



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Robin Nilsson

Skydd mot efterbildning av kläder i modebranschen

Du syns, men finns du?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställningar	6
1.4 Terminologi	6
1.5 Metod och perspektiv	6
1.6 Material	7
1.7 Avgränsningar	7
1.8 Forskningsläge	7
1.9 Disposition	8
2 GRUNDLÄGGANDE FAKTA	9
2.1 Inledning	9
2.2 Skyddsformer	10
2.2.1 Kort om upphovsrätt	10
2.2.2 Kort om mönsterskydd	11
2.3 Överlappning mellan upphovsrätt och mönsterskydd	12
2.4 Brukskonst och efterbildning i modebranschen	12
2.5 Förutsebarhet och rättssäkerhet	13
3 UPPHOVSRÄTT	15
3.1 Skydd för modeprodukter	15
3.2 Skyddsförutsättningar	15
3.2.1 Originalitet	15
3.2.2 Verkshöjd	17

3.3	Ensamrätt	17
3.4	Upphovsrättslig praxis – individualitet och särprägel poängteras	18
3.4.1	NJA 1994 s. 74 - <i>Smultron</i>	18
3.4.2	NJA 1995 s. 164 - <i>Stickad tunika</i>	19
3.4.3	RH 1995:128 - <i>KRISS - jackor I</i>	19
3.4.4	T 8982-05 - <i>Fjällrävenjacka</i>	20
3.5	Upphovsrättslig praxis – Verkshöjd kontra skyddsomfång	
	poängteras	20
3.5.1	NJA 2009 s. 159 - <i>Mini Maglite</i>	20
3.5.2	T 106-10 – <i>Jackan Maja</i>	21
4	MÖNSTERSKYDD	23
4.1	Skydd för modeprodukter	23
4.2	Kvalifikationskrav	23
4.2.1	Krav på nyhet	23
4.2.2	Krav på särprägel	23
5	ANALYS OCH SLUTSATS	25
5.1	Förutsebarhet sett till lagen	25
5.2	Tillämpning i praxis	26
5.3	Ökad efterbildning	29
5.4	Slutsats	30
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

Summary

The constantly growing fashion industry has developed different qualifications when it comes to protecting clothing within the intellectual property law. The intellectual property law consists of among other things, the design right and the copyright, which overlap each other. Copyright has extended to cover more clothing nowadays compared to a few years ago due to the defect of the design right, something that has been intensely debated within the jurisprudence.

On the one hand, design protection arises after registration and demands innovation and distinction. Copyright on the other hand demands originality and the protection arises formless. Since the clothing industry allows more far-reaching industrial counterfeiting we must ask ourselves if design protection and copyright are foreseeable enough, and if not, if this has effected counterfeiting in the fashion industry. The ambiguous demands within mainly the copyright can mean that the predictability in the Swedish constitutional state shows imperfections. This does not necessarily mean that the constitutional state is not valid, due to the fact that the court of law has certain flexibility in their legal assessment within the case law. This flexibility has to be accepted even if it does not correlate with the predictability. Case law is the prime, and perhaps the only guidance to know what copyright protection covers. The perception of today is that the demand of originality within copyright for clothing is low and therefore will the protection scope become passably narrow for the same products. Only an evaluation in the particular case can answer exactly how narrow the protection scope might be. The intention of a narrow protection scope has been to make the freedom of competition wider, but the question remains if the result has become an unintended acceptance to more far-reaching counterfeiting.

Sammanfattning

Den ständigt växande modebranschen har utvecklat olika skyddsförutsättningar för klädesplagg inom immaterialrätten. Immaterialrätt består bland annat av upphovsrätt och mönsterrätt, två skydd som allt som oftast överlappar varandra. Det upphovsrättsliga skyddet har på senare år ökat i omfång för klädesplagg då mönsterskyddsätten varit otillräcklig, något som det har rått delade meningar om inom juridiken.

Det mönsterrättsliga skyddet ställer krav på nyhet samt särprägel och uppstår genom registrering medan det för upphovsrättsligt skydd krävs originalitet och verkshöjd, vilket i sin tur uppstår formlöst. Då klädesbranschen tillåter mer långtgående efterbildningar än andra branscher uppstår frågan om kraven som ställs upp i upphovs- och mönsterrätten är tillräckligt förutsebara för att inte påverka efterbildningen i modeindustrin. De diffusa kraven inom främst upphovsrätten kan leda till en försämrad förutsebarhet i den svenska rättsstaten. Detta behöver å sin tur inte innebära att rättsstaten inte blir legitim, då domstolsväsendet ges viss flexibilitet i sin rättstillämpning. Denna flexibilitet får många gånger anses godtagbar även om den inte korrelerar med förutsebarheten på ett optimalt plan. Praxis är det främsta, och möjligen enda, verktyg för att finna vägledning i vad som faller inom det upphovsrättsliga skyddsomfånget. Den nu gällande uppfattningen är att det föreligger ett lågt originalitets- och verkshöjdskrav för klädesplagg. Skyddsomfånget för samma varor blir som följd tämligen snävt och enbart en bedömning i det enskilda fallet kan ge ett konkret svar på skyddets omfång. Avsikten med ett begränsat skyddsomfång har varit att öka konkurrensfriheten, men frågan är om det istället har börjat råda en oavsiktlig acceptans för allt mer långtgående efterbildningar.

Förord

Jag vill passa på att tacka min mamma som varit ett stort moraliskt stöd under resans gång.

Robin Nilsson

24 maj 2016

Förkortningar

EG - FGF	Rådets förordning om gemenskapsformgivning - EG nr 6/2002
HD	Högsta Domstolen
ML	Mönsterskyddslag (1970:485)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop	Proposition
SFO	Svensk Forms Opinionsnämnd
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Upphovsrättslag (1960:729)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Modebranschen är en ständigt föränderlig bransch där ett flertal nya klädeskollektioner släpps årligen. Då kläder utvecklats till att nästintill betraktas som en färskvara och då det råder stor konkurrens i modevärlden uppstår frågan hur klädesplagg skyddas upphovs- och mönsterskyddsriktigt. Det har bekräftats i rättspraxis att mönsterskyddet varit otillräckligt i sitt skyddsomfång, varför klädesplagg i viss mån istället har börjat skyddas av upphovsrätt.¹ Vidare har det bekräftats i praxis att modeskapare tvingas tåla långtgående efterbildningar av sina individuella verk. Av dessa skäl uppstod mitt intresse att undersöka huruvida det upphovsrättsliga skyddet uppfyller kraven på förutsebarhet samt om ett eventuellt upphovsrättsligt skydd lett till en reduktion av efterbildningar i klädesbranschen.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka om det i dagsläget råder en förutsebarhet gällande det immaterialrättsliga skyddet för klädesplagg. Avsikten är även att redogöra för vilka kriterier som krävs för att kläder ska erhålla upphovs- och mönsterskydd och hur dessa kriterier förhåller sig till förutsebarheten i en rättsstat. Uppsatsen avslutas med en analys och slutsats vilken är uppdelad i fyra delar, där främst ett kritiskt perspektiv präglar resultatet. De olika delarna syftar till att redogöra för förutsebarheten i praktiken, hur denna förhåller sig till rättsstaten och om förutsebarheten lett till ökad efterbildning av klädesplagg. Även hur upphovsrättsligt och mönsterrättsligt skydd för klädesplagg tolkats i praxis och hur detta korrelerar med den svenska lagen och dess förutsebarhet kommer att utredas.

¹ Se avsnitt 3.4 och 3.5.

1.3 Frågeställningar

För att uppfylla uppsatsens syfte ämnas följande frågeställningar besvaras:

- Uppfylls kravet på förutsebarhet för klädesplagg i upphovs- och mönsterskyddsramen?
- Leder bristande förutsebarhet till ökad efterbildningsverksamhet i modebranschen?

1.4 Terminologi

Klarhet måste göras i några av de olika begrepp som används kontinuerligt i denna uppsats. Inom upphovsrätten används ofta orden ”verkshöjd” eller ”särprägel”. Dessa två definitioner har samma innebörd.²

Många gånger används även orden ”modeprodukter” eller ”modevaror”. Inte heller här är någon innebördskillnad förhanden, och oavsett vilken term som brukas i *denna* uppsats, syftas det uteslutande till klädesplagg. Vid användning av termen ”brukskonst” syftas också enbart till klädesplagg.

1.5 Metod och perspektiv

Den så kallade rättsdogmatiska metoden, eller allmänt uttryckt, den juridiska metoden har använts för att besvara befintliga frågeställningar. Metoden ger svar på hur existerande rättskällor samspelar för att bena upp gällande rätt. Av detta skäl har den rättsdogmatiska metoden lämpat sig bäst då uppsatsens omfång regleras av konkret lag, praxis och rättsdogmatisk doktrin, vilka alla faller under de allmänt accepterade rättskällorna.³

I uppsatsens analytiska del har utgångspunkten varit ett kritiskt perspektiv vilket använts för att granska förutsebarheten i rättsregler och moderelaterad praxis.

² Olsson, Henry Copyright – svensk och internationell upphovsrätt, 9 uppl., Stockholm, Nordstedts juridik, 2015, [i fortsättningen: Olsson, *Copyright*, 2015] s. 55.

³ Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, Stockholm, Nordstedts juridik, 2015, s. 18.

1.6 Material

Materialet som brukats utgörs främst av litteratur, förarbeten och praxis. Gällande litterära verk har enbart juridisk doktrin använts. Förarbetena består främst av propositioner och, i viss mån, av statens offentliga utredningar.

Uppsatsen är indelad i tre delar som har till syfte att på ett pedagogiskt vis upplysa läsaren om relevanta fakta kring ämnet. För att uppnå en så utförlig introduktion som möjligt har det tagits hjälp av några av de mest framstående författarna på området, så som Marianne Levin, Ulf Bernitz och Ulf Maunsbach. Praxisdelen som faller in under det upphovsrättsliga kapitlet pekar på hur immaterialrättsliga konflikter i modebranschen har lösts i praktiken och hur detta har påverkat rättsutvecklingen.

1.7 Avgränsningar

Uppsatsen kommer inte behandla sanktionssystemet vid immaterialrättsligt intrång. Omfattande förslag till lösningar vad gäller brister inom immaterialrätten faller likväl utanför arbetets omfång. Skydd för modeprodukter inom varumärkesrätten kommer inte att utredas med hänsyn till begränsat utrymme. I viss mån redogörs för hur upphovsrätten och mönsterskyddsätten ser ut på ett EU-rättsligt plan. Detta är en översiktlig redogörelse och ingen djupdykning kommer att göras i den analytiska delen. Ett antal utvalda rättsfall tas upp med siktet inriktat på verkshöjd och originalitet för främst klädesplagg inom upphovsrätten. Möjligheten till ett oregistrerat gemenskapsformgivningsskydd inom mönsterrätten kommer inte att behandlas.

1.8 Forskningsläge

På immaterialrättens område råder det i många avseende ett stort forskningsintresse. Angående upphovsrätt för modeprodukter är det främst

Marianne Levin som är auktoritär.⁴ Den doktrin som Levin bidragit med har dock många år på nacken varför hela området hade behövt utredas på nytt. Vad gäller förutsebarheten för formgivare och skydd för deras klädesplagg är forskningsläget näst intill obefintligt. Problemet har än idag inte uppmärksamats tillräckligt, varför det finns utrymme för vidare utredning än den som problematiseras i denna uppsats.

1.9 Disposition

Uppsatsens andra kapitel har som syfte att ge läsaren en insikt kring grundläggande fakta, omständigheter, begrepp och viktiga lagrum för att genomgående kunna förstå uppsatsens fortsatta redogörelse. Det tredje kapitlet, vilket är det mest omfattande, behandlar de olika kraven för att klädesplagg ska uppnå upphovsrättsligt skydd. Avsnittet avslutas med en redogörelse av relevant rättspraxis på området. Det fjärde kapitlet går igenom mönsterskyddet på ett översiktligt plan. Detta då det krävs en förståelse av skyddet för att begripa varför upphovsrätten i sin tur blivit allt viktigare för modeprodukter. Kapitel fem, vilket är uppsatsens avslutande del, analyserar och sammanställer samtliga omständigheter som behandlats i föregående avsnitt. Utgångspunkt kommer att tas i ett kritiskt perspektiv med fokus på rättssäkerheten. I denna del presenteras en slutsats samt en analys där samtliga frågeställningar ämnas besvaras.

⁴ Jfr Levin, Marianne, *Designskydd*, 1987; Levin, Marianne, *Formskydd för modeprodukter*, 1984.

2 Grundläggande fakta

2.1 Inledning

Det ligger i människans natur att imitera. Resultatet har blivit en marknad som efterliknar varor som gemene man inte har råd att investera i.⁵ Dagens samhälle gör det möjligt att tillverka och sprida kopior av varor på ett snabbt sätt till låga priser.⁶ Modebranschen har enligt doktrin och praxis visat sig tillåta högre tolerans mot efterbildningar jämfört med andra branscher.⁷

Immaterialrätten handlar om att ge skydd åt individuella prestationer. Detta åstadkoms genom ett vidsträckt immaterialrättsligt skydd. Alla verk som skapas erhåller dock inte skydd utan rättskyddet är begränsat till situationer som inte inskränker konkurrensfriheten eller rörelsefriheten på ett opåkallat sätt.⁸

Historiskt har immaterialrätten indelats i två block, upphovsrätt och industriella rättigheter. Till det förstnämnda hör bland annat konstnärliga verk. Det senare blocket omfattar ett flertal rättigheter, däribland mönsterrätt. I teorin är en uppdelning logisk men i praktiken överlappar de olika skydden varandra.⁹ Mönsterskyddet uppstår i mångt och mycket genom registrering medan upphovsrätt uppstår i samma stund som verket skapas.¹⁰ Det finns ingen lagdefinition på när ett verk är upphovsrättsligt skyddat utan den vägledning som finns att tillgå följer av ett fåtal prejudicerande avgöranden.¹¹

⁵ Se Levin, Marianne, *Formskydd för modeprodukter*, Stockholm, Liber förlag, 1984, [i fortsättningen: Levin, *Formskydd för modeprodukter*, 1984] s. 1 f.

⁶ Se *ibid.* s. 4.

⁷ Se *ibid.* s. 13.

⁸ Se Bernitz, Ulf m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 12 uppl., Stockholm, Jure, 2013, [i fortsättningen: Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013] s. 1.

⁹ Se Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 3 uppl., Malmö, Gleerups Utbildning, 2015, [i fortsättningen: Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015] s. 21.

¹⁰ Se *ibid.* s. 24.

¹¹ Se Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013, s. 58.

2.2 Skyddsformer

2.2.1 Kort om upphovsrätt

För att brukskonst¹² ska skyddas upphovsrättsligt måste verket falla in under 1 § upphovsrättslagen (1960:729), URL.¹³ Enligt detta lagrum anses ett verk skyddat om det är en:

skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal,
datorprogram,
musikaliskt eller sceniskt verk,
filmverk,
fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst,
alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller
verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.¹⁴

Uppräkningen av rekvisiten i detta lagrum är inte uttömmande.¹⁵ Ytterligare krav uppställs i 2 § och 3 § URL, vilka stadgar att verkets ska ha gjorts tillgängligt för allmänheten. En avgörande faktor för att erhålla upphovsrättsligt skydd är att verket i fråga når en viss nivå av självständighet och originalitet.¹⁶ Uppnås originalitet kommer verket att vara skyddat i 70 år efter upphovsmannens död enligt 43 §, 2 st URL. Likväl kan delar som bidrar till originalitet vid ett helhetsintryck av verket skyddas upphovsrättsligt.¹⁷ Oavsett om hela, eller delar av verket får skydd, uppstår skyddet formlöst.¹⁸ Upphovsrätten i sig är ett efterbildningsskydd och alltså inte någon typ av monopol.¹⁹

Utöver det svenska skyddet föreligger skydd på EU-rättslig nivå. Enligt art. 17.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

¹² Se avsnitt 2.4.

¹³ Se Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl., Stockholm, Norstedts juridik, 2011, [i fortsättningen: Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011] s. 74.

¹⁴ Se 1 §, 1 st URL.

¹⁵ Se Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013, s. 51; Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 67.

¹⁶ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 80 ff.

¹⁷ Se C-5/08 (infopaq) p. 35-37.

¹⁸ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 72.

¹⁹ Se Levin, *Formskydd för modeprodukter*, 1984, s. 19.

(2010/ C 83/02) sägs det att grundläggande immaterialrätt ska vara skyddat. EU-domstolen har dock konstaterat i mål C-70/10 att rättigheterna i art. 17.2, vare sig sett till dess lydelse eller enligt domstolens praxis, är absoluta eller kan garanteras utan undantag. En bedömning måste således göras mellan skyddet för immateriell egendom och skyddet för andra fundamentala rättigheter.²⁰

2.2.2 Kort om mönsterskydd

I Sverige regleras mönsterskyddet i mönsterskyddslagen (1970:485), ML. Vad som avses med mönster beskrivs i 1 §, 1p. ML, där det beskrivs att ett mönsters utseende fastställs av detaljer i själva produkten eller av dekorativa detaljer i varan så som ”linjer, konturer, färger, former, ytstrukturer eller material”.²¹ Uppräkningen i detta lagrum är icke uttömmande.²² För att mönsterskydd ska uppnås krävs enligt 2 § ML att mönstret är nytt samt särpräglad. Resultatet av Sveriges medlemskap i EU har inneburit att Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd (98/71/EG) implementerats i svensk rätt.²³ I Sverige gäller även förordning EG nr 6/2002 (EG-FGF), som gör det möjligt att både registrera formgivning samt erhålla oregistrerad gemenskapsformgivning.²⁴ Det egentliga skälet till mönsterskyddslagens tillkomst var att skydda en viss typ av formgivning, däribland kläder. Anledningen var att kläder ansågs vara en formgivning som uppfyllde kraven för nyskapande, men inte i tillräckligt hög grad för upphovsrättsligt skydd.²⁵

Mönsterskydd finns i viss mån reglerat i det så kallade TRIPs-avtalet. TRIPs-avtalet är en konvention som slår fast vissa grundläggande minimistandarder som medlemsstaterna måste uppfylla.²⁶ Avtalet

²⁰ Se mål C-70/10, p. 44-45, (Scarlet); Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 59.

²¹ Se 1 §, 1p ML.

²² Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 176; prop. 2001/02:121, s. 46-47.

²³ Se Prop. 2001/02:121, s. 40 f.

²⁴ Se Prop. 2003/04:177, s. 7.

²⁵ Se SOU 1965:61, s. 60.

²⁶ Se Levin, *lärobok i immaterialrätt*, 2011 s. 49.

föreskriver att textilmönster på ett snabbt och billigt sätt ska skyddas genom nationell lagstiftning. Detta krav anses vara uppnått i Sverige genom det i dagsläget generösa skyddet för brukskonst enligt upphovsrättslagen.²⁷

2.3 Överlappning mellan upphovsrätt och mönsterskydd

När mönsterskyddslagen tillkom 1970 var det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst inte tillgängligt alls eller i mycket begränsad utsträckning. Idag är det upphovsrättsliga användningsområdet mycket bredare och registrerat mönsterskydd för personligt präglad formgivning har i vissa fall visat sig överflödigt.²⁸ I dagsläget finns det således en bred överlappning mellan upphovsrätt och mönsterskydd. Av detta skäl är det möjligt att ett verk skyddas både av upphovsrätt och mönsterskydd, vilket framgår av 10 §, 1 st URL.²⁹

2.4 Brukskonst och efterbildning i modebranschen

Begreppet brukskonst har en relativt vid omfattning och avser bland annat mode, glas, porslin och möbler.³⁰ Brukskonst är inte ett harmoniserat område i svensk rätt.³¹ Vid mönsterskyddslagens ikraftträdande år 1970 ändrades ordet ”brukskonst” till ”konstindustri och konsthantverk”. Effekten blev att det upphovsrättsliga kravet intensifierades för verk som kunde skyddas av mönsterskyddslagen.³² Med tiden har de höga kraven på brukskonst avtagit, på grund av det bristande skyddsomfånget i mönsterskyddet.³³

²⁷ Se *ibid.* s. 49.

²⁸ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 349 f.

²⁹ Se *ibid.*, s. 350.

³⁰ Se Levin, Marianne, *Designskydd*, Stockholm, Nordstedts juridik, 1987, s. 14.

³¹ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 69.

³² Se Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013, s. 65.

³³ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s. 102.

Vad gäller efterbildning definieras en kopia i Svenska Akademiens ordlista som en avskrift, avtryck eller en avbildning.³⁴ Dagens moderna samhälle gör det möjligt att utan svårigheter snabbt kopiera en originell produkt.³⁵

2.5 Förutsebarhet och rättssäkerhet

En av de grundläggande principerna i en demokratisk rättsstat är förutsebarhet. En omfattande likhet inför lagen och en väl preciserad rättsregel ökar förutsebarhetens omfång.³⁶ Ett fungerande samhälle har en rättsordning med hög legitimitet. Rent krasst kan legitimitet definieras som att normerna, institutionerna och fattade beslut godtas av medborgarna i samhället. Uppfylls dessa krav uppfylls även kraven på en legitim rättsstat. Särdrag för den offentliga maktutövningen är att den är förutsebar då den utövas inom en rättslig ram och ger den enskilde skydd mot godtycklig maktutövning. Följaktligen föreligger det en *formell rättssäkerhet* i en sådan stat. Formell rättssäkerhet tar inte hänsyn till etiska värden. För att en rättsstat ska bli fullständigt legitim krävs det rimligen att myndighetsutövning och rättskipning är förutsebar med stöd i lag, det vill säga formell rättssäkerhet, samtidigt som andra etiska värden beaktas. I detta skede uppnås materiell rättssäkerhet.³⁷ En väl motiverad rättspraxis kan få medborgarna att acceptera de luckor som existerar i deras rättssystem. Det krävs då att medborgarna övertygas om att makten, trots luckor, utövas inom den rättsliga ramen och den icke kompletta förutsebarheten kan därför vara legitim.³⁸

³⁴ Se Svenska Akademin: Svenska språket, sökord: *kopia*, <<http://www.svenskaakademien.se/svenska-spraket/svenska-akademiens-ordlista-saol/saol-13-pa-natet/sok-i-ordlistan>>, besökt 2016-05-13.

³⁵ Se Norell, Per Jonas, *Likt unikt*, Stockholm, Tekniska museet, 2008, s. 62 f.

³⁶ Se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, uppl., 1, Stockholm, Fritze, 1995, [i fortsättningen: Peczenik, *Vad är rätt?* 1995] s. 89 f.

³⁷ Se Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod - En introduktion till allmän rättslära*, Stockholm, Fritze, 1995, [i fortsättningen: Peczenik, *Juridisk teori och metod*, 1995] s. 11 f.

³⁸ Se Peczenik, *Vad är rätt?* 1995, s. 49.

En stiftad lag skapar en hög grad av förutsebarhet, då medborgarna kan förlita sig på att domstolarna kommer att följa det som är stadgat i lag.³⁹ Då det alltid kommer att existera en ovisshet blir dock följden att rättssystemet aldrig förväntas att bli så pass komplett att enbart klara och tydliga regler räcker till för att lösa enskilda fall. För att förebygga kaos i samhället krävs det att denna ovisshet bemästras. Det blir en domaruppgift att anpassa sitt domslut dels till stabiliteten i lagstiftningen och dels till den nödvändiga flexibiliteten. Det förra gagnar medborgarnas likhet inför lagen och tar sikte på förutsebarheten i rättsliga avgöranden, medan det senare anpassas till rättvisa värderingar i ett avgörande.⁴⁰

Bortsett från domstolens bedömningar i vägledande praxis har Svensk Forms Opinionsnämnd utvecklats. Nämnden går också under namnet SFO och är en hedersdomstol som avger icke bindande yttranden om bland annat brukskonstskyddet. Nämndens uttalande kan vara en hjälpande hand i att studera utvecklingen av rättsläget, men även ge ett hum om vad som egentligen gäller för brukskonstskydd.⁴¹

³⁹ Se Peczenik, *Juridikens teori och metod*, 1995, s. 23.

⁴⁰ Se Peczenik, *Vad är rätt?* 1995, s. 43 f.

⁴¹ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 101.

3 Upphovsrätt

3.1 Skydd för modeprodukter

Eftersom kollektioner i modebranschen släpps minst två gånger per år har det många gånger ansetts att modeprodukter inte förtjänar upphovsrättsligt skydd.⁴² Skälet härtill var att det ansetts nödvändigt att olika företag ska tillåtas kopiera stora modehus för sin överlevnad. Ett annat argument var att stil och färg i modebranschen ofta kombineras på ett liknande sätt, varför det är svårt för olika modehus att utmärka sig.⁴³ När dagens upphovsrättslag tillkom år 1960 poängterade de svenska remissinstanserna att för att ”alster till beklädnadstextil” ska ges upphovsrättsligt skydd krävs det mycket höga krav på objektets självständighet, originalitet och konstnärlighet.⁴⁴

Anledningen till en i dagsläget relativt utvecklad upphovsrättslig praxis får delvis anses grunda sig i att mönsterskyddet brustit i sina skyddsmöjligheter för modeprodukter.⁴⁵ Trots denna praxis är det enbart identiska eller mycket närliggande efterbildningar som kommer att falla inom skyddets omfång.⁴⁶ Konkurrenter kommer således inte att förhindras att sälja liknande klädesplagg trots att inspiration hämtats från originalet.⁴⁷

3.2 Skyddsförutsättningar

3.2.1 Originalitet

För upphovsrättsligt skydd krävs inte någon ansökan eller registrering, utan skyddet uppkommer automatiskt.⁴⁸ EU-domstolen har i avgörande C-5/08 genom tolkning av Infosoc-direktivet harmoniserat den upphovsrättsliga originalitetsdefinitionen. Enligt avgörandet räknas ett verk som originellt

⁴² Se Levin, *Formskydd för modeprodukter*, 1984, s. 11.

⁴³ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 104.

⁴⁴ Se Levin, *Formskydd för modeprodukter*, 1984, s. 51.

⁴⁵ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 187.

⁴⁶ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 188.

⁴⁷ Infotorg: *Rättsskyddet enda motmedlet mot plagiat*,

<<http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/praktikerartiklar/article96392.ece?format=print>>, besökt 2016-04-19.

⁴⁸ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 57.

om det är upphovsmannens egna intellektuella skapelse.⁴⁹ Det krävs även personlig prägel för att verket ska uppnå originalitet.⁵⁰ Reaktionen i doktrin har utvecklats till att det för en utomstående mer eller mindre blivit en omöjlighet att på förhand veta om de uppställda originalitetskraven uppfylls.⁵¹

Originalitet behöver inte vara densamma över ett helt område utan kraven kan se olika ut beroende på om det rör sig om brukskonst eller renodlade konstnärliga områden.⁵² Vissa grundläggande frågor vid originalitetsbedömningen faller sig dock naturligt, enligt Marianne Levin:

Vad betyder att det att någonting är personligt präglad, vad är en individuell insats till skillnad från bara återgivande i obearbetad form av något redan existerande och hur mycket av nyskapande ska till?⁵³

Brukskonstskyddet täcker i mångt och mycket enbart identiska efterbildningar. Skyddsomfångets storlek präglas dock fortfarande av originalitet eller särprägel. Då det fria variationsutrymmet för framställningen av brukskonst är tämligen begränsat, blir likväl helhetsintrycket av originalitet begränsat.⁵⁴ Vid en samlad bedömning är det helhetsintrycket som blir avgörande. Modeskapare tvingas acceptera omfattande likheter i helhetsintrycket, då det enligt doktrin sägs att originalprodukter har så kallade *fair followers* som alltid kommer att vara lojala till den ursprunglige formgivaren. En teori som inte kan dras allt för långt enligt Levin, då modeskapare inte ska behöva finna sig i för närgångna efterbildningar.⁵⁵

⁴⁹ Se mål C-5/08 (Infopaq). Jfr även NJA 2009 s. 159 där HD menade att EU-rättslig harmonisering skulle användas vid direktivets originalkriterium, men i övriga fall skulle traditionellt verkshöjds-kriterium tillämpas. EU-domstolen motsade sig denna uppfattning genom hänvisning till art. 2a infosoc-direktivet.

⁵⁰ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, s. 71; C-145/10 (Painer) p. 88.

⁵¹ Se Olsson, *Copyright*, 2015, s. 55.

⁵² Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 80.

⁵³ Se *ibid.* s. 81.

⁵⁴ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 188.

⁵⁵ Se *ibid.* s. 188 f.

3.2.2 Verkshöjd

För att ett verk ska erhålla upphovsrättsligt skydd krävs det, förutom originalitet, verkshöjd. Detta är en viktig förutsättning då ett verk som inte uppfyller verkshöjkravet kan nyttjas fritt.⁵⁶ I svensk rätt har verkshöjd definierats som ett samlingsbegrepp över egenskaperna hos ett skyddsvärt verk.⁵⁷ För att avgöra om tillräcklig verkshöjd föreligger måste det ses till skillnaden på vad som skapats tidigare och vad som möjligen kan skapas i framtiden. Denna bedömning har inget givet svar då varje situation får bedömas i det enskilda fallet. Verkshöjdsbedömningen kan i sin tur variera i olika branscher.⁵⁸ Det finns inte någon konkret beskrivning av vare sig originalitet eller verkshöjd i doktrin eller i lag. Begreppen har istället vävts in i orden ”skapat” och ”verk”.⁵⁹

För att kunna avgöra verkshöjdsbedömningen har dubbelskapandekriteriet plockats fram som en hjälpnorm. Kriteriet innebär att ett verk kan skyddas om verket har tillräcklig självständighet och originalitet samt att risken är minimal för att två personer oberoende av varandra lyckas åstadkomma liknande eller identiska verk.⁶⁰ För brukskonst föreligger det dock en stor risk för dubbelskapande.⁶¹

3.3 Ensamrätt

Upphovsrättsligt skydd kommer att föreligga om det råder originalitet. Konsekvensen blir att upphovsmannen får ensamrätt till sitt verk.⁶² Ensamrätten är fastslagen i 2 § URL och utgör en grundläggande rättighet.⁶³ Innebörden av ensamrätten är att ingen annan får utnyttja upphovsmannens verk, även kallat de ekonomiska rättigheterna.⁶⁴ Ett verk utnyttjas om någon

⁵⁶ Se Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013, s. 54.

⁵⁷ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 85.

⁵⁸ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 71 f.

⁵⁹ Se Olsson, *Copyright*, 2015, s. 55.

⁶⁰ Se Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013 s. 55; Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 68.

⁶¹ Se Olsson, *Copyright*, 2015, s. 58.

⁶² Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 115.

⁶³ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 136.

⁶⁴ Se Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 2013, s. 71.

annan framställer det som upphovsmannen skapat, eller något som liknar det originella verket men som producerats i nya exemplar. Detta kallas den ideella rätten.⁶⁵ Det finns dock möjlighet för upphovsmannen att efterge sin upphovsrätt och låta någon annan utnyttja dennes verk.⁶⁶

3.4 Upphovsrättslig praxis – individualitet och särprägel poängteras

3.4.1 NJA 1994 s. 74 - *Smultron*

Lena Boije hade skapat ett verk vid namn *Smultron*, innehållande en smultronplanta med blommor samt blad. Verket överläts sedan till Borås Wäfveri AB. Företaget Modegrossisten AB skapade i sin tur ett snarlikt verk kallat *Jordgubbar*, varför det förstnämnda företaget väckte åtal angående intrång i upphovsrätten.

HD menade i korta drag att verkshöjd förelåg då verket ansågs uppvisa den självständighet och särprägel som krävdes för att upphovsrättsligt skydd skulle föreligga. Nästa fråga var hur brett skyddsomfånget skulle anses vara. Utgångspunkt togs i verkets originalitet. HD menade att Lenas Boijes sätt att utnyttja de givna elementen, det vill säga naturalistiska och välkända komponenter, inte gjorde innehållet i verket unikt eller särskilt särpräglat. Skyddsomfånget fick därför anses vara snävt. HD konstaterade att skyddet inte enbart skulle omfatta direkt kopiering, utan även skydd mot mönster som vid ett helhetsintryck visade på tydlig likhet med det skyddade verket.

Då det förvisso fanns en mängd likheter mellan de båda verken ansåg HD att de rådande olikheterna var tillräckliga för att jordgubbsmönstret skulle falla utanför smultronmönstrets begränsade skyddsomfång. Borås Wäfveri ABs talan om upphovsrättsintrång ogillades.

⁶⁵ Se *ibid.* s. 71.

⁶⁶ Se *ibid.* s. 71.

3.4.2 NJA 1995 s. 164 - *Stickad tunika*

Designern K.R-L skapade år 1991 en stickad tunika som samma år offentliggjordes i modetidningen Damernas Värld. Året därpå började bolaget Cotton County Inc AB i två av sina butiker i Stockholm att sälja en näst intill identisk tunika, utan K.R-Ls tillstånd. K.R-L menade att intrång i upphovsrätten förelåg medan Cotton County Inc AB menade att den äldre tunikan inte uppfyllde kraven på självständighet och originalitet.

HD menade i sina domskäl att modeprodukter på senare tid fått allt större betydelse och uppmärksamhet varför det fanns ett behov av upphovsrättsligt skydd på området. Vidare poängterade HD att skyddsomfånget för modevaror anses normalt vara mycket snävt och enbart väldigt närgångna efterbildningar faller in under skyddsomfånget. Då mönsterskyddslagen vid sin tillkomst inte gett ett optimalt skydd för brukskonst har det utvecklats ett behov av upphovsrättsligt skydd för modeprodukter. Detta var från början inte tanken, då det länge funnits en tveksamhet till att skydda modevaror på grund av deras korta livslängd. Det ansågs även viktigt att försöka uppmuntra seriösa formgivare att skapa verk, något som skulle kunna bli problematiskt om formgivaren näst intill aldrig erhöll skydd av något slag. HD resonerade vidare att den stickade tunikan visade på individuell och konstnärlig gestaltning tack vare ”sin balans mellan olika sticktekniker och genom kombinationen mellan överdelen och den utsvängda kjolliknande underdelen”.⁶⁷ Av dessa skäl uppfyllde den stickade tunikan kraven för upphovsrättsligt skydd varför intrång förelåg.

3.4.3 RH 1995:128 - *KRISS - jackor I*

År 1986 skapade representanter för KRISS AB en lång, rak trikåjacka. Holger J lät 1992 i egenskap av företrädare för AB Frölunda Trikå tillverka 36 jackor som låg inom skyddsområdet för KRISS trikåjackor. Holger J lät utbjuda jackorna till försäljning för allmänheten.

⁶⁷ Se NJA 1995 s. 164, s. 173.

Det framgår av fallet att verkshöjd är förhanden om produkten innefattar egenskaper av självständig och originell form. Formgivningen på verket ska vara så pass individuell och särpräglad att risken för dubbelskapande vid en helhetsbedömning är obefintlig eller näst intill omöjlig. Hovrätten konstaterade att färg, geometriska former och streck inte var unikt i sig utan det var förmågan att utnyttja dessa komponenter som gav KRISS-jackorna särprägel. Skyddsomfånget borde enligt domstolen, förutom direkt kopiering, omfatta produkter som vid den avgörande helhetsbedömningen visade på märkbara likheter med KRISS-jackorna. Hovrätten var dock inte sena med att påpeka att modeskapare får tåla betydande likheter i jämförelse med andra modepräglade produkter på marknaden. Slutsatsen blev att jackorna omfattades av upphovsrätt och intrång ansågs föreligga.

3.4.4 T 8982-05 - *Fjällrävenjacka*

Fenix Outdoor AB, väckte talan mot två andra bolag med anledning av att dessa bolag sålt jackor som inkräktade på Fjällrävenjackans upphovsrättsliga omfång. Hovrätten konstaterade i sina domskäl att jackans självständiga skapande och särprägel speglade ett utfall av individuell och konstnärlig formgivning. Följaktligen utgjorde Fjällrävenjackan ett skyddat alster av brukskonst varför upphovsrätt förelåg. HD valde att inte meddela prövningstillstånd.

3.5 Upphovsrättslig praxis – Verkshöjd kontra skyddsomfång poängteras

3.5.1 NJA 2009 s. 159 - *Mini Maglite*

I fallet avgjordes frågan om en ficklampa var att anse som alster av brukskonst och om det förelåg tillräcklig originalitet för upphovsrättsligt skydd. Efter mönsterskyddslagens införande förändrades det svenska rättsläget på det immaterialrättsliga området, vilket innebar att högre krav nu kunde ställas för att brukskonst skulle omfattas av upphovsrättsligt skydd. Anledningen var att produkterna som föll utanför upphovsrätten

numera kunde erhålla mönsterskydd. Detta synsätt har inte varit optimalt, vilket framgår av NJA 1995 s. 164. HD menade i domskälen att mönsterskyddslagen brustit i sitt skyddsomfång varför upphovsrättsligt skydd i mångt och mycket ökat i omfattning. Vidare konstaterade HD att verkshöjdskravet borde ses i relation till det skyddsomfång som upphovsrätten medför. Verkets originalitet bestämmer skyddsomfånget. Ett relativt lågt originalitetskrav och därmed lågt krav på verkshöjd skulle kunna kompenseras av ett begränsat skyddsomfång i motsvarande mån.⁶⁸ Ett argument för att rättfärdiga en sådan utveckling skulle vara att uppmuntra seriösa formgivningsinsatser samtidigt som alltför långtgående efterbildningsverksamhet förhindrades, något som också tas upp i NJA 1995 s. 164. HD poängterade likväl i Mini Maglite, att modeprodukter, så som en stickad tunika snabbt förlorar kommersiellt intresse.

Följaktligen menade HD att om en produkt uppfyller de upphovsrättsliga kraven men samtidigt visar låg grad av originalitet kommer skyddsomfånget att bli smalare. Dock blir skyddet mer omfattande än att bara inkludera rent avbildningsskydd. Verkshöjdskravet kan i sin tur hållas något lägre vid brukskonst då variationsmöjligheterna anses färre. Skulle ett långvarigt skydd för en produkt, och en tolerant syn på verkshöjd hämma konkurrens i påtaglig omfattning, bör detta uppmärksammas genom begränsning av skyddsomfånget. Slutsatsen blev att ficklampan var upphovsrättsligt skyddad och att intrång förelåg.

3.5.2 T 106-10 – *Jackan Maja*

Jofama AB tillverkade och bjöd ut jackan *Maja* för allmänheten. ApS af 5.5.2003, producerade i sin tur en jacka vid namn *Sylvia*. Jofama menade att de hade upphovsrätt till jackan *Maja* och att ApS gjort sig skyldiga till intrång i upphovsrätten genom att göra jackan *Sylvia* tillgänglig för allmänheten. AsP kontrade med att jackan *Maja* inte uppfyllde originalitetskravet för upphovsrättsligt skydd.

⁶⁸ Jfr Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 81.

I domskälen hänvisade Hovrätten till NJA 1995 s. 164 med motiveringen att modeprodukter kan, på samma sätt som annan brukskonst, åtnjuta upphovsrättsligt skydd.⁶⁹ HD slog i ovan nämnda rättsfall fast att modeplagg kan erhålla upphovsrättsligt skydd om det originella plagget fått en individuell och konstnärlig formgivning. Vidare hänvisade Hovrätten till NJA 2009 s. 159 där HD poängterade att kravet på verkshöjd sänkts inom brukskonstens område.⁷⁰ Hovrätten menade att för skydd krävs det att verket är originellt, det vill säga att verket har ursprunglighet och individualitet. Upphovsmannen ska således ha skapat verket genom en personlig insats. En återgivning som är obearbetad ur något som har sin härkomst i det allmänna formförrådet är skyddslöst.⁷¹

Hovrätten konstaterade också att jackor liknande jackan Maja redan fanns innan jackan Majas tillkomst. Av detta skäl ansågs det att jackan Maja borde falla in under det allmänna formförrådet. Som exempel redogjordes för en jacka vid namn Molly som hade framträdande utmärkande egenskaper. Detta var särdrag som även jackan Maja hade varför helhetsintrycket inte kunde anses uppfylla originalitetskravet. Verkshöjd förelåg inte och därmed inte heller upphovsrättsligt skydd.

⁶⁹ Se avsnitt 3.4.2.

⁷⁰ Se avsnitt 3.4.3.

⁷¹ Se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 2011, s. 81.

4 Mönsterskydd

4.1 Skydd för modeprodukter

Mönsterskyddslagen tillkom för att skydda produkter som inte uppnådde kraven för upphovsrättsligt skydd. Effekten av lagen har dock visat sig avvika ifrån dess syfte.⁷² Professor Marianne Levin förutspådde att mönsterskyddet skulle visa på brister redan 1984. Hon menade att det generella särdraget för mönsterrätten var att den var föga lämplig vid skydd av modevaror. Både ekonomiska omständigheter och tidsmässiga hänseenden ansåg hon tala emot en mönsterrättslig skyddsform.⁷³

4.2 Kvalifikationskrav

För mönsterskydd krävs som nämnts att mönstret är nytt samt särpräglat.⁷⁴ Nyhetskravet anses uppfyllt om inget identiskt mönster gjorts tillgängligt för allmänheten dagen före registreringsansökan.⁷⁵

4.2.1 Krav på nyhet

Nyhetskravet innebär att vid en opartisk granskning måste mönstret betraktas som nytt. Det måste med andra ord göras en jämförelse mellan det nya mönstret och det tidigare. Vid en sådan jämförelse är formgivarens vetskap om existensen av ett tidigare mönster irrelevant.⁷⁶ Även om mönster skiljer sig åt i oväsentliga avseenden kommer dessa likväl att betraktas som identiska enligt 2 §, 2 st ML och art 4 mönsterdirektivet (98/71/EG).⁷⁷

4.2.2 Krav på särprägel

Ofta kan det vara svårt att skilja på kravet på nyhet och särprägel. Den mest förmånliga förklaringen får anses vara att det krävs ett skillnadskrav mellan

⁷² Se avsnitt 2.2.2 samt 2.4.

⁷³ Se Levin, *Formskydd för modeprodukter*, 1984, s. 67.

⁷⁴ Se avsnitt 2.2.

⁷⁵ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 180 f.

⁷⁶ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015 s. 180 f; prop 2001/02:121 s. 50.

⁷⁷ Se prop. 2001/02:121, s. 50.

olika mönster för att produkten ska anses särpräglad. Skillnadskravet kräver att en ny formgivning i viss mån måste ha utseendemässig distans till andra kända mönster. Om en kunnig användares helhetsintryck av mönstret skiljer sig från helhetsintrycket av alla andra mönster som blivit allmänt tillgängliga vid ansökningsdagen eller prioritetsdagen, kommer det befintliga mönstret anses ha särprägel.⁷⁸

Att avgöra vilken kompetens en kunnig användare ska anses ha är inte en oproblematiske uppgift.⁷⁹ Vägledning finns att hämta från EU-domstolens fall C-281/10 P, där det fastslås att en ”kunnig användare” är en blandning mellan det varumärkesrättsliga begreppet genomsnittskonsument⁸⁰ och begreppet fackman.⁸¹ Det förstnämnda kräver inte någon särskild kunskap medan detta krävs av den senare.⁸²

Vid bedömningen av huruvida intrång skett mönster emellan ges formgivaren visst variationsutrymme vad gäller framtagandet av ett nytt mönster. Här ska dock poängteras att variationsutrymmet kan variera beroende på snävheten mellan olika mönster i en viss bransch eller då en produkt tillåter marginella variationer.⁸³ I modebranschen kan variation uppnås genom skapandet av ett utmärkande drag, vilket inte behöver vara särskilt långtgående för att ett nytt klädesplagg ska falla utanför ett äldre mönsters skyddsomfång.⁸⁴

⁷⁸ Se 5 §, 2 st ML; Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015 s. 182; prop. 2001/02:121, s. 51 f.

⁷⁹ Se prop. 2001/02:121, s. 52.

⁸⁰ Jfr EU-domstolens mål C-218/01 (Henkel), p. 50, p. 53 samt sjätte avdelningen p. 2).

⁸¹ Se C-281/10 P (PepsiCo Inc.), p 53.

⁸² Se C-281/10 P (PepsiCo Inc), p 53, p. 59.

⁸³ Se Maunsbach, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 183.

⁸⁴ Fischer, Fridolin: *Design law in the European fashion sector*, WIPO magazine, <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2008/01/>, besökt 2016-04-10.

5 Analys och slutsats

5.1 Förutsebarhet sett till lagen

Inledningsvis ska det poängteras att om en lagregel är grundligt preciserad leder detta till en mer omfattande förutsebarhet. En väl preciserad lag leder således till formell rättssäkerhet.⁸⁵ Enligt min mening borde ordet *säkerhet* invävt i begreppet *rättssäkerhet* indikera på att det ska finnas en viss förutsebarhet i en rättsstat.

Då upphovsrättsligt skydd sker formlöst blir det i princip omöjligt för en formgivare att veta om dennes verk är skyddat eller inte.⁸⁶ Enda sättet att få klarhet blir genom processuellt förfarande. Ett mönsterskydd uppstår i sin tur genom registrering, varför allmänheten på ett konkret sätt kan se vem som äger vilket mönster.⁸⁷ En registrering skulle därmed skapa en trygghet för formgivaren då denne får sin äganderätt av mönstret bekräftat. Då rättsutvecklingen har visat att mönsterskyddet varit otillräckligt gällande skydd för modevaror, ter det sig naturligt att förutsebarheten brister på detta område, oavsett om kravet på särprägel eller nyhet uppfylls i teorin. Effekten har blivit att modevaror istället börjat skyddas upphovsrättsligt, vilket också bekräftas genom att kraven i TRIPs-avtalet uppfylls med hänvisning till upphovsrätten.⁸⁸ Då upphovsrättsligt skydd som nämnts uppstår formlöst menar jag att förutsebarheten för modeskapare kommer att bli snävare då dessa inte kan registrera sina klädesplagg på samma sätt som vid ett mönsterskydd. Det blir en omöjlighet att vara säker på om det råder något som helst skydd i en efterbildningssituation.

Originalitet och verkshöjd är upphovsrättens grundpelare. Det finns inte en konkret definition på vare sig originalitet eller verkshöjd, varför det inte blir möjligt att gå till lagen för svar. Som nämnts ovan leder en preciserad

⁸⁵ Se avsnitt 2.4.

⁸⁶ Se avsnitt 2.2.

⁸⁷ Se avsnitt 2.1.

⁸⁸ Se avsnitt 2.2.

lagregel till förutsebarhet, och då varken originalitet och verkshöjd, eller upphovsrätten som helhet är preciserat i lag anser jag att det råder en oförutsebarhet på upphovsrättens lagreglerade område.

Både kravet på originalitet och verkshöjd är som konstaterats oförutsebara sett till lagen, men uppnås ofta av formgivaren i praktiken. Detta då de båda kraven numera är relativt lågt ställda för klädesplagg.⁸⁹ Konsekvensen av de låga kraven har resulterat i att modeprodukter generellt sett har ett mycket snävt skyddsomfång.⁹⁰ Det tillåts helt enkelt mer långtgående efterbildningar i modebranschen. Med andra ord råder det allt som oftast en *förutsebarhet* om att skyddsomfånget kommer att vara så pass snävt att klädesplaggen troligen inte kommer att skyddas. Det föreligger å andra sidan en paradox. Innan mönsterskyddslagens tillkomst var det näst intill omöjligt för klädesplagg ett skyddas av upphovsrätten. Då mönsterskyddet som nämnts inte räckt till har det upphovsrättsliga skyddet ökat i omfattning för modevaror. Varför kan detta tyckas vara paradoxalt? Innan mönsterskyddslagen visat sig vara otillräcklig kunde modeskapare näst intill vara säkra på att deras plagg inte skulle skyddas av upphovsrätten, en förutsebar situation. Då utvecklingen i praxis⁹¹ i vissa fall visat sig erbjuda upphovsrättsligt skydd, blir det inte längre lika självklart för modeskapare att dra slutsatsen att deras klädesplagg aldrig kommer att skyddas upphovsrättsligt. På så sätt blir rättssäkerheten som helhet oförutsebar, men på ett legitimt godtagbart plan. Detta då det får anses vara mer fördelaktigt att skyddas ibland än aldrig. Denna legitimitet återkopplas det till i nästkommande avsnitt.⁹²

5.2 Tillämpning i praxis

Praxis rörande modeprodukter på det upphovsrättsliga området har historiskt sett varit relativt sparsmakad. I smultronfallet ansågs det skapade verket var tillräckligt originellt men inte tillräckligt unikt eller särpräglat,

⁸⁹ Se avsnitt 3.4 och 3.5.

⁹⁰ Se avsnitt 3.1.

⁹¹ Se avsnitt 3.4

⁹² Se avsnitt 5.2.

varför ett snävt skyddsomfång förelåg. Endast ett år senare gavs en stickad tunika upphovsrättsligt skydd med motiveringen att tunikan visade upp en individuell prägel och en konstnärlig gestaltning. Samma år avgjordes KRISS-jackor I -fallet med stor inspiration från Stickad tunika. Det började därmed råda en samstämmig praxis om när upphovsrätt skulle vara tillämpligt på klädesplagg. Begreppen individualitet och särprägel styrde genomgående bedömningen. Med de två senare fallen i ryggen lämnade HD inte ens prövningstillstånd i Fjällräven-fallet eftersom att jackan ansågs ha upphovsrätt i Hovrätten. Min åsikt är att fram till detta avgörande ökade förutsebarheten i sitt omfång då praxis började bli enhetlig genom att diffusa icke lagstadgade begrepp på en konsekvent sätt förklarades genom domsluten.

Mini Maglite-fallet stökar emellertid till det en aning. I fallet poängteras det att brukskonst, vilket innefattar kläder,⁹³ som huvudregel har ett lägre verkshöjdskrav än andra branscher och, av detta skäl, ett snävt skyddsomfång.⁹⁴ Motiveringen till denna ståndpunkt var att uppmuntra seriösa formgivningsinsatser samtidigt som allt för långtgående efterbildningsverksamhet skulle förhindras, det vill säga samma önskade mål som formade domskälen i Stickad tunika. Skillnaden på Mini Maglite och Stickad tunika, vilka jag anser vara de mest vägledande fallen, är att i Stickad tunika tog HD sikte på individuell prägel och konstnärlig gestaltning för att lätta på det annars mycket snäva skyddsomfånget för klädesplagg. Detta för att uppmuntra till seriös formgivning.⁹⁵ I Mini Maglite ansåg domstolen att eftersom verkshöjdskravet bör vara lågt för brukskonst måste skyddsomfånget samtidigt vara snävt för att seriösa formgivningsinsatser ska kunna främjas och inte begränsa konkurrensen. Det poängteras även att modevaror snabbt förlorar i kommersiellt intresse, vilket indikerar på att upphovsrättsligt skydd för modeprodukter snarare är ett undantag än en huvudregel. I det senaste fallet, Jackan Maja, förefaller det som att Hovrätten har försökt att skapa en vägledande kompott av både

⁹³ Se avsnitt 2.5.

⁹⁴ Se avsnitt 3.5.1.

⁹⁵ Se avsnitt 3.4.2.

Stickad tunika och Mini Maglite genom att för första gången hänvisa till det så kallade allmänna formförrådet.

Att praxis genom åren gett olika indikation på vad som ska vara avgörande för skydd av modevaror är naturligtvis inte önskvärt för förutsebarheten. Vad som inte ska förglömmas är att den enda direkta vägledning gällande upphovsrättsligt skydd kontra förutsägbarhet är just praxis. En rättsstat kan således vara fullt legitim då det måste råda en balans mellan förutsebarhet och flexibilitet. Följaktligen blir det, enligt min mening, fullt rimligt att praxis tillåts vara ”spretig” om den är välmotiverad i varje enskilt fall. Att motiveringarna till utfallen blir annorlunda menar jag grunda sig i att i takt med samhällsutvecklingen uppkommer det nya omständigheter och upphovsrättsliga frågetecken som kan komma att påverka bedömningen från fall till fall. Som exempel på detta kan vi se till de olika motiveringarna i Stickad tunika och Mini Maglite. Utgången blev densamma men med olika argument till varför, bland annat med hänsyn till konkurrensfriheten. Varför de på senare tid blivit viktigare att värna om konkurrensfriheten menar jag bero på att samhället utvecklas mer och mer till en global enhet. Av detta skäl kommer konkurrensfriheten många gånger att värderas högre än skyddet för enskilda verk, något som måste accepteras. Denna acceptans är nödvändig eftersom att praxis tillsammans med icke bindande utlåtanden från Svensk Forms Opinionsnämnd är den enda vägledande källan vid upphovsrättsliga frågetecken. Jag tycker därför att den bristande förutsebarheten blir legitim. En legitim rättsstat existerar fortfarande, trots att förutsebarheten brister i många hänseenden i tillämpning av praxis och de lagfästa reglerna. Vad som krävs är att medborgarna övertygas om att trots vissa luckor i rättssystemet, utövas makten inom den rättsliga ramen, varför den bristande förutsebarheten bör accepteras som legitim.⁹⁶ Enligt min åsikt måste flexibilitet i immaterialrättsliga domstolsavgöranden få råda, då domstolen anpassar sina bedömningar till dagens samhälle och det specifika verket.

⁹⁶ Se avsnitt 2.4.

För att ge klarhet väljer jag att kort sammanfatta den första delen av den inledande frågeställningen, vilken har behandlats i del ett och två i analysen. För tillfället brister kraven på förutsebarhet som helhet inom såväl upphovsrätten som mönsterskydds-rätten, men rättsstaten bör ändå anses vara legitim sett till en välmotiverad och godtagbar praxis.

5.3 Ökad efterbildning

Det har konstaterats att upphovsrättslig praxis gällande klädesplagg ställer ett lågt krav på verkshöjd och originalitet och att skyddsomfånget av denna anledning ska bedömas restriktivt. Därmed kommer enbart näst intill identiska efterbildningar att stoppas.⁹⁷ Då modebranschen uttryckligen tillåter långtgående efterbildningar⁹⁸ kommer konkurrenter kunna hämta inspiration från original för att sälja liknande klädesplagg utan att ställas inför rätta.⁹⁹ Företag och individer inom klädesbranschen kommer således utan större svårigheter kunna lägga sig nära en framgångsrik design. I praxis och doktrin påstås det att ett lågt verkshöjdskrav, och därmed ett snävt skyddsomfång kan uppmuntra seriösa formgivningsinsatser samtidigt som efterbildningsverksamhet förhindras. Till det påståendet ställer jag mig kritisk. Förvisso ökar formgivningsinsatser då verkshöjdskravet sätts lågt för klädesplagg, men frågan är om detta bidrar till att efterbildningsverksamhet förhindras? Jag ser inte sambandet då ett smalt skyddsomfång enligt min mening gör det lättare att på ett lagligt sätt lägga sig mycket nära en originell modeprodukt, ett förfarande som egentligen borde betraktas som olagligt. Jag ställer mig även kritisk till varför konkurrensfriheten ska ha företräde framför det immaterialrättsliga skyddet.¹⁰⁰ Att immateriella rättigheter måste ge vika kan likväl leda till en konkurrenshämmande verkan då ursprungliga formgivare väljer att upphöra med sin verksamhet i desperation. Vi hamnar då i exakt den situation som inte var önskvärd från början - att hämma konkurrensen. Antagandet är ingen omöjlighet.

⁹⁷ Se avsnitt 3.2.1.

⁹⁸ Se avsnitt 2.1.

⁹⁹ Se avsnitt 3.1.

¹⁰⁰ Se avsnitt 2.1.

I det stora hela anser jag att det inte finns någon oförutsebarhet på området gällande plagiering och efterbildning, snarare råder det *förutsebarhet*. Det har bekräftats i nutida praxis att skyddsomfånget många gånger är snävt för klädesplagg och det har bekräftats i doktrin att modebranschen visar hög tolerans gällande efterbildningar.¹⁰¹ Risken för den som plagierar en annan modevara att ställas inför rätta blir tämligen låg, varför det blir fritt fram att näst intill plagiera ett originellt klädesplagg och dess design utan konsekvenser. Det föreligger även en risk att de formgivare som känner att deras verk kränkts drar sig från att gå till domstol, troligen av ovan nämnda anledningar, vilket enligt mig inte är en önskvärd följd.

För att sammanfatta den andra delen av frågeställningen så ökar tekniskt sett efterbildningsverksamheten i modebranschen. Då dessa efterbildningar anses godtagbara på grund av det snäva skyddsomfånget och den höga toleransen i modebranschen efterföljer inga repressalier vid plagiering. Följden blir att ursprungliga formgivare drar sig från att gå till domstol då utsikterna är små att vinna sin rätt. Detta leder i sin tur till en acceptans av efterbildningar som borde klassificeras som olagliga.

5.4 Slutsats

Upphovsrättslagen är egentligen inte till för att lösa tvister gällande klädesplagg, men på grund av den bristande mönsterskyddslagen har upphovsrättslagen börjat tillämpas som ett komplement. Om utarbetningen av en komplett mönsterskyddslag hade prioriterats skulle efterbildningar eventuellt avtagit då konkreta registreringar hade kunnat göras i varje enskilt fall. Medborgarna hade på så sätt inte behövt sätta all sin tilltro till praxis och domstolens bedömningar hade inte behövt präglas av rättsliga oklarheter så som i dagsläget. På så sätt hade även förutsebarheten fått sig ett uppsving i rättsstaten, vilket också hade påverkat efterbildningsverksamheten i rätt riktning. Förvisso är rättsstaten i dagsläget enligt min mening legitim, men det betyder inte att den är optimal. Det

¹⁰¹ Se avsnitt 2.1, 3.4 och 3.5.

krävs i det stora hela en skärpning gällande toleransen mot efterbildningar innan det börjar råda en allt för långtgående rättsosäkerhet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 2001/02:121 - *Genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd, m.m.*

Proposition 2003/04:177 - *Ändringar i mönsterskyddslagen på grund av EG-förordningen om gemenskapsformgivning.*

Utredningsbetänkanden

SOU 1965:61 – *Betänkande med förslag till lag om mönsterskydd m.m.*

Litteratur

Bernitz, Ulf m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 13 uppl., Stockholm, Jure, 2013.

Levin Marianne, *Designskydd*, Stockholm, Nordstedts juridik, 1987.

Levin, Marianne, *Formskydd för modeprodukter*, Stockholm, Liber Förlag, 1984.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl., Stockholm, Norstedts juridik, 2011.

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 3 uppl., Malmö, Gleerups Utbildning, 2015.

Norell, Per Jonas, *Likt unikt*, Stockholm, Tekniska museet, 2008

Olsson, Henry, *Copyright – svensk och internationell upphovsrätt*, 9 uppl., Stockholm, Nordstedts juridik, 2015.

Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod – En introduktion till allmän rättslära*, 1 uppl., Stockholm, Nordstedts juridik, 1995.

Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 uppl., Stockholm, Nordstedts juridik, 1995.

Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, Stockholm, Nordstedts juridik, 2015.

Elektroniska källor

Fischer, Fridolin, *Design law in the European fashion sector*, WIPO magazine, <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2008/01/>, besökt 2016-04-10.

Infotorg: *Rättsskyddet enda motmedlet mot plagiat*, <<http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/praktikerartiklar/article96392.ece?format=print>>, besökt 2016-04-19.

Svenska Akademin: Svenska språket, <<http://www.svenskaakademien.se/svenska-spraket/svenska-akademiens-ordlista-saol/saol-13-pa-natet/sok-i-ordlistan>>, besökt 2016-05-13.

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1994 s. 74 – *Smultron*

NJA 1995 s. 164 – *Stickad tunika*

NJA 2009 s. 159 – *Mini Maglite*

Hovrätten

RH 1995:128 – *KRISS – jackor I*

T 106-10 – *Jackan Maja*

T 8982-05 – *Fjällrävenjacka*