnärlig utbildning, konstnärligt syfte *kan* ha viss betydelse för bedömningen av ett brukskonstlärars individuella prägel, kan jag inte förstå vart man vill komma. För det första är konstnärlig utbildning endast något som skulle kunna *tyda på* ett konstnärligt syfte. För det andra måste enligt min mening upphovsrättslagstiftningens grundläggande och betydligt mer utförliga motiv – AK:s betänkande – förstås som att *konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan* inte bara *kan* ha, utan tvärtom *skall* ha, betydelse. Denna betydelse är dock, för det tredje, inte att sammanblanda med den objektiva bedömningen av det enskilda alstrets eventuella verkshöjd.⁸⁵

4.1.7 Betydelsen av det subjektiva syftet – teoretiska utgångspunkter

Jag utgår, på basis av föregående utredning, från att det måste finnas en konstnärlig ambition och ett syfte att nå en konstnärlig verkan med ett alster för att detta skall kunna ses som ett konstnärligt verk.

Något bör här sägas om hur detta syfte skall beskrivas. Även om jag ovan redan benämnt det som subjektivt, vill jag här ta upp frågan närmare: bör det betraktas som ett objektivt eller ett subjektivt syfte?⁸⁶ I *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* av Bernitz med flera uttrycks först det okontroversiella i att det bakomliggande syftet är betydelselöst.⁸⁷ Därefter anförs att ”syfte i denna betydelse måste skiljas från det ... konstnärliga huvudsyfte – ett objektivt syfte att ”nå en konstnärlig verkan” – som är nödvändigt för att något alls skall kunna skyddas som konstnärligt verk.” När AK talar om *med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan* uppfattar emellertid jag det som att relationen mellan upphovsman och verk åsyftas, sättet på vilket uphovsmannen skapar verket, varför det måste vara att anse som ett subjektivt syfte. Att *konstnärlig verkan* tar sikte på verket i sig och hur detta skall framstå för omgivningen torde vara självklart (det är ju verket i sin konkreta utformning som kan ge människor ett intryck, och inte en inre ambition hos uphovsmannen). Som jag uppfattar det är det ändå fråga om uphovsmannen i sin skapandeakt genom närvaron av en konstnärlig ambition har åsyftat att verket skall komma att ha denna funktion. När Lögdberg hävdar att ”det intressanta är ju, huruvida relevans tillmätas det förhållandet, att samtidigt förelegat ett syfte med

⁸⁵ Det är inte lätt att bedöma hur eventuellt oförenliga meningar i olika förarbeten skall hanteras. Saken kan inte lösas enligt de oskrivna reglerna som används för att markera hierarkier mellan lagar. I det här fallet har jag dock gjort bedömningen att AK:s betänkande måste vara det som gäller ytterst; med tanke på att min frågeställning tar sikte på en del av det centrala och fundamentala i den svenska upphovsrätten, måste enligt min mening de ursprungliga motiven få väga klart tyngst. Det gäller oavsett om senare utredningar inte helt och fullt utdelat AK:s uppfattningar. Grundläggande aspekter av upphovsrätten behandlas helt enkelt mycket mer ingående i AK:s betänkande än i senare förarbeten.

⁸⁶ Den rättsliga grunden återfinns som tidigare sagts i AK:s betänkande (SOU 1956:25) s. 65.

⁸⁷ SOU 1956:25 s. 69.

alstret att nå en konstnärlig verkan” tyder enligt min mening även detta på en sådan inställning.⁸⁸

Som jag ser det skall det nu beskrivna kravet på subjektivt syfte vara något annat än en formgivares känsla för vad som ligger i tiden och hans eventuella förmåga att anpassa sina produkter till vad som kan tänkas bli en framgång hos kundkretsen. Rent teoretiskt anser jag det på basis av ovanstående stycken inte tillräckligt, för uppfyllelse av förarbetenas andemening, att formge medelst bl.a. en kunskap om och i syfte att tillfredsställa en viss kundkrets smakuppfattningar. Dessutom skall det juridiskt sett vara oväsentligt vad som uppfattas som ”vackert” eller ”estetiskt tilltalande” – vilket dock inte alltid har varit självklart, inte ens för opinionsnämnden.⁸⁹

Jag tänker alltså välja att betrakta kravet på att ett alster skall vara skapat *med konstnärlig ambition och i syfte att ge en konstnärlig verkan* som ett krav på ett visst subjektivt syfte, hos upphovsmannen, i sättet på vilket alstret skapas.

4.2 Syfte i bemärkelsen funktion

Innan jag lämnar teoridelen av uppsatsen vill jag här kort beröra ytterligare en aspekt av syftesfrågan, vilken berördes som bifrågeställning ovan. Vilken betydelse för skyddsvärdhet har *syftet* i bemärkelsen *funktion*?

Bland skillnaderna mellan brukskonst och bildkonst kan nämnas bl.a. att rätten till brukskonst traditionellt varit mer fixerad vid sina fysiska bärare än bildkonst.⁹⁰ Även det faktum att hänsyn till materialbehandlingen tas är speciellt för brukskonsten.⁹¹ Detta kan till och med spela en mycket stor roll; särskilt när variationsutrymmet i sig egentligen inte är särskilt stort, kan det givetvis bli viktigt för en formgivare att för att ändå uppnå ett starkt och originellt helhetsintryck fokusera på materialbehandlingen. Brukskonst och bildkonst kan sägas närma sig varandra främst när de estetiska momenten i ett brukskonstalster överväger.⁹² På grund av att det är en naturlig del av brukskonsten att just lyckas kombinera form och funktion på ett tillfredsställande sätt, kan det antas att variationsutrymmet för det konstnärliga uttrycket på grund av tekniska hänsyn ibland är mindre än inom andra områden som täcks av upphovsrätten. Detta är dock en teoretisk utgångspunkt. Det är svårt att i praktiken utgå från ett sådant antagande, eftersom gränsdragningen mellan brukskonst och bildkonst nämligen med fog kan uppfattas som flytande och oskarp. Om ett brukkonstalster närmar

⁸⁸ NIR 1960 s. 217.

⁸⁹ Se här bl.a. avgörandet om ett dammsugarmunnstycke, där opinionsnämnden – tyvärr inte endast i förbigående, såvitt jag kan förstå – formulerar sig i termer av vad som är ”estetiskt tilltalande” i resonemang om skyddsvärdhet. NIR 2005 s. 507.

⁹⁰ Nordell, Rätten till det visuella s. 143.

⁹¹ SOU 1956:25 s. 77.

⁹² Nordell, Rätten till det visuella s. 144.

sig bildkonsten, t.ex. ett för gardin användning skapat och mönstrat tyg, torde bildkonstens villkor bli allt starkare avspeglade ju närmare denna verkskategori man kommer. Det gäller bl.a. skyddsomfång och skyddsförutsättningar.

Av en rad bestämmelser i 2 kap. URL framgår att inskränkningarna i upphovsmannens rättigheter gäller i olika mån för bildkonst och brukskonst. Det är inte meningsfullt att gå in närmare på vilka dessa situationer är här, men eftersom kategoriseringen spelar en faktisk roll i vissa lägen, känns det angeläget att fråga sig om ett subjektivt syfte i någon mening kan påverka kategoriseringen till bildkonst respektive brukskonst.

Jag menar att man bör utgå ifrån att det för att ett alster skall kunna skyddas som verk av brukskonst det inte bara skall krävas konstnärlig ambition och syfte att nå konstnärlig verkan utan också ett subjektivt syfte vad avser att i praktiken förena form och funktion – med betoning på *funktion*. Inte minst ligger detta i linje med vad jag presenterat som min tolkning av gällande rätt beträffande kravet på subjektivt litterärt syfte för skyddsvärdhet för litterära verk, liksom för kravet på subjektivt syfte i bemärkelsen konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan för konstnärliga verk. Om ett arbetsresultat som visserligen ligger inom gränserna för vad som skulle kunna tänkas komma att utgöra brukskonst befinnes ha tillkommit utan att någon slags användningssyfte förelegat, bör skydd som verk av brukskonst inte kunna komma ifråga. Dock kan väl tänkas att skydd som bildkonstalster kunde komma ifråga, givet att skyddsförutsättningarna därför vore uppfyllda. Detta är inte särskilt märkligt; beträffande brukskonst är ju faktiskt förmågan att förena konstnärligt verkande form och funktion med bibehållen funktionsduglighet själva poängen. Därför måste enligt min mening det ses som naturligt att ett såsom här beskrivet subjektivt syfte måste föreligga för att ett brukskonstalster skall renderas skydd såsom konstnärligt verk.

Opinionsnämnden prövade för övrigt i ett avgörande upphovsrätt för en flagga, som efter en tävling föreslagits som Norrlands.⁹³ Fallet presenteras mer ingående nedan, men jag vill här nämna att det kanske kunde ha avgjorts med en annan motivering. Visserligen kan man tänka sig att en flagga skapas med konstnärlig ambition och i sig företer verkshöjd. Men att en åtminstone i någon mån officiell flagga skulle utgöra brukskonst kan kanske ifrågasättas av det skälet att inget funktionellt syfte i vanlig mening kan spåras; kanske föreligger endast ett slags signalsyfte?

Med detta sagt lämnar jag nu detta – viktiga – bispår för att i den undersökande del av uppsatsen titta närmare på den huvudsakliga frågeställningen.

⁹³ NIR 1993 s. 456.

5 Undersökande del – det subjektiva syftet avseende konstnärlighet

5.1 Inledning

Jag kommer nu in på kopplingen mellan den teoretiska diskussion som hittills förts och slutsatserna i denna samt sättet på vilket domstolarna och opinionsnämnden i praktiken har valt att behandla frågan om syftet med alster för vilka förekomsten av upphovsrättsligt skydd skall bedömas.

Först kan dock erinras om att Lögberg vid tiden för införande av URL ansåg att problematiken kring denna sida av brukskonstens skyddsförutsättningar skulle komma att spela en högst begränsad roll, eftersom relativt få verk över huvud då bedömdes kunna komma i fråga för upphovsrättsligt skydd, varför Lögberg ansåg det som osannolikt att det annat än ytterst sällan skulle förekomma fall av objektiv skyddsvärdhet samtidigt som det subjektiva syftet skulle saknas.⁹⁴ Även om detta skulle ha slagit in, skulle det ändå finnas anledning att undersöka frågan närmare för ett klagörande. Numera anses dock tröskeln för skydd för alster av brukskonst ha sjunkit väsentligt. HD har t.ex. vid argumentation för ett utökat skydd i praxis för modeprodukter uttryckt anledningen härtill som att ”mönsterskyddslagen har ej kunnat ge tillfredsställande skydd åt produkter av brukskonst på sätt förutsattes när lagen kom till”.⁹⁵ Levin noterade en sänkning av kraven för skyddsvärdhet från opinionsnämndens sida vid mitten av 1980-talet och menar numera att nivån för skyddsvärdhet för brukskonsten i alla fall på vissa områden kunde vara tillbaka på den nivå som gällde innan skärpningen år 1970.⁹⁶ Nordell har också bedömt att nivån för skydd har sänkts till ungefär den nivå som gällde innan 1970 års ändringar.⁹⁷ Att notera är dock att HovR:n (över Skåne och Blekinge) sett annorlunda på saken i Maglite-Ikea. Där ansågs verkshöjdskravet inte kunna anses ha sjunkit sedan år 1970.⁹⁸ Mer om detta nedan.

Beträffande vissa fall som bedömts av opinionsnämnden har hävdats att det ibland varit uppenbart att den ena parten försökt påtala upphovsrättsligt skydd inför opinionsnämnden i situationer som snarare bär den otillbörliga efterbildningens prägel än intrång i upphovsrätt; konstnärligt syfte med framställandet av föremålet skall ha saknats och endast åberopats i efterhand i förhoppning om att detsamma skall bedömas som ett alster av

⁹⁴ Lögberg i NIR 1960 s. 221.

⁹⁵ NJA 1995 s. 164, cit. fr. s. 172.

⁹⁶ Levin, Svensk Forms Opinionsnämnd under utveckling s. 313. Lärobok i immaterialrätt, Suppl. s. 35.

⁹⁷ Nordell, Rätten till det visuella s. 139.

⁹⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr T916-05 (av den 16:e febr. 2007).

brukskonst.⁹⁹ Detta sätter fingret på det viktiga förhållandet att upphovsrätten skall premiera skaparinsatserna bakom verk och inte i allmänhet ge skydd åt vilka i sig kommersiellt framgångsrika bruksföremål som helst. Beträffande brukskonsten är det därför i högsta grad i dag en viktig fråga att se till hur syftet har behandlats av domstolarna och av opinionsnämnden. Det gäller inte minst när det framstår som uppenbart att det av Lögberg antagna oproblematiske förhållandet mellan det subjektiva syftet och skyddsvärdhet måste överges.

I linje med vad som ovan i uppsatsen fastslagits måste på något sätt en bedömning av det subjektiva syftet avseende sättet på vilket ett brukskonstalster skapats göras, åtminstone om förarbetena inte skall nonchaleras. Härigenom kommer vi alltså in på hur gränsdragningen mellan det skyddade och oskyddade området påverkas i praktiken av förekomst respektive frånvaro av subjektiv konstnärlig ambition samt syfte att nå konstnärlig verkan. Vilka typer av formuleringar har använts av opinionsnämnden och domstolarna? Har frågan behandlats uttryckligen, eller kan man bara spåra den bakom andra formuleringar? Är det så att domstolarna och opinionsnämnden inte anser frågan vara av betydelse? Dessa frågor ligger i bakgrunden när jag behandlar praxis nedan.

Med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan är, som ovan konstaterats, ett grundläggande krav på visst subjektivt syfte för skyddsvärdhet teoretiskt sett. Verkshöjdsbedömningen avser enbart den konkreta utformningen av ett alster – alstret sett för sig – vilket innebär att det är fråga om en objektiv bedömning. Det blir i så fall fråga om två olika slags bedömningar. Att domstolarna och opinionsnämnden inte behandlat det hela som två skilda bedömningar, av argumentationen i de avgöranden som nedan skall gås in på att döma, är uppenbart. Bedömningen är en, även om den består av olika sidor (i den mån det subjektiva syftet alls uppmärksammas).

Såväl domstolarna och opinionsnämnden är givetvis bundna av parternas argumentation. Att ex officio pröva något som inte yrkats kan givetvis inte bli aktuellt. När det dessutom är så få mål som i dag når högsta instans, inses med lätthet att det inte är enkelt att beskriva gällande rättsläge. Över lag kan väl sägas att opinionsnämnden är mer typiserad i sin argumentation än vad domstolarna har varit. Trots detta är terminologin hos främst opinionsnämnden, men även delvis hos domstolarna, ibland snårig. Man kan aldrig vara säker på om skillnaderna i ordval verkligen är avsedda att uttrycka olika saker eller om det är de olika ledamöternas personliga smak eller skiftande trender som fått styra.

⁹⁹ Nordell, Rätten till det visuella s. 140.

5.2 Praxis

Givetvis, vilket också understrukits i avsnittet om Svensk Forms Opinionsnämnd, kan man inte rakt av jämställa domstolsavgöranden med opinionsnämndens avgöranden. Tvärtom är skillnaden stor mellan ett rättsligt avgörande och ett opinionsnämndsavgörande. Dock behandlar jag nedan domstolsavgöranden och opinionsnämndsavgöranden sida vid sida, eftersom det synes mig vara det bästa sättet att göra framställningen på. Skälet är opinionsnämndens speciella funktion och status, vilka beskrivits ovan. Skälet är också att vissa principiella frågor återkommer i såväl rättsliga som utomrättsliga avgöranden, varför jag för läsarens skull vill kunna behandla dem sammanhållet. Läsaren bör dock tänka på att försiktighet fordras i synen på utomrättsliga bedömningar. Strikt sett är det ju enbart överrättsliga avgöranden som kan sägas *vara* gällande rätt. Även om en genomgång av opinionsnämndens avgöranden torde vara det bästa sättet att *försöka beskriva* vad som är gällande rätt i olika hänseenden, *kan* det givetvis vara så att domstolarna skulle ha gjort en annan bedömning i varje enskilt fall. Detta kommer man dock inte ifrån. Inte att glömma är heller faktumet att opinionsnämnden ledamöter byts ut efter hand, samt att tiden har gått mellan avgörandena; det är naturligt att tidens smakuppfattningar i någon mån färgar av sig.

Rent allmänt kan här inledningsvis sägas att det är relativt ovanligt, kanske till och med mycket ovanligt, att det subjektiva syftet i bemärkelsen *konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan* omnämns direkt i domskälen och bedömningarna. Detta skall märkas nedan.

I ett avgörande om ett *dammsugarmunstycke*¹⁰⁰ kom opinionsnämnden fram till att skydd förelåg. Produktens *estetiskt tilltalande utseende* givet de av tekniken fastslagna parametrarna nämns som grund för beslutet. Om bakomliggande process och det subjektiva syftet sägs ingenting. Detta är ett ganska typiskt sentida avgörande, såvitt jag förstår. Som vanligt läggs stor vikt vid alternativa beskrivningar av vad som krävs för upphovsrättsligt skydd, dock bara vad avser den objektiva sidan – verkshöjdsbedömningen. Ivern att hålla sig till lag och förarbeten är helt försvunnen när det kommer till den subjektiva sidan. Inget sägs om den. Dessutom är det givetvis irrelevant huruvida opinionsnämnden anser utseendet av munstycket vara estetiskt tilltalande eller inte. Är det självständigt skapat med konstnärlig ambition på ett sätt som lett till att alstret uppnår verkshöjd eller inte? Detta borde vara frågan. Kanske menar opinionsnämnden detta, men det vet vi inte.

I princip torde det vara rimligt att i stor utsträckning hålla dörren öppen för att det även på konstnärligt sett atypiska områden kan bli fråga om att betrakta ett arbetsresultat som verk av brukskonst. När man rör sig på ett område som dammsugarmunstycket, måste man dock fråga sig om det inte hade varit rimligt att i bedömningen utförligt motivera hur den subjektiva

¹⁰⁰ NIR 2005 s. 507.

sidan av skyddsvärdebedömningen gjordes. Enligt min mening blir det viktigare att göra en tydlig och uttrycklig bedömning av det subjektiva syftet i den bemärkelse vi tänker oss nu ju längre bort från bildkonsten och ju närmare de rena bruksföremålen man kommer. För mig framstår det definitivt inte som självklart att, enbart på grund av ett ”estetiskt tilltalande utseende”, dammsugarmunstycket (delvis) tillkommit eftersom formgivaren ville att munstycket skulle verka konstnärligt i sin omgivning.

Man kan tänka sig att det ibland förekommer att det subjektiva syftet berörs på omvägar eller indirekt. Detta behöver ju inte vara en sämre lösning än uttryckliga varianter, kanske till och med tvärtom, då det inte är självklart att det teoretiska direkt kan överföras till en bedömning som sedan skall kläs i ord.

Ett fall jag vill ta upp här handlar om en *sittmöbel*.¹⁰¹ Möbeln hade tillverkats dels i en trävariant dels i en metallvariant. Ur motiveringen till beslutet, som innebär tillerkännande av upphovsrätt för båda varianterna, framgår: ”formgivarinsatsen framstår i sin helhet på ett personligt och självklart sätt genom stringens och medvetenhet i formgivningsdetaljerna.” Vilka dessa detaljer är får vi inte veta. Spontant måste nog sägas att det saknas större detaljrikedom utanför den helt nödvändiga konstruktionen och utrustningen. Ordet *formgivarinsats* kan väl sägas vara hänförligt till skapandeprocessen, men meningen i övrigt tyder på att opinionsnämnden enbart talar om produktens framtoning i sig, varför det i beslutet inte finns något som behandlar det subjektiva syftet. Jag återkommer till sittmöbelavgörandet.

Tidigare var det inte ovanligt att formgivarens utbildning och status hade viss inverkan på frågan om skydd, kanske inte minst frågan om man kunde presumera konstnärlig ambition. Detta var troligtvis fallet i t.ex. avgörandet om *Stringhyllan*, åtminstone beaktade hovrätten och kanske även Högsta domstolen detta, om än inte uttryckligen. Hovrätten anförde att den ”beaktar att makarna S genom sin utbildning få anses väl skickade att skapa verk av konstnärlig halt”.¹⁰² Detta är enligt min mening inte alls en orimlig omständighet att beakta. Det måste helt enkelt finnas gångbara kopplingar mellan de i teorin uppställda kraven och den bedömning som skall ske i praktiken. Dock får det givetvis inte bli fråga om att detta blir något slags krav. Att låta utbildning och bakgrund ibland fungera som en presumtion känns dock rimligt och jag återkommer till detta längre fram. Men givetvis kan tänkas att samma formgivare arbetar med en rad olika typer av arbetsuppgifter. Ibland kanske detta är tämligen rutinmässigt, varvid arbetet kan beskrivas som bestående i att endast hitta en acceptabel och framför allt kommersiellt lämplig utstyrelse för en produkt. Medan i andra fall samma person kanske ges utrymme att verkligen skapa något som når upp till verkshöjd, samtidigt som en bakomliggande konstnärlig ambition och syfte till konstnärlig verkan föreligger.

¹⁰¹ NIR 1989 s. 385.

¹⁰² NJA 1962 s. 750.

För att återgå till avgörandet om sittmöbeln: man kan fråga sig om – givet den typ av teknisk lösning som ligger till grund för sittmöbeln – det varit möjligt för formgivarna att skapa en dylik sittstol som skulle underkännas skydd. Det framstår inte som troligt; känslan av att opinionsnämnden varit styrd av förtjusning av konstruktionstypen, tekniken, uppfinningen *i sig*, är slående. Givetvis är det kombinationen av form och funktion som skall bedömas – men, med förlov sagt, här synes de konstnärliga formgivarinsatserna vara minimala. ”Det för båda möblerna sammanhållande formspråket betonar gungstolsfunktionen”, står det i motiveringen. Visst *är* det en gungstol av något slag. Hur skulle det se ut om formgivningen *inte* betonade gungstolsfunktionen? Var på stolen finns detaljer som inte har med det direkta gungstolsutförandet att göra som ändå betonar gungstolsfunktionen? Tänkte opinionsnämnden på de skoluppehållsrumslika stöddynorna? Normalt sett brukar även materialbehandlingen vara en central del i en bedömning om skydd för brukskonst, vilket är en speciell sida av denna verkskategori. Detta tycks förbigås här, trots att böjda stålrör känns oerhört mycket mer primitivt än den typen av pressat, limmat samt böjt trä som den andra varianten av sittmöbeln består av – detta nämns av mig i förbigående.

I HD:s domskäl i avgörandet om en *Stickad tunika* sades avseende modeprodukter att ”numera förekommer emellertid även företag, som tillverkar modeprodukter på grundval av det arbete som utförs av konstnärligt utbildade designer[s].”¹⁰³ Detta ingick i ett resonemang kring förändrade förhållanden i en bransch, vilket man menade talade för ett ökat behov av adekvata skyddsmöjligheter, och skall nog inte tas till intäkt för att HD anser att en sådan ordning med anställda formgivare skulle böra leda till någon slags presumtion för konstnärlig ambition bakom ett alster. Jag nämner detta för att det är ett intressant påpekande att närvaron av större konstnärlig kompetens kan ändra uppfattningen om vilka skyddsbehov som finns på ett område.

Sammanfattningsvis kan dock hållas i minnet att utbildning och bakgrund som känd designer är en omständighet som kan och kanske bör tas hänsyn till vid bedömningen av det subjektiva syftet.¹⁰⁴ Dock får detta inte leda till att frisedlar ges! Jag bedömer att i ett fall som Sittmöbelfallet utbildningen och bakgrunden hos formgivaren, Opsvik, har fått spela alltför stor roll. Om ett beställningsjobb skall göras inom ramarna för ergonomiska krav, en mycket säregen konstruktion och kanske ytterligare komponenter, är det ju dock inte givet att det finns utrymme för formgivaren att arbeta självständigt och konstnärligt.

Även i *Maglite*-fallet är det möjligt att man indirekt kan utläsa att det subjektiva syftet har ägnats viss uppmärksamhet.¹⁰⁵ När domstolen slog fast att ”saken skall ... bedömas objektivt och utan hänsyn till de idéer som upphovsmannen haft”, skedde detta dock under avsnittet där frågan om

¹⁰³ NJA 1995 s. 164

¹⁰⁴ Jfr. även SOU 1965:61 s. 108.

¹⁰⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge, avd. 3, mål nr T916-05, av den 17:e febr. 2007.

verkshöjd för ficklampan behandlades. Det är såvitt jag förstår då helt i sin ordning att det inte beaktades huruvida det legat, såsom Maglite framhållit i målet, ett ”omfattande tekniskt nyskapande” bakom utformningen. Detta innebär något helt annat än att negligera frågan om det subjektiva syftet och den för skyddsvärdhet nödvändiga konstnärliga ambitionen. Det som gäller vid den objektiva verkshöjdsbedömningen är ju som bekant helhetsintrycket av den bärare av verket som alstret utgör – inte idéerna eller tekniska framsteg som eventuellt ligger bakom detta.

Möjligen kan man dock utläsa av domen att domstolen, genom sitt tydliga fokus på tekniska detaljer i och på produkten, medvetet eller omedvetet vill göra gällande att det helt enkelt saknas tillräcklig konstnärlig ambition. Kanske har man ansett produkten bara vara en lyckad ficklampa, vars form till mycket stor del föranletts av tekniska hänsyn och av ändamålsenligheten. Det är dock synd att hovrätten, som visar tecken på en stark bundenhet till förarbetena, inte har lust att låta denna bundenhet gälla över hela registret. Om man med domen ville sätta stopp för en rättsutveckling som man t.ex. kanske menar alltför långt har fjärrmat sig från förarbetenas mening, är det tråkigt att man inte också uttryckligt satte fokus på kravet på konstnärlig ambition och hur detta skall behandlas för modern industridesign.¹⁰⁶

Ibland kanske det finns mindre starka skäl för resonemang kring det subjektiva syftet i ett avgörande? I de välskrivna domskälen i fallet *Stickad tunika* sägs inget direkt om det subjektiva syftet.¹⁰⁷ HD uttryckte i fallet att ”sådana alster som enbart bygger på fackkunskap, god smak och enkla variationer av välkända modeideer av mer rutinartad karaktär ... av lätt insedda skäl ej [bör] komma i fråga för upphovsrättsligt skydd”. I dylika fall kan man väl anta att någon konstnärlig ambition inte förelegat och att detta typfall underkänner skydd av såväl objektiva som subjektiva skäl. För fall där modeprodukten i objektivt hänseende bedöms uppnå verkshöjd kanske det kan vara rimligt att presumera en konstnärlig ambition. Även om plaggen ifråga är bruksvaror, är designelementet så uppenbart överhängande i dem och det torde inte finnas några frågetecken kring huruvida designern har haft en konstnärlig ambition. Även det senare ledet i AK-uttalandet ovan, *i syfte att nå en konstnärlig verkan* torde i de flesta sådana fall vara uppenbart uppfyllt.

¹⁰⁶ Glädjande nog har HD beviljat prövningstillstånd, men i skrivande stund är fallet inte avgjort. Man kan spontant fråga sig om inte HovR:n var väl selektiv när den återopade förarbetena bakom senaste förändringen av brukskonstskyddet, infört samtidigt som mönsterskyddslagen av 1970, som grund för att hävda ett (förvånansvärt) högt verkshöjdskrav för denna typ av industridesign. Eftersom HD på andra brukskonstområden (bl.a. i *Stickad tunika*-fallet, NJA 1995 s. 164) har fört resonemang om mönsterskyddets inte helt lyckade utfall och då det höga verkshöjdskravet anno 1970 åtminstone till betydande del nog kan sägas ha byggt på ett starkt och tillräckligt mönsterskydd är det möjligen en aning förvånande att HovR:n inte bemödar sig om en analys av detta. Särskilt som just efterbildning och det behov av skydd som en massiv efterbildning av skyddsvärda prestationer föranleder stod i fokus i *Stickad tunika*-fallet; Mini Maglite tycks ju vara en våldsamt efterbildad produkt.

¹⁰⁷ NJA 1995 s. 164.

Det föreligger stora skillnader mellan de olika riktningarna inom brukskonsten. För att mot bakgrund av detta föra resonemanget i föregående stycke vidare, kan bland annat nämnas vad avser variationsutrymmet för formgivare att detta varierar väsentligt beroende på om vi talar om industridesign med stränga tekniska krav eller om vi talar om ett gardintyg. För den senare produkttypen – när vi alltså rör oss mot bildkonsten och dess förutsättningar – kanske det kunde finnas anledning att tillåta ett presumerat subjektivt syfte till konstnärlig ambition. I fallet *Smultron*¹⁰⁸ är vi nära bildkonsten och således tämligen långt bort från eventuella problem med de begränsade variationsutrymmen för det konstnärliga formuttrycket som kan finnas på framför allt industridesignens domäner. Är det därför man inte tycks vara intresserad av den konstnärliga ambitionen, utan snarare tycks presumera den som en naturlig del av den höga verkshöjden? Detta vore enligt min mening inte orimligt.

Ett intressant avgörande är det om en *yxa och kofot*.¹⁰⁹ Variationsmöjligheterna ansågs här väsentligt begränsade, vilket framhölls med tydlighet. Produkterna ansågs genomarbetade och stilbildande, vilket enligt nämnden dock kunde ses som ett bevis på att formgivningen trots allt kunnat varieras något. Dock förelåg inte en i förhållande till andra produkter av samma slag sådan individuell och självständig konstnärlig formgivning som krävs för skydd. Trots ett ”påfallande helhetsintryck”, som befanns säkerligen ha bidragit till de kommersiella framgångarna, ansågs tillräcklig särprägel saknas. Dubbelskapandekriteriet ansågs inte heller uppfyllt. Att yxan och kofoten behandlas som om det vore en och samma produkt känns märkligt, och försvårar även analysen av avgörandet. Jag fokuserar nu enbart på yxan. Har man tyckt att arbetsredskap, såsom en yxa, inte bör komma ifråga för skydd alls? Hade det varit möjligt att alls skapa en yxa som når upp till skydd? Jag menar att dessa frågor är centrala här. Även om alstren ansågs ”väl genomarbetade och stilbildande”, tycks det falla på att utrymmet för variationer bedömdes så trångt att detta så att säga bakvägen skulle ha mer eller mindre uteslutit skydd.

Man frågar sig dock över lag varför opinionsnämnden inte underkänner skydd redan av skäl hänförliga till det subjektiva syftet. Det förefaller enligt min mening relativt otroligt att en formgivare eller snarare producent av ett arbetsredskap såsom en yxa (vars form i princip också har varit ungefär densamma under en mycket lång tid), har arbetat med en konstnärlig ambition och likaså att han har avsett att arbetsredskapet skall ha en konstnärlig verkan på omgivningen. Kanske borde opinionsnämnden ibland helt enkelt antyda eller rakt ut säga att vissa typer av produkter, såvida inte annat borde med stor tydlighet visas av producenten, till sin karaktär inte hör hemma under upphovsrättsligt skydd, av skäl som just nämnts? Enligt min mening är det svårt att inte misstänka att det funnits ett motstånd mot att tillerkänna denna typ av arbetsredskap upphovsrättsligt skydd av

¹⁰⁸ NJA 1994 s. 74.

¹⁰⁹ NIR 1993 s. 461.

principiella skäl. Kanske är detta helt rimligt. Jag menar att det tydligare borde framgå varför skydd inte kan bli aktuellt.

Avgörandet kan enligt min mening jämföras med det om det ovannämnda avgörandet om ett dammsugarmunstycke, särskilt på grundval av det resonemang jag nu presenterat. Något tillspetsat: är det rimligt att tänka sig att dammsugarmunstycket delvis fått sin utformning på grund av konstnärlig ambition och med bakomliggande syfte att formgivningslösningen skall, under de stunder dammsugaren är framme för användning, verka konstnärligt på omgivningen?

Ett ytterligare intressant fall utgör det ovan nämnda fallet om *Norrlands flagga*.¹¹⁰ Opinionsnämnden prövade här upphovsrätt för en flagga, som efter en tävling föreslagits som Norrlands. Det uteslöts inte att en flagga av denna typ skulle kunna skapas tillräckligt ”unik och självständigt och med ett originellt konstnärligt helhetsintryck så att verkshöjd och upphovsrättsligt skydd föreligger”. Faktum är att man känner sig tacksam över en sådan upplysning, eftersom det i vissa fall som nämnts kan misstänkas att opinionsnämnden över huvud taget inte skulle kunna tänka sig att tillerkänna upphovsrätt för alster i respektive kategori – utan att detta sägs. Flaggan, en variant av korsflagga ansågs konventionell och bland annat färgsättningen skall enligt opinionsnämnden ha varit använd sedan gammalt. Den föregivna upphovsmannens insats ansågs bestå i att blott ha föreslagit flaggan såsom Norrlands – vilket inte kunde medföra skydd. Man kan tycka att en flagga av officiell typ snarare än utsmyckande till sin karaktär är speciell och att opinionsnämnden kanske kunde berört frågan om det subjektiva syftet på ett principiellt plan. Det kanske kunde hävdas att en officiell flagga per definition egentligen endast har ett signalsyfte?

Som ovan nämndes kan man tänka sig att det på vissa områden är naturligare än på andra att presumera en konstnärlig ambition. Det är väl på liknande sätt möjligt att en produkt i sig ger ett intryck som tyder på konstnärlighet bakom skapandet, även om det då är önskvärt att det ur domen eller avgörandet framgår med all tydlighet hur resonemangen har gått. I ett avgörande om *klädkrokar av metall*¹¹¹ fann opinionsnämnden att upphovsrätts förelåg enligt övergångsreglerna.¹¹² Troligtvis tas det sikte på den subjektiva sidan av bedömningen av skyddsvärdhet i och med formuleringen ”de ... formgivna tre klädkrokarna bär enligt nämndens mening genom nyansrikt genomförd modellering och genom linjespelet mellan plana och avrundade ytor spår av en samordnande konstnärlig insats.”

¹¹⁰ NIR 1993 s. 456.

¹¹¹ Avgörande nr 100 av den 11 oktober 1972.

¹¹² Det saknas anledning att närmare beskriva dessa. Dock kan sägas att det fanns behov av en övergångsreglering i samband med att mönsterskyddet infördes 1970 och skyddsförutsättningarna för upphovsrättsligt skydd av brukskonst därmed förändrades. Lägre krav gällde enligt övergångsreglerna jämfört med det då utökade femtioåriga skyddet enligt de vanliga bestämmelserna i URL.

I opinionsnämndens yttrande till tingsrätten i ett brottmål om intrång i upphovsrätten till formgivningen av *motorbåten Observer 17*, kan man läsa att båten ”är ett resultat av den unge yachtdesignern Bertil Ledin, och som sådan ett rent uttryck för hans formtänkande i tre dimensioner.”¹¹³ Ledin har med säker känsla och i harmoniska linjer fått fram en tilltalande slutprodukt”, en mening som sammanställts av två till opinionsnämnden adjungerade båtformgivare. Jag tycker att det här framgår att man fokuserat på den subjektiva sidan. Båten hade skapats av en *yachtdesigner*, och det talades alltså om hans tydliga säregna *formtänkande*, som gett formgivningen ett lyckat resultat. Utöver detta fördes givetvis resonemang om båtens objektiva skyddsvärdhet. Opinionsnämnden fann, dock med viss tvekan, att båten åtnjöt skydd enligt övergångsbestämmelserna.

Även *Fiskars sax* upphovsrättsliga skyddsvärdhet har prövats av opinionsnämnden.¹¹⁴ Här finns enligt min mening ett tydligt intresse hos opinionsnämnden av den strävan eller avsikt som upphovsmannen har haft. Opinionsnämnden anför att saxen ”ger uttryck för en tydlig strävan från formgivarens sida att jämsides med tekniska och ergonomiska hänsynstaganden åstadkomma en estetiskt tilltalande slutprodukt.” Även ytterligare formuleringar som utelämnas här är enligt min mening att anse som träffsäkra. Saxen bedömdes åtnjuta skydd enligt övergångsreglerna.

Observers 17 och *Fiskars sax* är ju båda produkter av typisk industridesign. Som antytts tidigare kanske det inte är en slump att det för denna typ av produkter fokuseras i viss mån på den subjektiva sidan.

Avgörandet i opinionsnämnden om ett textilt leksaksdjur – en *tusenfoting* – är intressant att beröra.¹¹⁵ Det anfördes följande: ”Formgivningen ger ej uttryck för upphovsmannens individualitet och bär ej sådan särprägel att upphovsrättslig verkshöjd får anses föreligga. Formgivningen ger vid handen att produkten är ett helt vanligt om än omfattande och tidskrävande rutinarbete styrt av tillverkningsmetoder”. Även utöver hemfallandet åt det onödiga i att med olika sätt beskriva samma sak finns skäl att kritisera avgörandet. Det citerade stycket måste kunna tas till intäkt för att opinionsnämnden menat att det (även) saknats en konstnärlig ambition. Man undrar om opinionsnämndens ledamöter dömt ut förekomst av konstnärlig ambition på grund av att man alltför strikt tillämpat ett ”vuxenperspektiv” trots att det var fråga om ett leksaksdjur. Det föreligger ju på flera plan skillnader mellan produkter riktade till barn jämfört med mattor eller fåtöljer. Hur som helst framstår avgörandet som märkligt. Man frågar sig hur opinionsnämnden menar att det gått till. Det fanns för dessa textila djur redan färdiga tillverkningsmetoder? Omständigheterna vid skapandet *antas* genom att produkten i sig beskådas, varefter de antagna omständigheterna anses tyda på rutinmässighet.

¹¹³ NIR 1976 s. 236.

¹¹⁴ Avgörande nr 121.

¹¹⁵ Dock var tre av ledamöterna, bl.a. Uggla, skiljaktiga. NIR 1988 s. 470.

I ett annat avgörande om textila leksaksdjur, *Kalikå*, ansågs heller inte upphovsrätt föreligga.¹¹⁶ Kanske kan man dra slutsatsen att opinionsnämnden vid denna tid således var ytterst skeptisk till att tillerkänna upphovsrättsligt skydd för denna produktkategori. Dock valde man att inte förklara skälen bakom denna enligt mig troliga skepsis. Kalikås leksaksdjur är för övrigt enligt min mening mycket originella och spontant känns det definitivt tänkbart att de skulle kunna ha skapats med konstnärlig ambition och inte bara ett kommersiellt intresse. Jag finner det något beklagligt att det inte framgår tydligare hur argumentationen har förts – även om man i alla fall vad avser tusenfotingen kanske kan anta att det fanns vissa svårigheter att komma överens inom opinionsnämnden.

Fjällrävenfallet skall här beröras.¹¹⁷ I viss mån berördes det subjektiva syftet. Det anfördes nämligen att det ”av förhöret med [formgivaren] har ... framkommit att det för honom var mest väsentligt att jackan hade hög funktion och god kvalitet men att han också avsåg att ge den ett tilltalande utseende. Till skillnad från tingsrätten anser hovrätten att det förhållandet att det estetiska syftet med formgivningen först kom i andra hand, efter frågor om funktion och kvalitet, inte utesluter att jackan som alster av brukskonst skulle kunna åtnjuta upphovsrättsligt skydd”. Detta tyder på ett intresse för inte bara alstret, utan även för omständigheterna vid skapandet. Dock får vi inte veta riktigt hur domstolen värderar detta.¹¹⁸

Fallet *Gotlandskartan* skall här återigen tas upp.¹¹⁹ Eftersom jag redogjort för fallet i samband med att frågeställningarna utvecklades ovan tänker jag inte gå in på bakgrunden närmare. Det var alltså fråga om nio teckningar avsedda för tryckning på plastpåsar. Teckningarna ansågs av HD ”utförda i en enhetlig stil och *med en klar konstnärlig ambition* att ge en attraktiv bild av Gotland som ett intressant och levande semesterlandskap” [*min kurs.*]. Upphovsrätt befanns föreligga. Även om det måhända finns brister i domskälen är den citerade meningen enligt min mening ett exempel på att det är fullt möjligt att på ett smidigt sätt knyta an till lagmotiven och att visa att kraven på konstnärlig ambition åtminstone beaktats. Att detta är ett avgörande av HD torde väl ändå visa på att det är rimligt att närma sig det subjektiva – om högsta instans gör så kan knappast underinstanser och opinionsnämnd betrakta det subjektiva som en överteoretiserad figur.

¹¹⁶ Avgörande nr 147 av den 20 februari 1989.

¹¹⁷ Svea hovrätt, Avd. 2, mål nr T 8982-05 av den 21 december 2006. HD har tyvärr beslutat att inte pröva hovrättens dom.

¹¹⁸ Jag ställer mig lätt frågande till den skiljaktiga meningen i målet. Även om det är riktigt att intressera sig för huruvida formgivarinsatsen inneburit något mer än att vara ett arbete av rutinartad karaktär, framstår det som märkligt att hävda att ”verket i första hand skall bedömas oberoende av upphovsmannens bakomligande syfte och tankar”. Varför upplysa om detta? Frågan är om det inte är helt felaktigt; verket skall såvitt jag kan förstå nämligen inte i *första hand* bedömas oberoende av det nyssnämnda utan tvärtom bedömas oberoende helt och hållet! *Därtill* kommer såsom tidigare förklarats ett grundläggande krav på bakomliggande konstnärlig ambition, även om det inte måste framstå som två olika bedömningar i praktiken.

¹¹⁹ NJA 1990 s. 499.

Kanske framgår det i fallet inte vad som fått domstolen att anse kravet på det subjektiva syftet uppfyllt, men det är en annan sak.

5.3 Analys av föregående praxisdel – gällande rättsläge

Vad gäller den objektiva skyddsvärdhetsbedömningen har det sedan lång tid utvecklats en slags mall som domstolar och opinionsnämnden följer. Denna uppvisar en tämligen långtgående vilja att hålla sig till t.ex. dubbelskapandekriteriet, även om ordvalen för att beskriva skyddsvärdhet dock varierar en hel del. Även om jag inte gör anspråk på att vara komplett i uppsatsens praxisdel ovan, har det där varit min avsikt att visa att det avseende kravet på det subjektiva syftet, i bemärkelsen *konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan*, inte finns minsta antydning till samma tämligen strikta bedömningsmall. Detta är kanske inte ett problem generellt sett – möjligen är det stundtals onödigt att gå in på det subjektiva syftet uttryckligen (se avslutande stycke under 5.4). Avseende andra fall kunde man önska att det uttryckligen skulle ha framgått att frågan behandlats. Hur som helst föreligger stora skillnader på flera plan mellan gardintyger, båtskrov och yxor; det är långt ifrån givet att samma typ av bedömningar behöver göras för dessa olika typer av arbetsresultat av formgivning.

När inga hänvisningar alls görs till detta subjektiva krav som AK menade skulle finnas för att alster skall kunna betraktas som verk, är det givetvis svårt att säga vad detta beror på. Kanske anses kravet vara en överteoretiserad figur, vilken det inte finns anledning att uppehålla sig kring i praktiken. Denna inställning kan visserligen i enstaka fall vara förståelig, om det aktuella området inom brukskonsten antyder en rimlighet att presumera konstnärlig ambition och det enskilda alstret i sig bär sådana egenskaper att detsamma gäller som en följd därav. På andra områden kan samma inställning vara mindre lämplig. Det är åtminstone min uppfattning att, eftersom brukskonsten är så pass speciell till sin karaktär och då dess förening av form och funktion ställer särskilt höga krav på den juridiska utsällning som är tänkt att skilja verk från oskyddade alster, det subjektiva kravet inte bör nonchaleras. Sammanfattningsvis finns få generella slutsatser att dra; det subjektiva syftet berörs ibland och förbigås i andra fall med tystnad.

Att beskriva det gällande rättsläget mot bakgrund av frågeställningen är av nyssnämnda skäl därför svårt. Som framgått finns det teoretiskt sett definitivt ett krav enligt gällande rätt på ett subjektivt syfte med framställningen av ett alster i den nu avsedda bemärkelsen för upphovsrättsligt skydd av brukskonst.¹²⁰ Som också framgått kan det såvitt jag ser sägas att kravet på det subjektiva syftet i bemärkelsen *konstnärlig*

¹²⁰ Jag åsyftar här främst tidigare framhållna delar av AK:s betänkande och Mönsterskyddsutredningen, men även Nordells och Karnells tidigare beskrivna uppfattningar i frågan.

ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan egentligen inte prövats av vare sig HD eller opinionsnämnden, åtminstone inte uttryckligen.

Det är inte givet att det upphovsrättsliga rättsläget på brukskonstområdet i slutänden har påverkats på ett avsevärt sätt av detta, vad avser vilka alster som renderats skydd och vilka som lämnats utan. Det är inte alls min mening att t.ex. hävda att alster ”slinker igenom” och bedöms vara skyddsvärda som verk bara för att uttryckliga resonemang kring det subjektiva syfteskrevet saknas. Framför allt i opinionsnämnden finns ju en mycket stor kompetens och kanske är det helt enkelt svårt att via text förmedla den erfarenhet och den bildning på området som finns. Därmed är inte sagt att det är oproblemiskt att det subjektiva syftet inte berörs uttryckligt, åtminstone avseende industridesign. Om det i själva verket är så att denna omständighet spelar en roll samtidigt som avgörandet kläs i en annan språkdräkt och andra argument kommer till uttryck försvåras ju givetvis möjligheten för en konstruktiv debatt kring avgörandena. En sådan behövs nog också. Brukskonstskyddet är ju en speciell verkskategori och mår med all sannolikhet bra av en saklig debatt. Möjligheten finns dock förstås, att praxis i viss mån skulle stramas upp om det subjektiva syftet tydligare uppmärksammades. De som önskar en sådan utveckling kanske skulle titta på vilka möjligheter nuvarande reglering egentligen erbjuder.

Ibland, som i Gotlandskartefallet¹²¹, har faktiskt frågan på ett elegant och smidigt sätt behandlats som *en del av* hela avgörandet. Ibland sägs i förbigående något som tyder på att avgörande instans har resonerat kring det hela. I andra fall sägs ingenting alls om saken. Ett sådant typfall är avgörandet om ett dammsugarmunstycke.¹²² Just detta avgörande har försvagat mig i inställningen som jag tidigare hade, nämligen att det subjektiva syftet i den nu åsyftade bemärkelsen åtminstone behandlas relativt noggrant vid bedömningen av industridesignalster, långt bort ifrån bildkonsten. Nu kan jag inte se några generella mönster alls.

I praktiken är det därför tämligen oklart hur rättsläget är – något som förstärks av att så få avgöranden av Högsta domstolen finns att tillgå. Det krav på subjektivt syfte som framgår av förarbetena och som behandlats i uppsatsen har helt enkelt inte prövats ordentligt i praxis.

5.4 Omständigheter och presumtioner, lämpliga eller olämpliga att beakta vid bedömningar i praxis

Efter att ovan ha besvarat uppsatsens frågeställningen vill jag här presentera omständigheter som skulle kunna tas till intäkt för konstnärlig ambition. Möjligen skulle de i vissa fall kunna ses som presumtioner. Dessutom

¹²¹ NJA 1990 s. 499.

¹²² NIR 2005 s. 507.

nämns ett par omständigheter som inte bör spela in på bedömningen. Jag vill inledningsvis här påminna om vad som sades innan i den beskrivande delen av uppsatsen: det är inte längre så att Uppsalarealismen är rådande som en naturlig infallsvinkel mot upphovsrätten. Därför är det naturligt att titta på denna typ av subjektiva omständigheter. Några av dessa har en direkt koppling finns till något av fallen jag kommenterat ovan.

I vissa länder har ordningen funnits att industriellt mångfaldigande omöjliggjorde upphovsrättsligt skydd för brukskonst.¹²³ I Sverige är det sedan lång tid ostridigt betydelselöst huruvida *industriellt mångfaldigande* är tänkt att ske, liksom huruvida det verkligen sker.¹²⁴ Eftersom denna omständighet alltså på andra håll och historiskt har spelat en roll, vill jag för att undvika missförstånd helt kort alltså nämna att den är betydelselös.

Så länge vi talar om seriösa *utmärkelser och erkännanden*, bakom vilka det finns en viss historia och uppenbar kompetens, ser jag det som relativt odramatiskt att låta sådana omständigheter spela en roll som presumtion för konstnärlig ambition. Det framstår i princip inte som märkligare än att låta opinionsnämnden ge yttranden till våra domstolar beträffande skyddsvärdheten i stort – även om större försiktighet vore befogad. Dock kan givetvis utmärkelser också ta sikte på nya idéer och konstruktioner och måste inte avse konstnärligheten bakom det exakta utförandet av en viss produkt, vilket i så fall förändrar saken.

Här och var kan anas eller utläsas att *formgivarens status och rykte* (se t.ex. ovan om fallet om en sittmöbel) och även *formella utbildning* (se t.ex. det äldre fallet om Stringhyllan nämnt ovan) kan ha en stor betydelse för frågan om konstnärlig ambition. Detta är egentligen inte så konstigt, tvärtom torde det vara naturligt att beakta sådana omständigheter, som en *del* i bedömningen. Karnell tycks för övrigt vara av uppfattning att detta är rimligt.¹²⁵

Tidigare förekomst av bedömd konstnärlighet bör eventuellt vara av vikt. Karnell har talat om vad han kallar för en ”kontinuitetsaspekt på konstnärlighetskriteriet”, varmed avses att det eventuella faktum att formgivarens alster inom sakområdet tidigare betraktats som just konstnärliga skall kunna spela en roll vid bedömningen.¹²⁶

Graden av frihet för formgivaren kan givetvis vara en omständighet som kan undersökas i det enskilda fallet. Har formgivaren haft en reell möjlighet att själv råda över resultatet? Har det funnits ett inslag av konstnärlig frihet eller har formgivaren i princip varit *helt* styrd av t.ex. tekniska hänsyn eller

¹²³ Levin, Fomskydd s. 131 f.

¹²⁴ Senast uttalades motstånd mot en ordning där planerat eller faktiskt genomförd industriellt mångfaldigande beaktas som en del i skyddsvärdhetsbedömningen i SOU 1965:61 s. 203 f.

¹²⁵ Karnell upprepade sin ståndpunkt från Rätten till programinnehållet i TV i en artikel från 1990, NIR 1990 s. 93. Även i förarbeten sägs det uttryckligen att utbildning kan vara ett sätt att utläsa konstnärlig ambition på, se SOU 1965:61 s. 208.

¹²⁶ NIR 1990 s. 93.

kommersiellt föranledda önskemål? I den mån detta inte framgår av alstret i sig, kan man tycka att det i tveksamma fall kunde ankomma på den som hävdar upphovsrätt att visa på dessa omständigheter.

Karnell menar att man beträffande den subjektiva bedömningen måste beakta de omständigheter som kringgärdar och berör själva framställningsförloppet. Han motsätter sig att låta det stanna för en subjektiv bestämning av ett subjektivt syfte. *Formgivarens egna utsagor om tillvägagångssättet* skulle såvitt jag förstår således inte få särskilt stor genomslagskraft. En av anledningarna till detta är att det annars kunde bli fråga om att underkänna skydd för alster endast av det skälet att upphovsmannen själv påstått att han saknat avsikt till konstnärligt skapande – ett skäl som visserligen verkar logiskt hållbart men ändå inte känns som baserat på en verklig fara.¹²⁷ Tvärtom känns det naturligt att en domstol vill få ta del av formgivarens utsagor om sättet på vilket ett alster skapades för att väga in det i sin värdering.

Alstret i sig som bärare av spår av det subjektiva syftet! Med tanke på de stora skillnader som finns mellan alla de typer av uttryck som inryms under kategorin brukskonst i dag är det inte alltid möjligt att behandla dessa generellt. Jag menar att det nog i många fall kan vara relativt överflödigt att gå in på ett subjektivt konstnärlighetskrav om det är fråga om ett alster som visserligen är ett brukskonstalster men som ligger bildkonsten relativt nära. Då kan säkerligen i många fall produkttypen och det enskilda arbetsresultatets originalitet vara allt som behöver fokuseras på, eftersom det härigenom framstår som uppenbart att konstnärlig ambition och syfte till konstnärlig verkan förelegat. När man rör sig längre bort från bildkonsten och kanske till och med angränsar till det oskyddade området rena bruksföremål blir bilden en helt annan.

¹²⁷ Karnell, Rätten till programinnehållet i TV s. 66. Stycket tycks främst ta sikte på innehållet i TV-program, men har såvitt jag kan bedöma bäring även generellt.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf:

- Brukskonstskyddet i ljuset av den svenska Smultrondomen, NIR 1994 s. 356

Bernitz Ulf, Karnell Gunnar, Pehrson Lars, Sandgren Lars:

- Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 9:e upplagan, Stockholm 2005

Eberstein, Gösta:

- Den svenska författarrätten, andra häftet, P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1925

Karnell, Gunnar:

- Rätten till programinnehållet i TV, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag AB, Nyköping 1970
- Högsta Domstolen bland smultron och jordgubbar, mellan två stolar?, NIR 1994 s. 85
- En upphovsrättslig domvilla? NIR 1990 s. 591
- Om upphovsrättsligt språk- och kriterieval i föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd – kommentar till dess yttrande den 28 augusti 1989 (sådant det återgivits i NIR 1989 s 384-388). NIR 1990 s. 91
- Replik på en domare veklagan, NIR 1994 s. 335

Knutsson, Anders:

- Gunnar Karnell bland smultron och jordgubbar, NIR 1994 s. 235

Koktvedgaard, Mogens / Levin, Marianne:

- Lärobok i immaterialrätt, 8:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2004

Levin, Marianne:

- Formskydd, Liber, Stockholm 1984
- Designskydd, Norstedts, Stockholm 1987
- Lärobok i immaterialrätt, Supplement 2006 Upphovsrätt, Norstedts Juridik, Stockholm 2006
- Svensk Forms Opinionsnämnd under utveckling, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Norstedts, Stockholm 1987, s. 313
- Vilket brukskonstskydd kan vi leva med?, NIR 1994 s. 237

Ljungman, Seve:

- (anmälan av Åke Lögberg: Auktorrätt och film) Svensk Juristtidning 1959 s. 92

Lögberg, Åke:

- Betydelsen av en lags förarbeten, Festskrift till Olivecrona, P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1964
- Något om betydelsen för upphovsrättsligt skydd av syftet med framställningen av hantverks- eller industrialster, NIR 1960 s. 215

Nordell, Per Jonas:

- Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 1990
- Verkshöjd och brukskonst med anledning av ett yttrande och två notiser. NIR 1990 s. 560
- Dubbelskapande i teori och praktik, NIR 1995 s. 630
- Rätten till det visuella, Jure, Stockholm 1997

Rosenheimer, Morten:

- Værkslæren i ophavsretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001

Ross, Alf:

- Ophavsrettens grundbegreber, TfR 1945 s. 321

Strömholm, Stig:

- Upphovsrättens verksbegrepp, Norstedts, Stockholm 1970

Törngren, Peter:

- Den nordiska verksdebatten – en sammanfattning och kommentar, TfR 1986 s. 365

Uggla, Claës:

- Ett svar av opinionsnämnden ordförande. NIR 1990 s. 94
- Plagiatteknik: Hur blå plommon blir röda jordgubbar som se'n förminskas till smultron, NIR 1994 s. 361

Övrigt

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

Svensk Forms Opinionsnämnd, Upphovsrättsligt skydd för brukskonst, Yttranden 1992-2000, Svensk Form Stockholm 2001

Offentligt tryck

SOU 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av Auktorrättskommittén.

SOU 1965:61, Mönsterskydd. Betänkande med förslag till lag om mönster m.m. Avgivet av Mönsterskyddsutredningen.

Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk, lag om rätt till verk av bildande konst samt lag om rätt till fotografiska bilder, Avgivna den 28 juli av därtill inom Kungl. Justitiedepartementet förordnade sakkunniga

NJA II 1927 s 172ff., Ändringar i lagen om rätt till verk av bildande konst

Proposition 1960:17, Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk m.m.

Proposition 1969:168, Förslag till mönsterskyddslag

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram. (EGT L 122, 17.5.1991, s. 42)

Rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter. (EGT L 290, 24.11.1993, s. 9)

Rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser. (EGT L 77, 27.3.1996, s. 20)

Rättsfallsförteckning

Avgöranden av Högsta Domstolen

Orrefors	NJA 1931 s. 506
Rudastolen	NJA 1958 s. 68
Stringhyllan	NJA 1962 s. 750
Luxusspegeln	NJA 1964 s. 532
Gotlandskarta	NJA 1990 s. 499
Smultron	NJA 1994 s. 74
Stickad tunika	NJA 1995 s. 164
Pergo	NJA 2004 s. 149

Hovrättsavgöranden

Fjällräven	T 8982-05, 2006-12-21, Svea Hovrätt, avd. 2
Maglite	T 916-05, 2007-02-17, Hovrätten över Skåne och Blekinge, avd. 3

Yttranden av Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd

Klädkrokar av metall	Avgörande nr 100 av den 11 oktober 1972
Motorbåten Observer 17	NIR 1976 s. 236
Fiskars sax	avgörande nummer 121
Tusenfoting	NIR 1988 s. 470
Kalikå	avgörande nr 147 av den 20 februari 1989
Sittmöbel	NIR 1989 s. 385
Norrlands flagga	NIR 1993 s. 456
Yxa och en kofot	NIR 1993 s. 461
Dammsugarmunstycke	NIR 2005 s. 507