



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Julia Roos

Skyddet för brukskonst

- en komparativ studie av svensk och dansk rätt i ljuset av ny praxis från EU-domstolen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: David Dryselius

Termin för examen: Period 1 HT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Problemformulering	7
1.3 Syfte och frågeställningar	8
1.4 Metod	9
1.5 Material	11
1.6 Avgränsningar	12
1.7 Terminologi	14
1.8 Disposition	15
2 UPPHOVSRÄTTENS UTVECKLING	16
2.1 Immaterialrättens historia i korta drag	16
2.2 Upphovsrättens internationella utveckling	18
2.3 Upphovsrättslagstiftningen i Sverige	20
2.4 Upphovsrättslagstiftningen i Danmark	22
2.5 Det nordiska samarbetet	24
3 SKYDD FÖR BRUKSKONST I GÄLLANDE RÄTT	27
3.1 Allmänt	27
3.2 EU-rätt	28
3.2.1 Upphovsrättsligt skydd	28
3.2.2 Kumulativt skydd	29
3.2.3 Funktionalitet	31
3.3 Svensk gällande rätt	32
3.3.1 Upphovsrättsligt skydd	32
3.3.2 Kumulativt skydd	33
3.3.3 Funktionalitet	34
3.3.4 Svensk Forms Opinionsnämnd	36

3.4	Dansk gällande rätt	37
3.4.1	Upphovsrättsligt skydd	37
3.4.2	Kumulativt skydd	39
3.4.3	Funktionalitet	40
3.4.4	Dansk Designnævn	41
4	UPPHOVS RÄTT TILL BRUKSKONST I EU:RÄTTSLIG PRAXIS	44
4.1	Bakgrund	44
4.2	Cofemel	45
4.3	Brompton Bicycle	49
5	UPPHOVS RÄTT TILL BRUKSKONST I SVENSK RÄTTSPRAXIS	52
5.1	Bakgrund	52
5.2	Daniel Wellington	53
5.3	Jaguar C-type	57
6	UPPHOVS RÄTT TILL BRUKSKONST I DANSK RÄTTSPRAXIS	60
6.1	Bakgrund	60
6.2	Ilse Jacobsen	61
6.3	Anne Black	63
7	JÄMFÖRANDE DISKUSSION OCH SLUTSATS	67
7.1	Tidslinje	67
7.2	Komparation	67
7.3	Expertorgan	74
7.4	Avslutande kommentarer	77
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	80
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	86

Summary

The protection of applied art has historically been limited but has over time become more inclusive of and generous towards products whose design has been dictated by both aesthetic and functional purposes. Copyright protection has during the last couple of years, through case law from the Court of Justice of the European Union (CJEU), been given more specific guidelines regarding works of applied art. These works have been equated to other works of art given that, apart from their functional purpose, they can be classified as works of art from a copyright perspective. In 2020 a decision regarding products whose shape partly is *necessary* to achieve a *technical result* came from the CJEU. The decision clarified that it is possible for these products to be covered by copyright protection as well. The purpose of this essay is to clarify the Swedish and Danish copyright protection provided for works of applied art in relation to new decisions from the CJEU and to investigate how the view on applied art has evolved through the years. The essay also examines the purpose, relevance and justification of both the expert committee which offers opinions on copyright matters in Sweden (Svensk Forms Opinionsnämnd) and the new expert committee that will begin to operate in Denmark during 2021 (Designnævnet).

The essay compares new decisions from the national courts of Sweden (Daniel Wellington and Jaguar C-type) and Denmark (Ilse Jacobsen and Anne Black) with copyright case law from the CJEU (in particular Cofemel and Brompton Bicycle) in order to analyze how originality and functionality is being assessed in the national courts in relationship to the CJEU. The essay concludes that both Sweden and Denmark apply a more generous approach than is necessarily prescribed by EU-law. Furthermore the guidelines provided by the CJEU gives reason to question the strong position of the expert committees in the national courts. Lastly, the Swedish and Danish interpretations of the criteria from the CJEU for *free and*

creative choices leave a more limited arena for practicing designers, and a relatively vague starting point for the assessment of works of art.

Sammanfattning

Skyddet för brukskonst har historiskt sett varit restriktivt men med tiden utvecklats till att bli alltmer inkluderande och generöst när det gäller alster som både har ett estetiskt och funktionellt syfte. Det upphovsrättsliga skyddet har de senaste åren genom avgöranden från EU-domstolen givits tydligare riktlinjer gällande bedömningen av alster av brukskonst. Dessa har jämförts med övriga konstnärliga alster förutsatt att de utöver sin funktion även anses vara ett konstnärligt verk i upphovsrättens mening. År 2020 kom ett avgörande från EU-domstolen gällande alster vars formgivning delvis är *nödvändig* för att uppnå ett *tekniskt resultat* vilket klargjorde att även dessa sorters produkter kan skyddas av upphovsrätten. Uppsatsens syfte är att klargöra det svenska och danska upphovsrättsliga skyddet för brukskonst i förhållande till nya avgöranden från EU-domstolen och utreda hur synen på brukskonst som skyddsobjekt har utvecklats. Uppsatsen diskuterar även det expertorgan som finns inom svensk upphovsrätt (Svensk Forms Opinionsnämnd) och det nya expertorgan som kommer att börja verka i Danmark under 2021 (Designnævn) i syfte att utreda expertorganens betydelse, relevans och rättfärdigande efter EU-domstolens senaste domar.

I uppsatsen jämförs två färskas avgöranden från de nationella domstolarna i Sverige (Daniel Wellington och Jaguar C-type) och Danmark (Ilse Jacobsen och Anne Black) med EU-domstolens upphovsrättspraxis (särskilt då Cofemel och Brompton Bicycle) i syfte att analysera hur originalitet och funktionalitet bedöms av respektive nationella domstolar och hur bedömningarna förhåller sig till EU-domstolens. Slutsatserna blir att det i Sverige och Danmark kan noteras en tydligt mer generös tillämpning än EU-rätten nödvändigtvis föreskriver och dessutom att EU-rättens vägledande riktlinjer kan ge anledning att ifrågasätta expertorganens starka ställning i domstolarna. Slutligen visar den nationella tolkningen i Sverige och Danmark av EU-domstolens kriterium *fria och kreativa val* på en

alltmer begränsad arena för praktiserande formgivare och en relativt otydlig utgångspunkt för bedömningen av de brukskonstnärliga alstren.

Förkortningar

AIPPI	International Association for the Protection of Intellectual Property
EUD	Europeiska Unionens domstol
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HD	Högsta domstolen
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
PRV	Patent- och registreringsverket
SFO	Svensk Forms Opinionsnämnd
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPS-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	World Intellectual Property Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Trots att ordet *brukskonst* för gemene man måste te sig främmande är föremålen det omfattar desto vardagligare. Brukskonst kan beskrivas som verk som både är ett estetiskt och ett praktiskt föremål, exempelvis möbler, lampor, dricksglas, bestick, lampskärmar, textilier, armaturer och kläder.¹ I EU-rättslig praxis har brukskonst definierats som ett verk som ”har ett såväl konstnärligt som industriellt ändamål” och som därtill ”är både funktionellt och dekorativt”.² Det som kan anses karaktärisera brukskonsten är att ”formgivningen är en integrerad del av funktionen. Ibland överväger det nyttiga, ibland det estetiska”.³ Det finns idag flera sätt att skydda alster av brukskonst. De kan exempelvis skyddas av mönsterrätten, varumärkesrätten eller marknadsrätten. Tekniska uppfinningar kan skyddas av patenträtten och utöver detta skyddas brukskonst av upphovsrätten.

Synen på brukskonst som skyddsobjekt har utvecklats från skeptisk och restriktiv till att idag jämställa dessa verk med övriga konstnärliga alster. De senaste årens utveckling på det immaterialrättsliga området visar att rättighetsinnehavare till alster av brukskonst alltmer förlitar sig på det upphovsrättsliga skyddet istället för exempelvis enbart mönsterskydd eller patent vilket har resulterat i flera nya domar som behandlar den upphovsrättsliga bedömningen av dessa verk.⁴ Utvecklingen på det upphovsrättsliga området visar att skyddet numera inte enbart omfattar rent konstnärliga och estetiska alster utan även vardagliga bruksföremål. Detta innebär i sin tur att gränsen mellan ren konst och industriella formgivningar alltmer suddats ut och traditionella uppfattningar kring vad som är ”fint” och ”fult” idag spelar allt mindre roll.

¹ Schovsbo m.fl. (2015) s. 100.

² C-683/17 *Cofemel* p. 1.

³ Levin (1984) s. 24.

⁴ Harnesk (2020) s. 299–300.

Sverige och Danmark har två rättssystem som på många sätt, geografiskt som rättsligt, ligger nära varandra. Ländernas rättssystem har under historien utvecklats gemensamt och utformats genom nordiska samarbeten. Mycket talar för stora likheter i det rättsliga innehållet och därmed för utgången i nationell praxis och tolkningen av avgöranden från EU-domstolen. En skillnad mellan länderna är däremot att det i Sverige finns ett expertorgan, Svensk Forms Opinionsnämnd, vars uppgift är att göra upphovsrättsliga bedömningar av alster av brukskonst. Svensk Forms Opinionsnämnd har hittills haft en avgörande roll och nämndens yttranden har vägt tungt i de svenska domstolarna. Fram tills nyligen fanns inget liknande organ i Danmark men i november 2020 meddelades att en designnämnd, inspirerad av Svensk Forms Opinionsnämnd, i början av år 2021 kommer att börja verka i Danmark.⁵ Hur nämnden kommer påverka rättsutvecklingen och avgöranden i upphovsrättsfall återstår att se.

1.2 Problemformulering

Problemet som uppkommer i samband med att upphovsrätten inte längre endast skyddar traditionellt konstnärliga och dekorativa alster utan numera även omfattar formgivningar som till viss del och i viss grad är betingade av ett funktionellt syfte är hur den *upphovsrättsliga bedömningen* av dessa föremål ska avgöras. Det är endast de formelement som är resultatet av konstnärligt skapande som kan skyddas av upphovsrätten och inte tekniska och funktionella överväganden. Svårigheten ligger i att bedöma dessa sorters verk ur ett juridiskt och estetiskt perspektiv samt vem eller vilka som är bäst lämpade att bedöma en formgivnings skyddsbarhet.

En viktig aspekt av brukskonstens acceptans inom upphovsrätten är hur en alltmer inkluderande utveckling påverkar övriga regelverks funktion och

⁵ DanskIndustri.dk ”Nu bliver det nemmere at sikre designrettigheder – Danmark får et designnævn”, Hämtat 24 november 2020.

relevans. Det är både intressant och viktigt att titta på vad den ”upphovsrättsvänliga” trenden i praxis har för konsekvenser för resterande system. Därtill uppkommer problemet i att upphovsrättens överlägset långa skyddstid i förhållande till övriga regelverk innebär en mer långtgående begränsning av övriga aktörers skapande. Om alster som endast är utformade efter sin funktion ges upphovsrättslig skydd finns det exempelvis en risk för att funktionella lösningar som egentligen hör hemma i patenträtten ges skydd i 70 år efter upphovsmannen död istället för den mer begränsade skyddstid som patenträtten föreskriver. Detta bör beaktas av domstolarna.

Möjligheten till upphovsrättsligt skydd för brukskonst är under ständig utveckling och kriterierna för att skyddet ska bli tillgängligt har utkristalliserats ytterligare i praxis från EU-domstolen de senaste två åren. Under år 2020 har det dessutom kommit nationella avgöranden från Sverige och Danmark som behandlar den upphovsrättsliga bedömningen av brukskonst. Därtill har ett nytt expertorgan på det upphovsrättsliga området nyligen annonserats i Danmark. Det finns därmed anledning att titta på de senaste årens utveckling och framtidsutsikterna på detta område i förhållande till EU-rättslig praxis.

1.3 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att klargöra det svenska och danska upphovsrättsliga skyddet för brukskonst i förhållande till nya avgöranden från EU-domstolen.

För att uppnå uppsatsens syfte kommer jag att besvara följande frågeställningar:

- Hur förhåller sig svensk och dansk praxis till de nya avgörandena från EU-domstolen?
- Vilken betydelse har expertorgan i domstolsprocesser idag och hur motiveras denna betydelse?

- Hur har synen på brukskonst som skyddsobjekt utvecklats och vad tror jag om den framtida utvecklingen?

1.4 Metod

För att uppfylla uppsatsens syfte använder jag en rättsdogmatisk samt en komparativ metod. Den traditionella rättsdogmatiska metoden innebär att svaren på ett juridiskt problem söks i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och litteratur som är rättsdogmatiskt inriktad i ett försök att rekonstruera en rättsregel.⁶ Rättsdogmatikens syfte är att precisera det rättsliga innehållet genom att utgå från de befintliga rättskällorna.⁷ Det innebär att ett rättsligt problem analyseras utifrån gällande rätt. Problemställningen i uppsatsen är väl lämpad för att utredas med en rättsdogmatisk metod eftersom metoden är ett sätt att analysera och hitta nya lösningar på en fråga genom att titta på utvalda rättskällor.⁸ Eftersom frågeställningarna i uppsatsen rör rättspraxis är den rättsdogmatiska metoden lämpad för att analysera dessa.

I uppsatsen kommer det föras både en *de lege lata*-argumentation vilken innebär ett beskrivande av gällande rätt och en *de lege ferenda*-argumentation vilken innebär förslag på olösta juridiska problem.⁹ Det kommer beskrivas hur brukskonst skyddas i gällande rätt och vilka kriterier och rekvisit som används i bedömningar av dessa alster i rättspraxis. Därtill kommer det resoneras kring hur bedömningarna i nationell praxis förhåller sig till EU-rättslig praxis och fördelarna och nackdelarna med domstolarnas avgöranden i ett försök att analysera svårigheten i bedömningen. I den del av arbetet som innebär en deskriptiv framställning av den historiska utvecklingen, gällande rätt och praxis är det *de lege lata*-argumentationen som kommer att användas. I den jämförande diskussionen kommer även *de lege ferenda*-argumentationen användas i jämförelsen och problematiseringen av de olika avgörandena. Den rättsdogmatiska metoden

⁶ Kleineman (2018) s. 21.

⁷ Lehrberg (2016) s. 203.

⁸ Kleineman (2018) s. 45.

⁹ Ibid. s. 36.

ställer höga krav på att analysen ska genomsyras av öppenhet och transparens.¹⁰ Detta innebär bland annat att det måste göras tydligt vilka argument som har stöd i rättskällorna och vilka argument som är "fria" och hänför sig till skribentens åsikter.¹¹ Med beaktande av detta är det genomgående i uppsatsen tydligt vilka argument som är hänförliga till rättskällor och vilka som har stöd i tidskrifter, övrig litteratur eller som är mina egna åsikter.

Utöver den rättsdogmatiska metoden kommer en komparativ metod att användas i uppsatsen. Mikael Bogdan beskriver den komparativa rättskunskapen som: "dels jämförande av olika rättssystem med syfte att utvärdera deras likheter och skillnader, dels bearbetning av de fastställda likheterna och skillnaderna, exempelvis genom förklaring av deras uppkomst, dels behandling av de metodologiska problem vilka uppkommer i samband med dessa uppgifter, inklusive metodologiska problem knutna till studier av utländsk rätt".¹² Jag har valt att jämföra svensk och dansk praxis med EU-rättslig praxis men även jämföra svensk och dansk praxis med varandra. Den historiska utvecklingen i Sverige, Danmark och EU kommer även att beskrivas vilket gör det möjligt att analysera de olika rättssystemens uppkomst. Eftersom EU-rätten är harmoniserad i både Danmark och Sverige är det intressant att titta på hur nationell praxis förhåller sig till EU-rättslig praxis och om de nya avgöranden som kommit de senaste åren har reducerat de nationella domarnas prejudicerande värde eller om dessa är i linje med EU-rättens tolkning av lagstiftningen.

Anledningen till att jag har valt att jämföra just Sverige och Danmark är att synen på brukskonst har varit mer positiv i Danmark historiskt sett vilket även har inspirerat svensk lagstiftning. Därtill har Sveriges och Danmarks immaterialrättsliga lagstiftning utformats gemensamt och det är därför intressant att titta på likheter och skillnader mellan domstolarnas tolkning av

¹⁰ Kleineman (2018) s. 37.

¹¹ Ibid. s. 38.

¹² Bogdan (2003) s. 18.

EU-rätten och reflektera över hur eventuella skillnader kan ha uppkommit. Det finns även anledning att jämföra Sverige och Danmarks upphovsrättsliga praxis med anledning av det nya expertorgan i Danmark som inspirerats av Sverige vilket knyter an till uppsatsens syfte och frågeställningar.

I och med att uppsatsen berör EU-rätten berörs även den EU-rättsliga metoden lätt eftersom EU-rättsliga källor kommer att behandlas.¹³ EU-domstolens bedömningar kommer att analyseras men fokus ligger främst på hur de nationella domstolarna har tillämpat EU-domstolens riktlinjer och hur synen på brukskonst i stort har utvecklats. På grund av begränsning av uppsatsens omfattning redovisas inte EU-rätten på djupet utan uppsatsen riktar sig till läsare som redan är införstådda med hur EU-rätten är utformad.

1.5 Material

Materialet som använts är det material som krävs för den rättsdogmatiska metoden; lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin. Vad som utgör en rättskälla är en omtvistad fråga men Aleksander Peczenik delar upp det i källor som *skall*, *bör* och *får* beaktas.¹⁴ Rättskällor som *skall* beaktas är till exempel lagtext. Rättskällor som *bör* beaktas är exempelvis prejudikat och förarbeten. Rättskällor som *får* beaktas är exempelvis den rättsvetenskapliga litteraturen och domar som ej utgör prejudikat.¹⁵ Vad gäller forskningsläget på området är det främst Marianne Levins avhandling ”Formskydd” från 1984 som använts i uppsatsen. En källa som inte utgör en rättskälla men som använts i uppsatsen är rättsutlåtanden från olika domar. Vad gäller dessa har de endast använts för att visa olika juristers uppfattning om gällande rätt och Svensk Forms Opinionsnämnd. För att inte endast ge en

¹³ Reichel (2018) s. 109.

¹⁴ Peczenik (1974) s. 48

¹⁵ Peczenik (1986) s. 204–205

ensidig bild har rättsutlåtanden från olika parter med olika ståndpunkt använts.

Ett stort fokus vad gäller materialet i uppsatsen ligger på *praxis*. Detta beror på att lagstiftningen inte ger några riktlinjer för hur olika rekvisit ska tolkas utan dessa har utformats i praxis från EU-domstolen. Det bästa sättet att utreda hur svensk och dansk rätt förhåller sig till EU-rätten är därför att jämföra hur de nationella domstolarna har tillämpat de vägledande tolkningar som utformats i EU-rättslig praxis. Svensk Forms Opinionsnämnds betydelse har även kommenterats i praxis och därmed är det även i detta hänseende motiverat med ett stort fokus på rättspraxis i materialet. Vissa av de nationella rättsfall som används är inte från högsta instans och därmed inte prejudicerande men det är ändå relevant att titta på dessa för att undersöka domstolens tolkning av EU-rättens kriterier. En av de svenska domarna, Jaguar C-type överklagades under tiden som uppsatsen skrevs. Det är trots detta intressant att titta på hur domstolen resonerade i sin bedömning för att se hur de har tolkat riktlinjer från EU-praxis.

För att redogöra för och förstå den rättsliga utvecklingen och synen på brukskonst har litteraturen och artiklar från juridiska tidskrifter använts, främst från tidskriften Nordiskt Immaterialellt Rättsskydd (NIR). Jag har även använt en rapport från International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI) gällande danskt brukskonstskydd. Detta material har tydligare kunnat visa den specifika regleringen av brukskonst och kompletterats av andra rättskällor.

1.6 Avgränsningar

I uppsatsen kommer fokus ligga på det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst. Övriga immaterialrättsliga regler (mönsterrätt, patenträtt, varumärkesrätt, marknadsrätt) som på olika sätt kan skydda brukskonst kommer därför inte att redogöras för. Dessa regelverk kommer endast att beröras kort i de fall det är relevant för upphovsrätten och uppsatsens

syfte. Eftersom uppsatsen behandlar det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst och den upphovsrättsliga bedömningen av brukskonst kommer det inte läggas något fokus på intrångsprågan eftersom det inte har relevans för uppsatsens syfte. Det kommer därtill inte läggas något fokus på frågor relaterade till själva intrånget, exempelvis dubbelskapandekriteriet. Skadestånd- och ersättningsfrågor gällande intrång kommer inte heller beröras i uppsatsen. Det är alltså endast kriterierna för det upphovsrättsliga skyddet i gällande rätt och praxis som kommer att behandlas.

Trots att det nordiska samarbetet kort kommer att redovisas kommer uppsatsen inte gå in på utvecklingen i de övriga nordiska länderna utan fokus kommer endast ligga på Sverige och Danmark. Vad gäller den historiska utvecklingen av immaterialrätten beskrivs denna endast i väldigt korta drag för att ge en bakgrund till utformningen av gällande rätt. Det är alltså endast en övergripande, generell redogörelse av den historiska utvecklingen som kommer att göras. Det är av vikt för uppsatsens syfte att det ges en förståelse för den historiska utvecklingen för att kunna föra en jämförande diskussion. I uppsatsen behandlas vissa frågor gällande konkurrens men märk väl att det inte är en konkurrensrättslig uppsats och konkurrensrätten kommer inte att beröras.

Vad gäller praxis är det två avgöranden från varje nationell domstol och två avgöranden från EU-domstolen som främst kommer att behandlas. Dessa har valts ut på grund av sin tidsmässiga och ämnesmässiga relevans. På det brukskonsträttsliga området är Cofemel- och Brompton-avgörandena de mest aktuella. Vad gäller de nationella målen är samtliga från de senaste två åren vilket gör det relevant att titta på dem i ljuset av praxis från EU-domstolen. Andra avgöranden kommer att nämnas och beröras kort för att ge en bild av det tidigare läget och de kriterier som tidigare utformats i praxis. Det kommer däremot främst läggas fokus på de sex utvalda domarna i den jämförande diskussionen.

1.7 Terminologi

Eftersom det finns en del olika definitioner och uppfattningar av begreppet brukskonst vill jag inledningsvis reda ut hur jag tänker använda det och vad som i denna uppsats räknas som brukskonst. Min tolkning och sammanfattning av termen brukskonst är att den omfattar föremål vars formgivning i större eller mindre grad är betingad av ett funktionellt eller tekniskt syfte. I litteraturen ter det sig härutöver finnas en undergrupp till brukskonsten vilken omfattar de produkter vars formgivning dessutom till viss del är *beroende* av den *tekniska funktion* de ämnar uppfylla. Dessa produkter beskrivs av vissa som *funktionell brukskonst*.¹⁶

Jag har noterat att vissa föredrar att göra skillnad på brukskonst och funktionell brukskonst för att ytterligare snäva in begreppet och för att göra skillnad på brukskonst med ett nyttsyfte och brukskonst vars utseende till viss del är *beroende av dess tekniska funktion*. Men jag uppfattar det även som att den funktionella brukskonsten kan ses som en undergrupp till, och omfattas av, begreppet brukskonst.

I gällande rätt finns ingen uttrycklig skillnad mellan brukskonst och funktionell brukskonst. Begreppet funktionell brukskonst är inget som, av vad jag har sett, förekommer i vare sig lagtext eller domar och det finns därmed ingen åtskillnad i rättskällorna. De rättsliga regler gällande brukskonst som redogörs för i uppsatsen gäller således även för funktionell brukskonst. Genomgående i uppsatsen kommer brukskonst användas som term och underförstått då även omfatta funktionell brukskonst. Det finns mig veterligen inget hinder för att använda begreppet på detta vidare sätt så länge det förklaras och klargörs.

¹⁶ Se exempelvis Wennersten (2020).

1.8 Disposition

Uppsatsens disposition tar avstamp i den historiska utvecklingen – delvis den immaterialrättsliga men framförallt den upphovsrättsliga. Både den internationella och den nordiska utvecklingen redogörs för i kapitel 2 för att skapa en förståelse för den rättsliga utvecklingen på området och hur synen på brukskonst har utvecklats historiskt. Kapitel 3 redogör för gällande rätt och omfattar lagstiftning. Redogörelsen för rättspraxis kommer senare i kapitel 4–6 vilket kompletterar kapitel 3 då tolkningen av rekvisiten i lagstiftningen utformats i praxis. I kapitel 3 redogörs även för synen på funktionalitet inom andra regelverk för att få en bild av hur funktionalitet bedöms för andra skydd. Möjligheterna för överlappande skydd för brukskonst tas också upp för att belysa upphovsrättens relation till övriga skydd. Kapitel 3 är uppdelad på EU-rätten, svensk rätt och dansk rätt vilket är en ordning som återkommer i kapitel 4. Ordningen är uppställd på detta sätt eftersom EU-rätten ligger som grund för svensk och dansk rätt. Vidare i kapitel 7 förs en jämförande diskussion av rättsfallen som tagits upp i kapitel 4–6 och expertorganens funktion analyseras i 7.3. Slutligen, i 7.4, ges avslutande kommentarer och tankar kring framtidsutsikterna.

2 Upphovsrättens utveckling

2.1 Immaterialrättens historia i korta drag

En av de tidigaste formerna av immaterialrättsliga regler återfinns i 1400-talets privilegiesystem.¹⁷ Privilegiesystemet kan ses som en blandning av nutida upphovsrätt och patenträtt.¹⁸ Detta system gav möjlighet för bl.a. uppfinnare och författare att få en tidsbegränsad ensamrätt till skrifter eller tillverkningar. Genom dessa utdelningar av ”privilegier” gavs skapare ett tillfälligt skydd mot konkurrerande verksamhet.¹⁹ Efter en helhetsprövning vilken i första hand tog hänsyn till statsnyttan kunde staten besluta att dela ut privilegier till exempelvis boktryckare eller företagare. Den statliga prövningen av huruvida ensamrätter skulle delas ut var inte grundad i någon rättsordning och inte heller bunden av rättsliga regler. Privilegiesystemet skiljde sig därmed på många sätt från det immaterialrättsliga systemet som utvecklades senare.²⁰ Erkännandet av privilegier till enskilda skapare spridde sig i Europa under 1400-talet och rörde främst patent- och upphovsrätt.²¹ Det var oftast förläggare snarare än författare som gavs ensamrätten och privilegiesystemet var endast utformat efter det ekonomiska intresset.²²

Den första immaterialrättsliga lagen anses vara den venetianska förordningen 19.3.1474 om rättsligt skydd av uppfinningar. Förordningen gav ett skydd för nya uppfinningar och förbjöd efterbildning och intrång utan uppfinnarens samtycke.²³ Patenträttens grund sägs finnas i den engelska *Statute of Monopolies* från 1624. Den tidigaste upphovsrättsliga lagen sägs även härstamma från engelsk rätt och *The Statute of Anne*

¹⁷ Bernitz m.fl. (2017) s. 4.

¹⁸ Levin (2019) s. 29.

¹⁹ Bernitz m.fl. (2017) s. 4–5.

²⁰ Ibid. s. 5.

²¹ Schovsbo m.fl. (2015) s. 37.

²² Ibid. s. 38.

²³ Ibid. s. 40.

från 1709.²⁴ Lagen föregicks av en förordning från 1557 vilken skyddade boktryckare och även innebar censur.²⁵ Lagen gav författare en ensamrätt att, under en begränsad tidsperiod, trycka sina böcker. Det ursprungliga skyddet i lagen avsåg endast böcker och upphovsrätten till dessa men den kom senare att ges en vidare tolkning vilken inkluderade musik och skydd för kompositörer.²⁶

Under 1700-talet och med upplysningens idéer började det immaterialrättsliga systemet växa fram med tankar om *upphovsmannens* och *uppfinnarens* rättsliga ensamrätt till sina prestationer istället för endast förläggarnas och boktryckarnas ekonomiska intresse.²⁷ I samband med industrialiseringen under 1800-talet fick immaterialrätten en större betydelse i takt med den industriella utvecklingen. Många av de immaterialrättsliga regler som vid denna tid utformades i olika industriella system finns kvar än idag.²⁸ Under 1900-talet skedde en kraftig teknisk utveckling och industrialismen blev nära knuten till immaterialrättens utveckling och existens. Den accelererande tekniska tillväxten resulterade i ett växande incitament att skydda de uppfinningar och verk som producerades. Immaterialrätten blev en central grund för innovation, motivation till investeringar i forskning och utveckling samt ett möjliggörande för teknik från laboratorier att kunna föras över till marknaden.²⁹ Synen på upphovsrätten förändrades även under 1900-talet på så sätt att det konstnärliga eller litterära verket sågs som ett uttryck för upphovsmannens *andliga skapande*.³⁰ Detta stod i kontrast till den tidigare synen på ensamrätten och privilegiesystemet som främst grundade sig på rent ekonomiska intressen.³¹

²⁴ Levin (2019) s. 29.

²⁵ Schovsbo m.fl. (2015) s. 40.

²⁶ Schönning (2009) s. 14.

²⁷ Bernitz m.fl. (2017) s. 4–5.

²⁸ Schovsbo m.fl. (2015) s. 41.

²⁹ Levin (2019) s. 31.

³⁰ Nordell (2016) s. 174.

³¹ Schovsbo m.fl. (2015) s. 38.

2.2 Upphovsrättens internationella utveckling

I EU anses immaterialrätter idag vara något som driver på utveckling och industri.³² Vad gäller upphovsrätten anses den historiska bakgrunden till dess uppkomst vara viljan att skydda författare och konstnärers verk. Den ursprungliga kopplingen var således skyddat av ”finkulturen” och de litterära och konstnärliga alstren.³³ Upphovsrätten utvecklades därefter ständigt och utvidgades med tiden till att idag omfatta stora delar av den digitala världen.³⁴ Under revolutionstiden i Frankrike växte sig argumentationen kring skaparen till ett verks rätt till frukten av sitt arbete stark och resulterade i idén om den intellektuella äganderätten. Den intellektuella äganderätten kan ses avspeglad i många författningar bl.a. i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna artikel 27.2 samt i artikel 17.2 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.³⁵ I FN:s deklaration anges i artikel 27.2:

”Everyone has the right to protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author”³⁶

och i EU-stadgans artikel 17.2 anges att ”Immateriell egendom ska vara skyddad”.³⁷

Vad gäller upphovsrättens utveckling var Frankrike i många aspekter drivande i utvecklingen av skyddet i Europa. Pariskonventionen, som kom år 1883 och som skyddade den industriella äganderätten, fick stort

³² Levin (2019) s. 31.

³³ Ibid. s. 67.

³⁴ Exempelvis omfattas datorprogram av upphovsrätten genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

³⁵ Levin (2019) s. 32.

³⁶ FN:s deklaration av de mänskliga rättigheterna artikel 27.2.

³⁷ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna 2010/C 83/02.

genomslag och redan två år senare anslöt sig Sverige till konventionen.³⁸ Danmark anslöt till Pariskonvention några år senare, år 1894.³⁹ När det kom till skyddet för den litterära äganderätten var ett flertal franska författare drivande och det var framförallt på Frankrikes initiativ som ”Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk” antogs i Bern i Schweiz i september 1886. Ursprungligen var det endast nio länder som fördraget ingicks mellan Frankrike, Belgien, Italien, Haiti, Schweiz, Spanien, Storbritannien, Tunisien och Tyskland, men med åren har nästan alla världens stater anslutit sig till fördraget.⁴⁰ Bernkonventionen har genomgått många ändringar och revisioner sedan dess originalform⁴¹ men tre grundprinciper har alltid bestått. För det första ska verk som skapats i någon av de anslutna staterna ha samma skydd i alla övriga stater som dessa stater garanterar egna författare, konstnärer och kompositörer. För det andra ska det upphovsrättsliga skyddet uppkomma automatiskt och inte kräva någon registrering eller liknande. Slutligen är den tredje principen att om ett land har lagfäst längre tid för skyddet än det minimum som konventionen föreskriver så ska skyddet för utländska verk ändå upphöra när det upphör i verkens ursprungsland.⁴²

Pariskonventionen och Bernkonventionen bildar två unioner genom de anslutna parterna vilka i sin tur, i Parisunionen, skyddar den industriella rätten: patent, mönster och varumärken m.m. och, i Bernunionen, skyddar upphovsrätten. Pariskonventionen och Bernkonventionen, med respektive anslutna avtal, styrs av den internationella organisationen för den intellektuella äganderätten: World Intellectual Property Organization (WIPO). WIPO är en s.k. Specialized Agency under FN och har 191 medlemmar.⁴³ WIPO bildades år 1970 och 1974 anslöt sig WIPO till FN

³⁸ Hägg (2008) s. 58.

³⁹ Schovsbo m.fl. (2015) s. 53.

⁴⁰ Hägg (2008) s. 58.

⁴¹ Exempel: ”Berne Convention (1886), completed at Paris (1896), revised at Berlin (1908), completed at Berne (1914), revised at Rome (1928), at Brussels (1948), at Stockholm (1967) and at Paris (1971), and amended in 1979 (Berne Union)”
wipo.int/treaties/en/ip/berne, Hämtat 13 december 2020.

⁴² Hägg (2008) s. 58.

⁴³ Levin (2019) s. 42.

vilket innebar att alla medlämsänder i FN hade rätt, däremot ingen skyldighet, att bli medlemmar i WIPO.⁴⁴ Till följd av WIPO:s storlek och de stora skillnader som uppkom mellan industri- och utvecklingsländer skapades ett missnöje och en svårighet att på ett effektivt sätt genomföra reformer av större slag. Detta resulterade vidare i att många stater valde att, istället för att föra utvecklingen av immaterialrättsliga frågor hos WIPO, ha förhandlingar inom ramen för General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). I december 1993 kom det s.k. TRIPS-avtalet (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) till följd av dessa förhandlingar. Det är ett omfattande avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter.⁴⁵

2.3 Upphovsrättslagstiftningen i Sverige

På det upphovsrättsliga området skedde den första regleringen i Sverige genom 1810 års tryckförordning.⁴⁶ Vad gäller skyddet för brukskonst i svensk rätt började frågan diskuteras alltmer i början av 1900-talet. Det föreslogs i 1914 års svenska sakkunnigförslag att den s.k. konstslöjdens alster (dvs. alster av brukskonst) borde skyddas på samma sätt som övriga konstverk och därmed exempelvis ges samma skyddstid. Ett argument för detta var att konstnärer som sysslade med brukskonst skulle uppmuntras till skapande vilket i sin tur skulle stimulera industrin.⁴⁷ Vad sakkunnigförslaget från år 1914 menade sades dock emot i 1919 års proposition vilken istället slog ett slag för att konsthantverk och konstindustri uttryckligen skulle skiljas från övriga konstnärliga alster⁴⁸ och deras skydd genom den nya konstverkslagen. Frågan om brukskonstens rätt till skydd diskuterades dock igen i propositionen till 1926 års lagstiftning om konsthantverk och

⁴⁴ <https://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html#> hämtat 30 september 2020.

⁴⁵ Levin (2019) s. 42.

⁴⁶ Bernitz m.fl. (2017) s. 40.

⁴⁷ Levin (1984) s. 287.

⁴⁸ Prop. 1919:3 s. 61.

konstindustri. Brukskonst kom därmed att omfattas av skyddet enligt denna äldre lagen från år 1919.⁴⁹

Det gavs ingen tydlig definition av brukskonsten i samband med att den gavs upphovsrättsligt skydd år 1926. Den fick dessutom en kortare skyddstid än övriga konstnärliga verk, endast 10 års skydd efter offentliggörandet.⁵⁰ Övriga litterära och konstnärliga verk skyddades av samma lag i 30 år efter upphovsmannens död.⁵¹ Senare förlängdes skyddstiden för litterära och konstnärliga verk till 50 år efter upphovsmannens död⁵² och idag är skyddstiden för litterära och konstnärliga verk 70 år efter upphovsmannens död.⁵³ Slutligen gick utvecklingen på brukskonstens område så långt att det i SOU 1956:25 ansågs självklart att nyttoföremål även kunde betraktas ur ett estetiskt perspektiv och att nytta och estetik var nära knutna.⁵⁴ När den nuvarande lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL)⁵⁵ trädde i kraft år 1961 upphörde den tidigare lagen från år 1919 att gälla.⁵⁶

I samband med mönsterskyddslagens⁵⁷ ikraftträdande år 1970 ändrades upphovsrättslagen bl.a. genom att begreppet ”konstindustri och konsthantverk” byttes ut mot ”brukskonst”⁵⁸ och i samband med detta förlängdes även skyddstiden för brukskonst till 50 år efter upphovsmannens död.⁵⁹ Avsikten med ändringen var att de verk som både kunde skyddas av mönsterskyddslagen och av upphovsrättslagen skulle ges ett högre krav för verkshöjd.⁶⁰ Bland annat med tanke på att brukskonsten därmed erhöll längre skyddstid än tidigare ansågs det vara av vikt att skärpa kraven för

⁴⁹ Levin (1984) s. 288; Prop. 1926:2 s. 19.

⁵⁰ SOU 1956:25 s. 338; Levin (1984) s. 288.

⁵¹ Prop. 1926:2 s. 33.

⁵² SOU 1956:25 s. 21.

⁵³ Levin (2019) s. 94.

⁵⁴ SOU 1956:25 s. 77.

⁵⁵ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁵⁶ PMT 15833–18 s. 25.

⁵⁷ Mönsterskyddslag (1970:485)

⁵⁸ Bernitz m.fl. (2017) s. 67.

⁵⁹ Prop. 1969:168.

⁶⁰ Bernitz m.fl. (2017) s. 67.

alster av brukskonst.⁶¹ Det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst skiljde sig dessutom härmed från mönsterskyddet på så sätt att upphovsmannens individualitet skulle vägas in i bedömningen.⁶²

I slutet av 1920-talet grundades i Sverige sakkunnigorganet Svensk Forms Opinionsnämnd (SFO)⁶³ inom Föreningen Svensk Form vilken fick till uppgift att yttra sig i ärenden gällande upphovsrättsligt skydd för brukskonst.⁶⁴ Nämndens syfte är främst att yttra sig om alster av brukskonst för att ge en fingervisning om huruvida dessa bör erhålla upphovsrättsligt skydd. Härutöver kan SFO bedöma om andra alster kan anses utgöra olovlig efterbildning (plagiat) av alstret.⁶⁵

Under 1920-talet var Svenska Slöjdföreningen drivande i frågan gällande konsthantverks och konstindustris inkludering i upphovsrätten.⁶⁶ Det inrättades i samband med lagändringen 1926 en nämnd som skulle bistå vid prövning och tillkalla sakkunniga som kunde hjälpa till i bedömningen av brukskonst. Nämnden skulle inte bara vara ansvarig för förprovningar utan skulle avge utlåtande på anmodan av domstol. Det skulle även vara möjligt för personer som ville ha en sakkunnig prövning av ett alster att vända sig till nämnden.⁶⁷

2.4 Upphovsrättslagstiftningen i Danmark

Historiskt sett skiljer sig dansk praxis från övriga nordiska länders på så sätt att synen på skydd för brukskonst ansetts mer generös än i exempelvis Sverige.⁶⁸ En av de tidigaste motsvarigheterna till immaterialrättsliga regler

⁶¹ SOU 1965:61 s. 173.

⁶² Prop. 1969:168.

⁶³ Ursprungligen hette nämnden Svenska Slöjdföreningen men år 1979 byttes namnet till Sven Forms Opinionsnämnd.

⁶⁴ Svenskform.se /om svensk form opinionsnämnd, Hämtat 7 december 2020.

⁶⁵ Levin (1984) s. 305.

⁶⁶ Prop. 1926:2 s. 4.

⁶⁷ Ibid. s. 26–27.

⁶⁸ Levin (1984) s. 299.

i Danmark kom 1565 i form av att Frederik II utfäste ett *Trykkeprivilegium*. Privilegietiden var som tidigare nämnt en viktig förlaga till de immaterialrättsliga regler som senare infördes och en viktig faktor i den industriella utvecklingen.⁶⁹ Den äldsta upphovsrättsliga regeln i Danmark är en förordning från 1700-talet som förbjöd s.k. ”eftertryck” vilket kan översättas till ”tryck av något som redan är tryckt”. I Europa fanns vid denna tid ingen motsvarande upphovsrättsliknande regel utan detta var den första av sitt slag. Konstnärliga verk fick skydd från år 1864 när det kom en lag om efterbildning av konstnärliga alster.⁷⁰

Den nuvarande danska Ophavsretsloven⁷¹ är hänförlig till framförallt tre andra källor. För det första den tidigare upphovsrättslagen från år 1961 vilken var resultatet av det nordiska lagstiftningsarbete. Bakgrunden till den var ett, mellan de nordiska länderna, gemensamt betänkande från 1951. Juridiskt sett är betänkandet ett förarbete till lagen och innehåller många förslag på tolkningar av lagen som är relevanta än idag. Ophavsretslovens regler har för det andra påverkan från de olika EU-direktiv som harmoniserar upphovsrätten i EU till exempel direktiv 2001/29/EF av den 22 maj 2001 (Infosoc-direktivet).⁷² Slutligen är reglerna i lagen hänförliga till ett antal olika betänkanden som ligger bakom reglerna i 1995 års upphovsrättslag. Dessa betänkanden var ett uttryck för det nordiska samarbetet och liknande betänkanden upprättades i de övriga nordiska länderna.⁷³

Den danska upphovsrättens utveckling under 1900-talet innebar att den upphovsrättsliga regleringen kom att omfatta industriprodukter och brukskonst.⁷⁴ Brukskonsten inkluderas i upphovsrätten i dansk rätt vid en

⁶⁹ Schovsbo m.fl. (2015) s. 39.

⁷⁰ Ibid. s. 72.

⁷¹ LBK nr. 1144 af 23.10.2014.

⁷² Schovsbo m.fl. (2015) s. 71; Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001.

⁷³ Schovsbo m.fl. (2015) s. 71–72.

⁷⁴ Schovsbo och Holm Svendsen (2013) s. 96.

lagändring 1908⁷⁵ vilket sett till övriga konstnärliga verk är sent.⁷⁶ Det är däremot tidigare än den svenska utvecklingen.⁷⁷ Den lagändring som infördes år 1908 innebar ett 50-årigt skydd för brukskonst i 1904 års Lov om Forfatterret og Kunstnerret och att dessa verk skulle jämföras med övriga konstnärliga verk.⁷⁸ Inom industrin var till en början den allmänna uppfattningen att brukskonstskyddet skulle förstöra för konstindustrin i Danmark. Det visade sig däremot att skyddet bidrog till ett uppsving inom de konstindustriella yrkena och lagen blev därmed uppskattad. Utvecklingen inspirerade i sin tur Sverige och Danmarks lagstiftning togs upp som argument för införande av brukskonstskyddet i propositionen i Sverige år 1926.⁷⁹

Vad gäller den historiska synen på överlappande skydd har Danmark aldrig begränsat skyddet på så sätt att produkter som skyddats av mönsterrätten inte också kunnat erhålla upphovsrättsligt skydd. Detta reglerades bland annat i 1905 års Designlov. Det fanns således tidigt en möjlighet för kumulativt skydd.⁸⁰ I samband med införandet av upphovsrättslagarna 1960–1961 var Danmark i jämförelse med övriga nordiska länder förhållandevis positivt inställda till ett fortsatt skydd av brukskonsten.⁸¹

2.5 Det nordiska samarbetet

De nordiska länderna har sedan lång tid tillbaka samarbetat på det immaterialrättsliga området och det finns en fast tradition av nordiskt samråd. Den gällande rätten i respektive land är relativt lika. Detta grundar sig i det samnordiska avtal som slöts i slutet av 1800-talet och som gällde avtals- och köprätt samt immaterialrätt.⁸² Alla de nordiska länderna fick nya

⁷⁵ F. t. l. om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. s. 2702.

⁷⁶ Schovsbo m.fl. (2015) s. 104.

⁷⁷ Jfr kapitel 2.2.

⁷⁸ Levin (1984) s. 290; Folketingsåret 1959-60 Lovforslag s. 2702.

⁷⁹ Prop. 1926:2 s. 19.

⁸⁰ Schovsbo och Rosenmeier (2018) s. 112.

⁸¹ Levin (1984) s. 293.

⁸² Levin (2019) s. 36.

upphovsrättslagar mellan år 1919 och år 1933⁸³ och senare under 1930-talet antogs en resolution av det nordiska författarrådet i vilken de nordiska regeringarna ombads samarbeta med varandra för att gemensamt skapa en ny upphovsrättslag.⁸⁴ År 1938 tillsattes en utredning vilket resulterade i att fyra nordiska betänkanden publicerades mellan år 1950 och år 1956. Betänkandena ledde i sin tur till att nästan enhetlig lagstiftning infördes i Danmark, Finland, Norge och Sverige under 1960–1961.⁸⁵ Den upphovsrättsliga lagstiftningen i de nordiska länderna är på grund av det nära lagstiftningssamarbetet som ledde fram till dessa införanden under åren 1960 och 1961 på många sätt lika och har därefter endast genomgått vissa mindre förändringar.⁸⁶

Det tog lång tid för design och brukskonst att accepteras inom upphovsrätten i de skandinaviska länderna.⁸⁷ Diskussioner kring brukskonstens rätt till skydd började föras i Norden under 1900-talets första decennier.⁸⁸ Senare, i samband med införandet av de nordiska upphovsrättslagarna år 1960 och 1961 var länderna fortfarande tveksamma till att alster av brukskonst skulle skyddas enligt samma kriterier som övriga konstnärliga verk. Det fanns på flera håll en uppfattning om att den industriella konsten borde skyddas och regleras av mönsterrätten och inte av upphovsrätten.⁸⁹ Vissa menade att det gick emot upphovsrättens syfte att omfatta nyttoföremål eftersom den endast bör omfatta ”ren” konst.⁹⁰ I både Norge och Sverige beslutades det till sist att det krävdes utredning av mönsterskyddet innan reglerna kring brukskonstskydd kunde skrivas om.⁹¹

Det finns således en lång tradition av samarbete mellan de nordiska länderna när det kommer till lagstiftning på upphovsrättens område. Det finns både

⁸³ Wennersten (2014) s. 112.

⁸⁴ SOU 1956:25 s. 47; Wennersten (2014) s. 112.

⁸⁵ Wennersten (2014) s. 112.

⁸⁶ Karnell (1987) s. 27

⁸⁷ Schovsbo & Rosenmeier (2018). S. 110–111.

⁸⁸ Levin (1984) s. 287.

⁸⁹ Ibid. s. 293.

⁹⁰ Hedfeldt (1960) s. 190.

⁹¹ Levin (1984) s. 293.

fördelar och nackdelar med ett sådant kontinuerligt samarbete. Schovsbo m.fl. menar att fördelen med traditionen är att länderna kan lära sig av varandras erfarenheter vilket får vägas mot nackdelen att för mycket lagstiftningssamarbeten kan bli ineffektivt.⁹²

⁹² Schovsbo m.fl. (2015) s. 71–72.

3 Skydd för brukskonst i gällande rätt

3.1 Allmänt

Uppsatsen andra kapitel redogjorde för den historiska utvecklingen av skyddet för brukskonst vilken inte har varit helt spikrak. Trots att synen på brukskonst historiskt sett har varit skeptisk finns det i dagsläget flera olika sätt att skydda alster av brukskonst. De senaste årens utveckling har uppvisat en trend i praxis vad gäller skyddet för designrelaterade produkter som visar att många rättighetsinnehavare förlitar sig inte i första hand på designskyddet som de EU-rättsliga reglerna erbjuder i form av exempelvis mönsterskydd utan istället på upphovsrätten.⁹³ Den svenska juristen Linnea Harnesk menar i en artikel i Nordisk Immaterialrättsligt Rättsskydd att trenden visar att brukskonstnärliga produkter främst förlitar sig på de upphovsrättsliga reglerna och till ramverket av regler gällande otillbörlig konkurrens. Även i de fall då designskyddet åberopas görs detta sällan utan att även något av de nämnda rättsliga verktygen används som komplement. Det är ovanligt att det drivs intrångsmål med utgångspunkt i mönsterskyddet.⁹⁴ De senaste årens EU-rättsliga avgörandena har öppnat upp för att fler sorters vardagliga alster ska kunna inkluderas i upphovsrätten vilket ökar incitamentet för att i högre utsträckning förlita sig på upphovsrätten istället för mönsterrätten.⁹⁵ Vissa menar att utvecklingen i gällande rätt vad gäller överlappningen av upphovsrättsligt och mönsterrättsligt skydd riskerar att skapa ett ”överbeskyddande” system för brukskonst.⁹⁶

⁹³ Harnesk (2020) s. 299–300.

⁹⁴ Ibid. s. 299–300.

⁹⁵ Schovsbo (2020) *Copyright and design law: What is left after all and Cofemel?* s. 293.

⁹⁶ Schovsbo (2020) *Design Protection in the Nordic countries: Welcome to the smörgåsbord* s. 339–340.

Följande kapitel kommer att redogöra för det nuvarande skyddet för brukskonst i gällande rätt med fokus på det upphovsrättsliga skyddet. I kapitlet kommer även redogöras för det expertorgan som verkar i Sverige och det som snart kommer införas i Danmark. Eftersom EU-rätten till viss del är harmoniserad kommer redogörelsen för svensk och dansk rätt ha stora likheter.

3.2 EU-rätt

3.2.1 Upphovsrättsligt skydd

Den EU-rättsliga regleringen sker främst genom direktiv och förordningar. Direktiven syftar till att öka harmoniseringen och skapa ett jämlikt rättsläge mellan medlemsstaterna.⁹⁷ De EU-rättsliga förordningarna är bindande och direkt tillämpliga inom hela EU.⁹⁸ Direktiven kan däremot medlemsstaterna välja om de ska anta och för det fall en medlemsstat antar ett direktiv måste staten anpassa sin lagstiftning efter direktivets innehåll.⁹⁹ I EU är upphovsrätten delvis harmoniserad och det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst regleras i flera olika direktiv.¹⁰⁰ Både Sverige och Danmark är anslutna till Infosocdirektivet vilket stadgar i artikel 2 att medlemsstaterna bl.a. ska föreskriva en ensamrätt för upphovsmän att mångfaldiga sina verk.¹⁰¹ Kraven för att ett alster ska kvalificeras som ett verk i upphovsrättens mening har utformats genom praxis från EU-domstolen och innebär bland annat att ett krav på originalitet.¹⁰² Vad gäller originalitetsbegreppet för verk behandlas detta i flera olika direktiv och den huvudsakliga innebörden och tolkningen av begreppet inom EU-rätten är att verket ska vara ”originellt i den mening att det är upphovsmannens egen

⁹⁷ Bernitz m.fl. (2017) s. 21.

⁹⁸ Ibid. s. 22.

⁹⁹ Ibid. s. 21.

¹⁰⁰ Maunsbach och Wennersten (2015) s. 65.

¹⁰¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 artikel 2.

¹⁰² Levin (2019) s. 80.

intellektuella skapelse”.¹⁰³ Upphovsrätten regleras även internationellt av WIPO-fördraget om upphovsrätt vilket bland annat föreskriver i artikel 2 att upphovsrätt inte kan ges till *idéer, utförandemetoder eller matematiska begrepp*.¹⁰⁴

Det har i EU-rättslig praxis slagits fast att begreppet verk förutsätter två kumulativa rekvisit som innebär dels att det måste vara ett *original* i den mening att det är upphovsmannens egen *intellektuella skapelse*, dels att det är endast de element av en produkt som uttrycker nämnda skapande som kan klassificeras som verk.¹⁰⁵ Bedömningen av verksbegreppet kommer att beskrivas utförligare i kapitel 4 gällande EU-rättslig praxis eftersom tolkning av de EU-rättsliga reglerna har utformats genom praxis.

3.2.2 Kumulativt skydd

Enligt EU-rätten är det möjligt att skydda en och samma produkt med olika skydd samtidigt.¹⁰⁶ Skäl 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd (mönsterdirektivet) gör det möjligt för en formgivning att åtnjuta både mönsterrättsligt och upphovsrättsligt skydd. Bestämmelsen lyder:

I avsaknad av harmonisering av lagar om upphovsrätt är det viktigt att befästa principen om dubbelt skydd enligt särskild lag om registrerat mönsterskydd och lag om upphovsrätt, varvid medlemsstaterna skall ha frihet att bestämma förutsättningarna för upphovsrätt och dess räckvidd.¹⁰⁷

Vidare lyder artikel 17 i mönsterdirektivet:

¹⁰³ Nordell (2016) s. 172.

¹⁰⁴ WIPO-fördraget om upphovsrätt Genève den 20 december 1996 artikel 2.

¹⁰⁵ C-683/17 *Cofemel*, C-5/08 *Infopaq*, C-310/17 *Levola Hengelo*.

¹⁰⁶ Levin (2019) s. 353.

¹⁰⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd.

Förhållande till upphovsrätten

Ett mönster som är skyddat genom att det enligt detta direktiv är registrerat som mönsterrätt i eller för en medlemsstat skall också ge rätt till lagstadgat skydd enligt denna stats upphovsrätt från den dag då mönstret skapades eller lades fast på något sätt. Det tillkommer varje enskild medlemsstat att avgöra i vilken utsträckning och på vilka villkor ett sådant skydd skall ges, samt även vilken originalitetsnivå som skall krävas.¹⁰⁸

Det föreskrivs även i Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivningar, skäl 32 och artikel 96.2, att en formgivning som skyddas genom en gemenskapsformgivning också ska kunna skyddas enligt medlemsstaternas upphovsrätt.¹⁰⁹ Det finns således inget hinder för en produkt att skyddas både enligt mönsterrättens kortare skydd och upphovsrätten. En mönsterrätt kan registreras men det finns även ett oregistrerat mönsterskydd.¹¹⁰

Det skiljer i skyddstiden mellan de olika skydden för brukskonst. Det oregistrerade mönsterskyddet regleras i EU-förordningen 6/2002 om gemenskapsformgivningar. Oregistrerade formgivningar skyddas från och med den dag de gjorts tillgängliga för allmänheten under 3 år.¹¹¹ Mönsterrätten är helt harmoniserad på EU-nivå genom mönsterdirektivet och formgivningsförordningen vilket gör att den ser likadan ut i Sverige och Danmark.¹¹² Det registrerade mönsterskyddet kräver en avgift som beror på hur omfattande skyddet önskas vara. I EU kostar det exempelvis 350 euro att registrera ett mönster.¹¹³ Det finns även ett direktiv som föreskriver skyddstider för olika sorters verk inom EU, det så kallade

¹⁰⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd.

¹⁰⁹ Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning.

¹¹⁰ Levin (2019) s. 350.

¹¹¹ Ibid. s. 382.

¹¹² Karnov internet, Lag (1970:485) Mönsterskyddslag kommentar till lagen, Hämtad 2020-11-16.

¹¹³ <https://www.prv.se/sv/foretagsframjare/kostnadsexempel/kostnadsexempel-for-design/> Hämtat 3 januari 2021.

skyddstidsdirektivet.¹¹⁴ Direktivet slår fast att vad gäller upphovsrätten ska skyddstiden i enlighet med Bernkonventionen löpa under upphovsmannens livstid och 70 år efter hans död.¹¹⁵ Mönsterskyddet kan löpa som längst i 25 år i form av en eller flera perioder om fem år.¹¹⁶

3.2.3 Funktionalitet

Inom mönsterrätten finns ett uttryckligt hinder för skydd av formgivningar som är betingade av *teknisk funktion* och formgivning för *mekaniskt sammanfogade* delar. Det är fastställt att mönsterrättsligt skydd inte kan ges för sådana detaljer i en produkts utseende som uteslutande är betingade av en teknisk funktion. Ett skydd kan inte heller omfatta detaljer i en produkts utseende som måste återges exakt till formen och dimensionerna för att produkten mekaniska funktion ska uppfyllas.¹¹⁷ Produkters tekniska funktion kan således inte skyddas av mönsterrätten utan bör istället vända sig till patenträtten. Det finns dock inget hinder mot att skydda brukskonst enligt mönsterrätten. Däremot är de detaljer som endast är funktionsbestämda helt uteslutna från skyddet.¹¹⁸ Tekniska och funktionella lösningar kan däremot skyddas av patenträtten om de uppfyller nyhetskravet och kravet på uppfinningshöjd enligt de patenträttsliga reglerna.¹¹⁹ Det är inte möjligt att skydda konstnärliga skapelser inom patenträtten utan dessa regelverk är endast till för uppfinningar.¹²⁰ Det brukar i regel inte råda någon osäkerhet kring gränsdragningen mellan patenterbara och icke-patenterbara föremål.¹²¹ Det finns alltså tydliga regleringar av funktionalitet inom andra regelverk vilket inte finns på samma sätt inom upphovsrätten. Inom upphovsrätten kan delvist funktionellt betingade produkter skyddas

¹¹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter.

¹¹⁵ Artikel 1.1 i direktivet.

¹¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd.

¹¹⁷ Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning artikel 8 p. 1 och 2.

¹¹⁸ Levin (2019) s. 371.

¹¹⁹ European Patent Convention Chapter I Article 52 (1).

¹²⁰ European Patent Convention Chapter I Article 52 (2) b).

¹²¹ Levin (2019) s. 257.

och någon särskilnad mellan brukskonsten och övriga konstnärliga verk ska därmed inte göras.¹²² Funktionalitet är endast ett hinder om formgivningen är utformad *enbart* efter funktion och tekniska överväganden.¹²³

3.3 Svensk gällande rätt

3.3.1 Upphovsrättsligt skydd

Brukskonst likställs inom svensk rätt med övriga konstnärliga verk och skyddas enligt lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk i 1 kap. 1 § 6 p.¹²⁴ För att en produkt ska anses vara ett verk av brukskonst i upphovsrättslagens mening och erhålla skydd krävs att verket är *självständigt* och *originellt*. Verket ska utgöra ett resultat av upphovsmannens *personliga* och *skapande insats*. Härutöver krävs ett visst mått av *särprägel* för att ett verk ska uppnå verkshöjd.¹²⁵ En rent mekanisk produkt anses inte uppfylla kraven för ett konstnärligt verk utan produkten måste i någon mån uttrycka upphovsmannens individualitet.¹²⁶ Trots att brukskonst likställs med konstnärliga verk är skyddsomfånget för brukskonst ofta snävare än för andra konstnärliga alster.¹²⁷ Skyddsomfånget omfattar endast de delar av formgivningen som uppfyller kraven på originalitet och individualitet som ett resultat av skaparens personliga och kreativa val och inte de delar som är funktionellt betingade.¹²⁸ Det behöver således göras en åtskillnad mellan de delar av utformningen som utgjorts av personliga och kreativa val och de delar som endast härrör sig till funktion.

¹²² Schovsbo (2020) *Design Protection in the Nordic countries: Welcome to the smörgåsbord* s. 281.

¹²³ Ibid. s. 294.

¹²⁴ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

¹²⁵ Karnov internet, lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, 1 kap 1 §.

¹²⁶ SOU 1956:25 s. 66.

¹²⁷ Levin (2019) s. 84.

¹²⁸ Plogell och Ullberg (2012) s. 325.

Historiskt sett har den upphovsrättsliga bedömningen av brukskonst sett olika ut. Det fanns en tid då det ansågs tvivelaktigt och rentav märkligt att göra en avvägning mellan de estetiska och de funktionella delarna av ett föremål och istället förespråkades en helhetsbedömning.¹²⁹ Idag är det däremot vanligt att bedöma funktion och estetik var för sig, något som kommer att redogöras för ytterligare i kapitel 5 om svensk praxis. En annan aspekt av brukskonstens bedömning är det särskilda kravet på verkshöjd. Från att i samband med mönsterkyddslagen skärpas gällande alster av brukskonst anses kravet numera sänkts och nu vara lägre än för övriga verk. Detta ”kompenseras” dock med det snävare skyddsomfånget.¹³⁰ Verkshöjdskravet anses generellt vara lågt i svensk rätt.¹³¹

3.3.2 Kumulativt skydd

I svensk rätt är det möjligt för olika skydd att överlappa varandra när en produkt uppfyller kraven för båda skydden.¹³² Det innebär att det finns en möjlighet till kumulativt skydd för dessa produkter. En vanlig överlappning är kumulativt skydd av mönster- och upphovsrätt. En förklaring till användningen av överlappande skydd är att det är enklare för företag att snabbt kunna få en överblick över vilka skydd som redan existerar genom det registrerade mönsterskyddet för att undvika krockar och intrång. En upphovsrättslig bedömning är i många fall invecklad och i dessa fall är de registrerade rättigheterna att föredra för att lättare och snabbare få en bild av hur marknaden ser ut.¹³³ Bestämmelsen i 10 § URL lyder: ”Upphovsrätt till ett verk gäller även om verket har registrerats som mönster”.¹³⁴ Det återges således i upphovsrättslagen att ett verk kan få upphovsrättsligt skydd även om det redan är registrerat som en design och därmed åtnjuter

¹²⁹ SOU 1965:61 s. 209.

¹³⁰ Nordell (2005) s. 439; Ohlin, Lexino Lagkommentar 2.2.4 Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, Rättsutlåtande PMT 5885-18 Nordell s. 6.

¹³¹ Olsson (2015) s. 56.

¹³² Adamsson och Malmstedt (2017) s. 543.

¹³³ Levin (2019) s. 353.

¹³⁴ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

mönsterskydd. Detta omnämns inte i mönsterskyddslagen men däremot i det mönsterskyddsdirektivet.

Det framgår av svensk praxis att domstolar bör beakta mönsterskyddet vid bedömningen av skyddet för brukskonst.¹³⁵ Relationen mellan mönsterrätt och upphovsrätt bör således vägas in vid bedömningen av förutsättningarna för skydd av brukskonst. Inte minst bör detta begrundas med tanke på skillnaderna i skyddstid. I Sverige kan ett mönster registreras för en eller flera perioder om fem år, registreringen kan dock som mest gälla i 25 år och alltså omfatta maximalt fem stycken femårsperioder från den dag då ansökan för mönsterregistrering gjordes. Mönsterskyddet kostar dessutom pengar och måste betalas för varje år.¹³⁶ Detta kan jämföras med upphovsrättens 70-åriga skydd efter upphovsmannens död¹³⁷ vilket dessutom uppkommer automatiskt och gratis.¹³⁸ Mönsterrättens kortare, begränsade skyddsperiod innebär att andra utövare och formgivare på designområdet under en kortare tid kommer att begränsas i sitt skapande. Upphovsrättens skydd är betydligt längre och innebär en mer långtgående begränsning. Patentlagstiftningen i sin tur ger en skyddstid på maximalt 20 år. Detta ger innehavaren av ett patent en ensamrätt att använda uppfinningen yrkesmässigt men för att ge andra möjlighet att vidareutveckla produkten blir uppfinningsbeskrivningen offentliggjord.¹³⁹

3.3.3 Funktionalitet

Inom upphovsrätten är det sammanfattningsvis möjligt att skydda en produkt som är funktionellt betingad men skyddet omfattar inte *funktionen* som sådan.¹⁴⁰ En liknande bestämmelse finns inom den svenska mönsterrätten. Som följer av harmonieringen av EU-rätten finns det i svensk rätt ett uttryckligt hinder för att funktionalitet ska mönsterskyddas.

¹³⁵ Bl.a. av NJA 1995 s. 164.

¹³⁶ Levin (2019) s. 382.

¹³⁷ Ibid. s. 94.

¹³⁸ Maunsbach och Wennersten (2015) s. 73.

¹³⁹ Karnov internet, Patentlag (1967:837) kommentar till lagen.

¹⁴⁰ Nordell (2005) s. 436.

Bestämmelsen i 4 a § mönsterskyddslagen hindrar att en mönsterrätt omfattas av sådana detaljer i en produkts utseende som uteslutande är bestämda av produktens *tekniska funktion* eller som måste återskapas exakt till formen och dimensionerna för att den produkt som mönstret avser ska gå att fylla sin funktion.¹⁴¹ Gällande brukskonst och därmed en formgivning som har ett funktionellt syfte är det således endast de detaljer av produktens utseende som inte uteslutande är bestämda av produktens tekniska funktion som skyddas av mönsterrätten. Vid en registrering av ett nytt mönster är det endast de formella kraven för ansökan som granskas. Patent- och registreringsverket (PRV) gör ingen bedömning av huruvida mönstret är nytt, särpräglad eller icke-funktionellt. Det krävs istället en invändning mot registreringen för att PRV ska agera mot en registrering som inte uppfyller kraven.¹⁴²

Att funktionella element av ett mönster inte omfattas av mönsterskyddet påverkar skyddsomfånget på likartat sätt som inom upphovsrätten även om de rättsliga bedömningarna inte är samma. Skyddsomfånget blir snävare för dessa produkter. Intressant för den mönsterrättsliga bedömningen av en formgivnings funktionalitet är dock att mönstret ska bedömas i sin helhet. De funktionella elementen lär då innefattas i helheten och i praktiken erhålla skydd. Således uppkommer ett problem i hur bedömningen ska kunna ta hänsyn till både åtskillnaden mellan estetiska och funktionella element samt helheten av formgivningen i sig.¹⁴³ Skyddsomfångets förhållande till originaliteten inom upphovsrätten är att skyddsomfånget blir större ju mer originellt ett verk är.¹⁴⁴ Det finns däremot inget enkelt sätt att bedöma alster med ett funktionellt eller tekniskt syfte inom upphovsrätten. Om exempelvis formgivningen är helt avgörande för den tekniska funktionen krockar upphovsrätten med patenträtten.¹⁴⁵

¹⁴¹ Mönsterskyddslagen (1970:485).

¹⁴² Adamsson och Malmstedt (2017) s. 544.

¹⁴³ Ibid. s. 558.

¹⁴⁴ Nordell (2016) s. 176.

¹⁴⁵ Levin (2019) s. 102.

3.3.4 Svensk Forms Opinionsnämnd

Som nämndes i 2.3 finns ett expertorgan inom svensk rätt på det upphovsrättsliga området, Svensk Forms Opinionsnämnd. Nämnden består av både jurister och formgivare och anses vara en hedersdomstol på området. Dess yttrande anses ha stor betydelse i frågor gällande upphovsrätt till brukskonst.¹⁴⁶ För att SFO ska avge ett yttrande krävs att någon av parterna eller domstolen gör en anmälan.¹⁴⁷ Det är därmed möjligt att frågan om en upphovsrättslig bedömning av ett alster refereras till nämnden som då avger ett yttrande gällande bedömningen.¹⁴⁸ SFO bedömer om formgivningen kan åtnjuta skydd och dess yttrande brukar i allmänhet följas av domstolarna.¹⁴⁹ Nämnden har under åren spelat en avgörande roll i flera fall på brukskonstskyddets område och dess uttalanden tenderar att ges stor vikt.¹⁵⁰ Yttranden från Svensk Forms Opinionsnämnd är inte bindande och ska beaktas vid sidan om praxis från domstolen¹⁵¹ men stor vikt har trots detta lagts vid nämndens yttranden och slutsatser.¹⁵²

Vissa jurister menar att nämndens yttranden de senaste åren inte har visat en konsekvent syn på verkshöjdsbegreppet när det kommer till brukskonst. Ulf Bernitz menar att utvecklingen visar på en alltmer tillåtande och generös bedömning av brukskonst och möjligheterna till upphovsrättsligt skydd för dessa alster.¹⁵³ Det finns flera exempel på när yttranden från Svensk Forms Opinionsnämnd givits stor betydelse i domstolen. I NJA 2009 s. 159, det s.k. Mini Maglite-fallet, lades stor vikt vid nämndens yttrande då det ansågs befogat mot bakgrund av ledamöternas sakkunskap för att bedöma alster av konstindustri. Det var därmed bland annat mot bakgrund av yttrandet som

¹⁴⁶ Levin (2019) s. 101; Maunsbach och Wennersten (2015) s. 73.

¹⁴⁷ Maunsbach och Wennersten (2015) s. 73.

¹⁴⁸ SvenskForm.se, *Om svensk form – Opinionsnämnd*, Hämtat 25 november 2020.

¹⁴⁹ Plogell och Ullberg (2012) s. 325.

¹⁵⁰ Lexino Lagkommentar 2.2.4 Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk; Bernitz: rättsutlåtande T 1421–07 s. 13; Levin: rättsutlåtande R 325–94 s. 20.

¹⁵¹ Levin (2019) s. 101.

¹⁵² Se till exempel NJA 2009 s. 159.

¹⁵³ Bernitz: rättsutlåtanden T 1421–07 s. 13.

rätten fann att formgivningen, i fallet en ficklampa, inte huvudsakligen var funktionellt betingad.¹⁵⁴

Det kan kort nämnas att det inom upphovsrätten inte finns någon reglering avseende *vem* som bedömningen av ett verk ska utgå ifrån. Inom exempelvis varumärkesrätten ska förväxlingsbedömningen alltid utgå från en *genomsnittskonsument*.¹⁵⁵ Inom mönsterrätten är det den *kunniga användaren* som ska bedöma intrång¹⁵⁶ och inom patenträtten är det en *fackman* som bedömer om en uppfinning är ny och därmed kan erhålla patent.¹⁵⁷ En liknande bestämmelse eller ”person” saknas i upphovsrätten.

3.4 Dansk gällande rätt

3.4.1 Upphovsrättsligt skydd

I den danska upphovsrättslagen finns ett uttryckligt skydd för brukskonst.

Ophavsretsloven 1 kap. 1 § lyder:

Beskyttede værker

Den som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde.

Stk. 2. Kort samt tegninger og andre i grafisk eller plastisk form udførte værker af beskrivende art henregnes til litterære værker.

Stk. 3. Værker i form af edb-programmer henregnes til litterære værker.¹⁵⁸

¹⁵⁴ NJA 2009 s. 159 s. 169.

¹⁵⁵ Bernitz (2017) s. 287.

¹⁵⁶ Wainikka (2016) s. 71.

¹⁵⁷ Bernitz (2017) s. 152.

¹⁵⁸ LBK nr 1144 af 23/10/2014 Ophavsretsloven.

Den som skapar ett verk av brukskonst erhåller således upphovsrätt till verket. För att ett verk ska få åtnjuta upphovsrättsligt skydd i dansk rätt krävs det att två kriterier är uppfyllda. Verket måste för det första ha *originalitet* och för det andra måste det efter sin art kunna *karaktäriseras* som litterärt eller konstnärligt.¹⁵⁹ Gällande brukskonst tillämpas samma kriterier för att verket ska erhålla upphovsrättsligt skydd som för alla andra sorters verk; om det uppfyller originalitetkravet samt att det räknas som ”konst” är det upphovsrättsligt skyddat. Bedömningen av huruvida en produkt uppfyller kriterierna görs vanligtvis av en sakkunnig. De sakkunniga kallas i Danmark för *skønsmænd* och *skønsmændens* uttalande brukar som regel ges tyngd i domstolarnas avgöranden. Yttrandet ignoreras endast i speciella fall då domstolen finner det helt säkert att det vore olämpligt att lägga vikt vid det på grund av missförstånd eller liknande förhållande gällande bedömningen.¹⁶⁰

När det gäller brukskonst kan upphovsrätten endast skydda verk som utöver sin praktiska funktion har en konstnärlig särprägel.¹⁶¹ Kravet för att en produkt ska få åtnjuta upphovsrättsligt skydd är samma på brukskonst som på övriga konstnärliga verk. Trots att brukskonsten likställs med övriga konstnärliga alster är det i viss mån svårare krav för brukskonsten. Dessa alster måste uppfylla originalitetskravet men även uppvisa sådana estetiska aspekter att de kan skiljas från ren teknik. Produkten måste alltså anses vara ett ”konstnärligt verk”, vilket vanligtvis bedöms av domstolen men med hänsyn till utlåtanden från ovan nämnda *skønsmænd*.¹⁶² Det är inte ett strängare originalitetskrav för brukskonst utan endast svårare att uppfylla kravet på ”konstnärligt verk”.¹⁶³

¹⁵⁹ Schovsbo m.fl. (2015) s. 76.

¹⁶⁰ Ibid. s. 101.

¹⁶¹ F. t. l. om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. s. 2702.

¹⁶² Schovsbo m.fl. (2015) s. 101–103; AIPPI Question Q231 (2012) Denmark s. 3.

¹⁶³ Schovsbo m.fl. (2015) s. 103.

Det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst är snävare än för vanliga konstnärliga verk i dansk rätt.¹⁶⁴ För de vanliga konstnärliga verken anses upphovsrätten kränkt i fall då ett annat konstverk vid en övergripande bedömning anses vara likadant vilket i sin tur beror på en konkret bedömning av verken i fråga. Det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst å andra sidan, anses kränkt endast om en annan produkt utgör ”en mycket nära imitation” av brukskonsten i fråga.¹⁶⁵ Skyddstiden för brukskonst i upphovsrätten är samma som i EU och Sverige och löper i 70 år från den dag då skaparen av alstret dör.¹⁶⁶

3.4.2 Kumulativt skydd

Inom dansk rätt, liksom i svensk rätt, finns det möjlighet till kumulativt skydd för brukskonst. Det kumulativa skyddet regleras i, utöver EU-förordning 6/2002 som redovisades i 3.2.2, den danska designlagen samt den danska upphovsrättslagen. Bestämmelsen i 10 § Ophavsretsloven lyder: ”Beskyttelse efter designloven udelukker ikke ophavsret”.¹⁶⁷ Bestämmelsen motsvarar 50 § i Designloven¹⁶⁸ vilken lyder: ”Et registreret design kan også være beskyttet efter lov om ophavsret fra det tidspunkt, hvor designet er blevet skabt eller fastlagt i en given form”.¹⁶⁹ Att en produkt erhåller ett registrerat eller oregistrerat mönsterskydd (i Danmark kallat designskydd) hindrar således inte att produkten även erhåller upphovsrättsligt skydd. Om ett alster av brukskonst skyddas av flera olika sorters skydd kommer det upphovsrättsliga skyddet att fortsätta löpa även vid utgången av andra immaterialrättsliga skydd med kortare skyddstid, exempelvis designskydd.

I dansk rätt finns det inga åtgärder för att förhindra eller justera att ett alster av brukskonst inte kan skyddas av både mönsterrätt och upphovsrätt.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Schovsbo (2020) *Copyright and design law: What is left after all and Cofemel?* s. 332–333, Schovsbo och Rosenmeier (2018) s. 117.

¹⁶⁵ AIPPI Question 231 (2012) Denmark s. 3.

¹⁶⁶ Schönning (2011) s. 85.

¹⁶⁷ LBKG 2014-10-23 nr 1144 Ophavsretsloven.

¹⁶⁸ Schovsbo och Holm Svendsen (2013) s. 96.

¹⁶⁹ LBK nr 89 af 29/01/2019 Bekendtgørelse af designloven.

¹⁷⁰ AIPPI Question 231 (2012) Denmark s. 3–5.

Skyddstiden för mönsterrätt inom dansk rätt är samma som i Sverige eftersom mönsterrätten är helt harmoniserad inom EU. Den sammanlagda möjliga skyddstiden är 25 år räknats från dagen då ansökan som registrering lämnades in.¹⁷¹ Det är möjligt för en formgivare att kombinera designrätten, upphovsrätten och patenträtten fritt men det är endast designrätten och upphovsrätten som direkt överlappar varandra eftersom tekniska uppfinningar i en formgivning istället hör till *patent-* och *brugsmodell*lovgivningen.¹⁷²

3.4.3 Funktionalitet

När det gäller funktionalitet inom den danska mönsterrätten finns det liksom inom svensk rätt särskilda regleringar gällande produkters utseende som är betingade av funktionalitet. Detta beror som tidigare nämnt på att mönsterrätten är harmoniserad i EU. De delar av en formgivning som endast beror på dess funktion och funktionella överväganden skyddas inte enligt den danska mönsterrätten.¹⁷³ Detta föreskrivs i 8 § Designloven.¹⁷⁴ De delar av en produkt som inte är beroende av funktion kan däremot skyddas, liksom i svensk rätt.¹⁷⁵ Den danska Patent- og Varemærkestyrelsen utreder inte graden av funktionalitet i en ansökan, varken helhetsintrycket eller element av produkten, utan det krävs en invändning mot registreringen för att frågan ska tas upp.¹⁷⁶ De delar av en produkt som har ett bestämt utseende, exempelvis reservdelar till en mekanisk produkt kan inte heller skyddas av mönsterrätten.¹⁷⁷ Anledningen till funktionalitetshindret inom den danska designrätten är att ett sådant system skulle skapa ett monopol på en teknisk funktion. Teknisk funktion bör istället skyddas av patenträtten eller regler gällande bruksmodeller.¹⁷⁸

¹⁷¹ Rådets direktiv 98/71/EG om mönsterskydd artikel 10.

¹⁷² Schovsbo m.fl. (2015) s. 498.

¹⁷³ Schovsbo och Holm Svendsen (2013) s. 47.

¹⁷⁴ Lovbekendtgørelse 2019-01-29 nr. 89 Designloven.

¹⁷⁵ Løje (2017) s. 225; 5 kap 25 § Designloven.

¹⁷⁶ Løje (2017) s. 235; 5 kap 25 § Designloven.

¹⁷⁷ F. t. Designlov 2000 s. 211.

¹⁷⁸ Løje (2017) s. 226.

Inom marknadsföringsrätten i Danmark finns det exempel på när funktionalitet varit i konflikt med skapande. I ett fall från Sø- og Handelsretten¹⁷⁹ utreddes huruvida likheterna mellan Lego-klossen och en annan produkt endast berodde på tekniska och funktionella förhållande. Om så var fallet kan det inte anses vara en förbjuden produkt efterbildning. Så ansågs däremot inte vara fallet och Lego-klossen ansågs skyddad.¹⁸⁰ Inom såväl marknadsföringsrätten som mönsterrätten finns således reglering av funktionalitet. Problemet som uppkommer inom främst mönster- och upphovsrätten är just att särskilja konst och funktion.¹⁸¹ För de strikt tekniska produkterna finns det i sin tur väldigt strikta regler inom patent- och brugsmodellrätten.¹⁸² Bedömningen av funktionalitet inom mönsterrätten beskrivs bland annat i förarbeten till den danska Designloven. Det ska tas hänsyn till de valmöjligheter formgivaren haft vid utformningen för att avgöra om en produkt endast är bestämd av sin funktion.¹⁸³

3.4.4 Dansk Designnævn

Det har tidigare inte funnits någon motsvarighet till Svensk Forms Opinionsnämnd i Danmark på det upphovsrättsliga området och bedömningen av huruvida en produkt kan klassificeras som verk i lagens mening och därmed åtnjuta upphovsrättsligt skydd har fram tills nu gjorts av sakkunniga skønsmænd.¹⁸⁴ Detta är dock i skrivande stund i färd med att ändras. Den 13 november 2020 meddelade Dansk Industri i ett pressmeddelande att en designnämnd kommer att börja verka i Danmark i början av 2021. Designnämnden, *Designnævn*, kommer att bedöma fall gällande intrång i arkitekters, designers och konsthantverkarens upphovsrätt och syftet med den införda nämnden anges vara att det ska bli lättare att

¹⁷⁹ Sø- og Handelsretten är en specialdomstol motsvarande den svenska Patent- och Marknadsdomstolen.

¹⁸⁰ Nordell (2005) s. 454.

¹⁸¹ Schovsbo (1996) s. 55.

¹⁸² Schovsbo (1996) s. 56; Schovsbo m.fl. (2015) s. 336.

¹⁸³ F. t. Designlov 2000 s. 218.

¹⁸⁴ Schøvsbo m.fl. (2015) s. 101.

tillförsäkra designrättigheter.¹⁸⁵ Designnævnet bygger på den högsta expertisen inom området och ska på ett enkelt och snabbt sätt hantera konflikter som rör just dessa grupperns upphovsrätt. Nämnden är partsoavhängig vilket innebär att den är oberoende av parterna. Expertisen och partsoavhängigheten ska säkerställa att nämndens uttalanden blir så starka att parterna, efter avgivet yttrande från Designnævnet, inte väljer att ta saken vidare till domstol.¹⁸⁶

Den danska designnämnden har inspirerats av Svensk Forms Opinionsnämnd och den effekt dess yttranden har i de svenska domstolarnas avgöranden. En nämnd med starkt stöd från branschen har större påverkan i domstolarna och dess uttalanden och yttranden får därmed mer tyngd. Designnævnet i Danmark är instiftat av en mängd organisationer och kommer att ha speciella experter för respektive ämnesområde (arkitektur, design och hantverk) vilka kommer att fatta beslut i frågor om upphovsrättsintrång baserat på sin professionella expertis. Vid behov kan nämnden komma att komplettera yttranden med ytterligare professionell expertis i de fall där ärenden med många olika områden behöver utredas.¹⁸⁷ Konsulten Malene Dall Sørensen har i Dansk Industri uttalat sig om den nya Designnævnet:

”I Dansk Industri er vi glade for etableringen af Designnævnet. Det vil være en stor hjælp for vores virksomheder, især SMV’er og iværksættere. De små virksomheder vil ofte undlade at føre en sag om krænkelse af deres rettigheder ved domstolene, da det kan være meget omkostningstungt, hvilket vi sidst har set i Anne Black-sagen, siger Malene Dall Sørensen, konsulent i Dansk Industri.”¹⁸⁸

Citatet kan i korta ordalag översättas med att Malene Dall Sørensen anser att nämnden kommer vara till stor hjälp för företag, särskilt små och medelstora samt entreprenörer. Hon menar att de små företagen ofta misslyckas med att

¹⁸⁵ DanskIndustri.dk ”Nu bliver det nemmere at sikre designrettigheder – Danmark får et designnævn”, Hämtat 24 november 2020.

¹⁸⁶ DanskeKunsthåndværkere & Designere.dk ”danmark får sit designnævn”, Hämtat 23 november 2020.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ DanskIndustri.dk ”Nu bliver det nemmere at sikre designrettigheder – Danmark får et designnævn”, Hämtat 24 november 2020.

väcka talan i domstol vid upphovsrättsintrång då det tenderar att bli mycket kostsamt. Ett exempel på detta, menar Dall Sørensen, är Anne Black-fallet. Detta fall kommer att tas upp och redogöras för i 5.3. Vissa är av åsikten att det tidigare systemet, med sakkunniga skönsmän, inte var optimalt då det medförde att domstolarna i vissa fall drog sig för att göra egna, självständiga bedömningar.¹⁸⁹ Det finns anledning att återkomma till detta i analysen eftersom den nya designnämnden innebär ett ännu högre värderat organ med sakkunniga.

¹⁸⁹ Schøvsbo m.fl. (2015) s. 101.

4 Upphovsrätt till brukskonst i EU:rättslig praxis

4.1 Bakgrund

Redogörelsen över gällande rätt i EU i kapitel 3 visar att det i lagsstiftningen finns kriterier för att fastställa om ett alster kvalificeras som ett verk men att det saknas riktlinjer för hur kriterierna ska tolkas. Begrepp som *intellektuellt skapande* och *originalitet* har istället behandlats och definierats i praxis från EU-domstolen.¹⁹⁰ Både originalitetskriteriet och kvalificeringen av ett upphovsrättsligt verk har harmoniserats inom EU genom EU-praxis och gjort det lättare för medlemsstaterna att bedöma brukskonst på ett enhetligt sätt.¹⁹¹ De två senaste avgörandena på området är Cofemel och Brompton Bicycle. I september 2019 kom avgörandet Cofemel i vilket estetik och funktionalitet behandlades och i juni 2020 kom avgörandet Brompton Bicycle vilket tog upp funktionella och tekniskt betingade delar av en formgivning. Verksbegreppet: originalitet och individualitet gällande brukskonst, har diskuterats i tidigare avgöranden vilka både Cofemel- och Brompton-målet hänvisar till.

I det s.k. Infopaq-målet¹⁹² slogs fast att brukskonst skulle omfattas av det upphovsrättsliga skyddet likt övriga konstnärliga verk förutsatt att alstret i fråga var *originellt*. Detta förutsatte i sin tur att de var ett resultat av upphovsmannens intellektuella skapelse.¹⁹³ I Painer-målet¹⁹⁴ ansåg EU-domstolen att begreppet ”upphovsmannens intellektuella skapelse” ska anses avspegla upphovsmannens *personlighet* vilket är fallet när upphovsmannen i samband med skapandet av verket har haft möjlighet att

¹⁹⁰ C-638/17 *Cofemel* p. 29 och 32.

¹⁹¹ Wennersten (2019) s. 539.

¹⁹² C-5/08 *Infopaq*.

¹⁹³ C-5/08 *Infopaq* p. 37.

¹⁹⁴ C-145/10 *Painer*.

uttrycka sin kreativa kapacitet genom att göra *fria och kreativa val*. Däremot ansågs det inte krävas någon särskild grad av estetiskt eller konstnärligt värde.¹⁹⁵ Vad gäller kreativa val slogs även fast i ett tidigare EU-mål att ett idrottsevenemang inte kan anses vara en upphovsmans egen skapelse i den mening som avses i Infosocdirektivet eftersom de spelregler som omgärdar en fotbollsmatch inte lämnar utrymme för kreativ frihet.¹⁹⁶

Det har sammanfattningsvis alltså funnits tidigare riktlinjer från EU-domstolen gällande originalitet och kravet på verkshöjd. Cofemel-målet besvarade frågan om hur ett föremål med både funktion och visuellt estetisk effekt ska bedömas. Brompton Bicycle-målet gällde den underkategori av brukskonst som kan benämnas som funktionell brukskonst, nämligen en produkt (cykel) som har en teknisk funktion som formgivningen till viss del måste utformas för att uppnå. Detta fyllde även en lucka i den EU-rättsliga tolkningen då det inte tidigare funnits tydliga riktlinjer gällande brukskonst som är *beroende av en teknisk funktion*. Följande kapitel kommer redogöra för Cofemel- och Brompton Bicycle-fallen och de rättsliga bedömningar och tolkningsriktlinjer som EU-domstolen slog fast genom dessa. Eftersom det är bedömningen av det upphovsrättsliga skyddet som behandlas i uppsatsen kommer det inte läggas någon vikt på själva intrångsfrågan utan fokus kommer ligga på kriterierna och avvägandena gällande rätt till upphovsrättsligt skydd.

4.2 Cofemel

Cofemel-målet gällde begreppet ”verk” och vilka kriterier som krävs för att ett alster ska kunna klassificeras som ett verk i upphovsrättslig mening. Den aktuella tvisten rörde de två bolagen Cofemel och G-Star vilka båda var verksamma inom design-sektorn och inom tillverkning och saluföring av kläder. G-star bedrev sedan flera år tillbaka verksamhet under ett antal varumärken vilka G-star var innehavare av eller vilka ägdes av G-star

¹⁹⁵ C-145/10 *Painer* och C-387/17 *Cofemel*.

¹⁹⁶ C-403/08 *Football Association Premier League m.fl.*

genom exklusiva licensavtal. Jeansmodellen ARC och sweatshirt- och T-shirtmodellen ROWDY var två av de klädm modeller som designades, tillverkades och salufördes under G-stars varumärken. Cofemel i sin tur designade, tillverkade och saluförde jeansmodeller, sweatshirts och T-shirt under varumärket TIFFOSI.

G-star väckte talan mot Cofemel i portugisisk domstol den 30 augusti 2013. G-Star yrkade bland annat att Cofemel skulle förpliktas att upphöra med att göra intrång i G-stars upphovsrätt. G-star menade härmed att vissa modeller av jeans, sweatshirts och T-shirts som tillverkades av Cofemel under varumärket TIFFOSI liknande modellerna ARC och ROWDY vilka klassificerades som verk och skyddades enligt upphovsrätten som G-Star innehade. Dessa klädm modeller skulle enligt G-star betraktas som originella intellektuella skapelser och därmed bedömas som ”verk”. Följaktligen skulle klädm modellerna därför åtnjuta upphovsrättsligt skydd och skyddas mot intrång. Cofemel menade till sitt försvar att klädm modellerna inte kunde kvalificeras som sådana ”verk” som åtnjuter upphovsrättsligt skydd.¹⁹⁷



Jeansmodellen ARC som designades och salufördes av G-star Raw var en av de för målet aktuella klädm modellerna.

Högsta domstolen i Portugal valde att ställa två frågor till EU-domstolen. Den första frågan var i korta drag om det fanns något hinder för att ge

¹⁹⁷ C-638/17 *Cofemel* p. 16-20.

upphovsrättsligt skydd till de i målet aktuella klädmodellerna på grunden att formgivningarna utöver sitt funktionella syfte även skapar en separat visuell effekt som är utmärkande ur en estetisk synvinkel. Innebörden av frågan var alltså om en delvis funktionellt betingad produkt kunde ges upphovsrätt på grunden att den utöver detta även hade en utmärkande estetisk del.¹⁹⁸ Den andra frågan är inte relevant för denna uppsats och besvarades inte av domstolen. För det första behövde EU-domstolen fastställa hur formgivningar i allmänhet ska kvalificeras som verk i den mening som avses i Infosoc-direktivet. För det andra behövde EU-domstolen pröva huruvida formgivningar, såsom klädmodellerna i målet, kan kvalificeras som verk.

Vad gäller kvalificeringen av verk fastslog domstolen att de kriterier som genom tidigare praxis skapats för begreppet verk gällande originalitet och individuellt skapande skulle användas, nämligen att det behöver finnas ett *original*, i den meningen att det är upphovsmannen egen intellektuella skapelse och att endast det element som ger uttryck för ett sådant skapande kan kvalificeras som verk.¹⁹⁹ Vad gäller originalitetkravet är det både nödvändigt och tillräckligt att alstret i fråga återspeglar *upphovsmannens personlighet*. Detta är i sin tur fallet om alstret ger uttryck för dennes *fria och kreativa val*.²⁰⁰ Vad gäller att alstret måste ge uttryck för detta skapande innebär detta att alstret måste kunna identifieras med tillräcklig precision och objektivitet, enligt tidigare praxis.²⁰¹

Innan domstolen gick in på bedömningen av huruvida klädmodellerna kunde kvalificeras som verk resonerade domstolen kring överlappande av form- och upphovsrättsligt skydd. Formskyddet (mönsterskyddet) och det upphovsrättsliga skyddet har enligt EU-domstolen i grunden olika syften. Formskyddet är avsett att skydda nya och individualiserade alster som är användbara och avsedda för massproduktion. Skyddstiden för dessa har

¹⁹⁸ C-638/17 *Cofemel* p. 26.

¹⁹⁹ C-5/08 *Infopaq* p. 37 och 39, C-310/17 *Levoa Hengelo* p. 33 och 35–37.

²⁰⁰ C-145/10 *Painer* p. 88, 89 och 94.

²⁰¹ C-310/17 *Levola Hengelo* p. 41.

bestämts utifrån den investering som krävs för skapandet och tillverkningen och för att denna ska ges avkastning utan att samtidigt i oproportionerlig mån begränsa konkurrensen.²⁰² Det dubbla skyddet är mot bakgrund av detta bara avsett att omfatta vissa situationer.²⁰³

Det ansågs därför viktigt att skilja mellan *estetisk effekt* och *intellektuell skapelse* som återspeglar upphovsmannens *fria val och personlighet*. Om en formgivning skapar en estetisk effekt innebär det inte i sig att formgivningen utgör en intellektuell skapelse som återspeglar upphovsmannens *personlighet* genom uttryck för *fria och kreativa val*. Kläderna i målet ansågs förvisso skapa en visuell effekt men de ansågs inte genom denna uppfylla originalitetskravet. Detta innebar att klädmodellerna trots att de utöver deras funktionella syfte ansågs skapa en separat visuell effekt som var utmärkande ur en estetisk synvinkel, inte kunde motivera att formgivningarna kvalificerades som verk i Infosoc-direktivets mening. Klädmodellerna ansågs därmed inte uppfylla kravet för upphovsrättsligt skydd.²⁰⁴

Slutsats

Vid kumulativt skydd av mönster- och upphovsrätt ska skillnaderna i syftet bakom dessa regelverk beaktas. På grund av dess olika skyddstid som är utformade efter olika syften är dubbelt skydd endast avsett för vissa situationer. Vad gäller funktionellt betingade produkter som även har ett estetiskt uttryck behöver estetiskt uttryck i sig inte göra det möjligt att avgöra om alstret utgör en intellektuell skapelse. Detta måste ändå bedömas utifrån om upphovsmannens personlighet återspeglas genom fria och kreativa val.

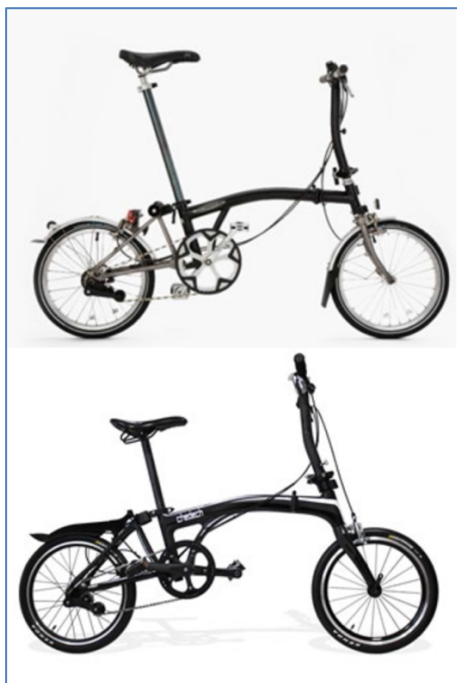
²⁰² C-638/17 *Cofemel* p. 49–50.

²⁰³ *Ibid.* p. 52.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 55–57.

4.3 Brompton Bicycle

Bolaget Brompton saluförde en hopfällbar cykel som sedan 1987 sålts i samma form. De särdrag som karaktäriserar cykeln var dess tre olika lägen vilka möjliggjorde att cykeln kunde fällas ihop, fällas ut eller inta ett mellanläge. Cykeln skyddades tidigare av ett patent, men det var vid tidpunkten för målet utgången. Bolaget Get2Get saluförde i sin tur en cykel (Chedech-cykeln) som till utseendet rent visuellt var mycket lik Brompton-cykeln. Den hade till exempel de tre olika lägen som karaktäriserade Brompton-cykeln. Brompton väckte talan i Belgien den 21 november 2017 och yrkade att domstolen skulle fastställa att Chedech-cyklarna utgjorde intrång i Bromptons upphovsrätt. Get2Get å andra sidan menade att Chedech-cykelns utseende endast var en följd av den tekniska lösning som cykeln ämnas uppnå, nämligen cykelns tre olika lägen. Get2Get påstod också att cykelns utseende därmed endast kunde skyddas av patenträtten och inte av upphovsrätten.²⁰⁵



Överst: Brompton Bicycle. Underst: Chedech

²⁰⁵ C-833/18 *Brompton Bicycle* p.10–14.

Brompton menade i sin tur att de tre lägen som cykeln kunde ha kunde uppnås genom andra former än just de som formgivaren hade gett cykeln. Mot denna bakgrund hävdade Brompton att formen kunde omfattas av upphovsrättsligt skydd.²⁰⁶ Frågorna som den hänskjutande domstolen ställde till EU-domstolen var huruvida artiklarna 2–5 i Infosoc-direktivet skulle tolkas så att upphovsrättsliga skydd är uteslutet för verk vilkas form är nödvändig för att uppnå ett tekniskt resultat. Den hänskjutande domstolen frågade bland annat även om förekomsten av andra möjliga former som gör att samma tekniska resultat kan uppnås ska beaktas vid bedömningen av huruvida en form är nödvändig för att uppnå ett tekniskt resultat.²⁰⁷

Vad gäller kvalificeringen av ett verk användes samma kriterier som redogjordes för i Cofemel gällande *originalitet* och återspeglings av upphovsmannens personlighet genom fria och kreativa val.²⁰⁸ De upphovsrättsliga reglerna stadgar att om en produkts form endast styrts av dess tekniska funktion kan produkten inte skyddas av upphovsrätten.²⁰⁹ EU-domstolen behövde därför avgöra huruvida upphovsmannen, genom valet av produktens form, på ett originellt sätt givit uttryck för sin kreativa förmåga genom att göra fria och kreativa val som återspeglade dennes personlighet. Att det kan förekomma andra möjliga former av en produkt för att uppnå samma tekniska funktion ansågs *inte* avgörande för bedömningen av de faktorer som varit vägledande för formgivarens val. Faktumet att det finns andra möjliga sätt att formge produkten för samma tekniska resultat innebär alltså *per se* att produkten uppfyller kravet på originalitet.²¹⁰ EU-domstolen slog även fast att det faktum att det fanns ett (numera utgången) patent och att formen hade en effektivitet för att uppnå samma tekniska resultat endast skulle beaktas i den mån dessa omständigheter gör det

²⁰⁶ C-833/18 *Brompton Bicycle* p. 15.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 19.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 22–33.

²⁰⁹ C-638/17 *Cofemel* p. 31.

²¹⁰ C-833/18 *Brompton Bicycle* p. 35.

möjligt att visa de överväganden som har beaktats vid valet av form på produkten.²¹¹

Det skulle enligt EU-domstolen ankomma på den hänskjutande domstolen att beakta samtliga relevanta omständigheter såsom de förelåg vid formgivningen och utformningen av produkten för att bedöma huruvida cykeln var en originell skapelse eller inte. Yttre faktorer som härrör sig till tiden efter att produkten skapats ska inte vägas in i denna bedömning. Slutsatsen i målet blev att Infosoc-direktivets artikel 2-5 skulle tolkas så att ”upphovsrättsligt skydd som föreskrivs i dessa artiklar är tillämpligt på en produkt vars form åtminstone delvis är nödvändig för att uppnå ett tekniskt resultat i de fall då produkten utgör ett *originalverk* som är resultatet av en *intellektuell skapelse*, på så sätt att upphovsmannen genom denna form uttrycker sin kreativa förmåga på ett originellt sätt genom att göra *fria och kreativa val* så att formen återspeglar vederbörandes *personlighet*, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det nationella målet.”²¹²

Slutsats

En produkt vars form åtminstone delvis är nödvändig för att uppnå en teknisk funktion kan ändå erhålla upphovsrättsligt skydd i de fall det funnits utrymme för att även göra fria och kreativa formmässiga val som återspeglar upphovsmannens personlighet. Alternativa formgivningsmöjligheter som kan uppnå samma tekniska resultat ska *inte* vara avgörande för bedömningen av de faktorer som varit vägledande vid formgivarens val.

²¹¹ C-833/18 *Brompton Bicycle* p. 35–36.

²¹² *Ibid.* p. 38.

5 Upphovsrätt till brukskonst i svensk rättspraxis

5.1 Bakgrund

Det finns flera exempel på svenska fall som rör upphovsrätt till brukskonst och de krav som då ställts vad gäller bl.a. originalitet och individualitet. Högsta domstolen slog i NJA 2009 s. 159, ”Mini Maglite” som gällde upphovsrätt till ficklampor, fast att kravet på verkshöjd för brukskonst inte påtagligt skiljer sig från de krav som i andra fall krävs för upphovsrättsligt skydd. Skyddsomfånget begränsas dock när en produkt inte uttrycker en särskilt hög grad av originalitet trots att den uppfyller kraven för upphovsrättsligt skydd.²¹³

I NJA 1995 s. 164, ”Stickad tunika”, uttalade HD att en produkt vars formgivning enbart bygger på fackkunskap, god smak och enkla variationer av välkända modeidéer av en mer rutinartad sort inte kan erhålla upphovsrättsligt skydd. Det lyftes dock även problemet i att det finns en betydande tveksamhet när det gäller modevarors erkännande som upphovsrättsliga verk med tanke på deras korta livslängd och brist på uttryck för egentligt nyskapande.²¹⁴

I NJA 1994 s. 74, ”Smultronfallet”, meddelade HD att även om olika formelement som utgör delar av en produkt i sig är kända sedan tidigare hindrar detta inte att den kombination i vilken dessa används är utformad på ett sådant sätt att helheten förtjänar upphovsrättsligt skydd.²¹⁵ I ett annat fall från 2020, B 10087-18 ”Fjällräven”, konstaterade PMÖD att även om funktion har varit viktig vid utformningen av en ryggsäck kan det finnas

²¹³ NJA 2009 s. 159.

²¹⁴ NJA 1995 s. 164.

²¹⁵ NJA 1994 s. 74.

möjlighet till en mängd olika fria och kreativa val som kan ge uttryck för en upphovsmans personlighet.²¹⁶

Tidigare praxis lämnar ett relativt lågt ställt krav för att alster av brukskonst ska skyddas enligt upphovsrätten och i gengäld ett snävare skyddsomfång. Det kan konstateras att bedömningen av originalitet och personligt och individuellt skapande är svår att när det gäller alster som har ett nyttsyfte och ett utseende som delvis präglas av föremålets tekniska funktion eftersom det i många fall är svårt att avgränsa det upphovsrättsliga skyddet.²¹⁷ I följande kapitel kommer de senaste rättsfallen från svensk rätt att diskuteras för att se hur kraven utvecklats och hur läget ser ut idag efter EU-rättens påverkan.

5.2 Daniel Wellington

Daniel Wellington-målet avgjordes i Patent- och Marknadsöverdomstolen (PMÖD) i mars 2019 och således innan Cofemel-avgörandet. Målet gällde klockor och huruvida en klocka kan få upphovsrättsligt skydd. Tvisten rörde härutöver huruvida en liknande klocka från ett annat bolag i sådant fall gjorde intrång i Daniel Wellingtons upphovsrätt.²¹⁸

Daniel Wellington tillverkar och säljer klockor, klockarmband och accessoarer. Den för målet aktuella klockan var en klocka med ett så kallat Nato-armband, dvs. ett randigt armband i ”navy-stil”. Daniel Wellington menade att kombinationen av just den boett och Nato-armbandet i den aktuella klockan var ett konstnärligt verk som var resultatet av skaparen Filip Tysanders (ägare av Daniel Wellington) individuella andligt skapande verksamhet. Bolaget Ur & Penn är ett bolag som bedriver detaljhandel i

²¹⁶ B 10087–18 s. 12.

²¹⁷ Levin (2019) s. 101–102.

²¹⁸ PMT 5885–18 s. 4–5.

klock- och smyckesbranschen. En av de produkter som såldes av Ur & Penn var en klocka med Natoarmband under varumärket William Gregor.²¹⁹

Daniel Wellington menade att William Gregor-klockan (WG-klockan) utgjorde intrång i upphovsrätten till Daniel Wellington-klockan (DW-klockan). Daniel Wellingtons talan byggde på att DW-klockan var upphovsrättsligt skyddad som brukskonst. Bolaget menade att kombinationen av boett och Natoarmband var skyddad dvs. att boetten och Nato-armbandet var för sig inte var skyddade men att kombinationen av dessa delar skulle erhålla skydd enligt upphovsrätten.²²⁰



Till vänster: Daniel Wellingtons DW-klocka och till höger Ur & Penns WG-klocka.

Den tunna boetten och det genomgående ”tunna” intrycket av klockan med minimalistisk urtavla och tunna hållare till bandstiften var något som Daniel Wellington menade utgjorde särskiljande detaljer hos DW-klockan. Det var särskilt i kombination med Nato-armbandet som klockan var särskiljande och Nato-armbandet kom i sin tur i flera olika specifika färgkombinationer. Bland annat dessa detaljer lyftes fram och även att boetten var 40 mm i diameter vilket var stort i jämförelse med boetten på traditionella herrur. Med beaktande av detta ansåg Daniel Wellington att klockan var ett resultat

²¹⁹ PMT 4678–17 s. 2.

²²⁰ Ibid. s. 3–4.

av Filip Tysanders individuella och konstnärliga skapande samt att klockan uppfyllde de krav på originalitet och individualitet som krävs för skydd.²²¹

Ur & Penn menade i sin tur att DW-klockan inte uppfyllde kraven på originalitet, självständighet och individualitet som krävs för att ett alster ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Istället menade Ur & Penn att DW-klockan var en imitation, alternativt enkla variationer av klockor och armband som sedan tidigare var kända förebilder i modebranschen och att klockan därmed inte skiljde sig från vad som tidigare var allmänt känt. Ur & Penn hävdade dessutom att klockans utseende till stor del var bestämd av dess funktion som klocka och att DW-klockan inte var resultatet av en personlig skapande insats.²²²

Vid bedömningen av huruvida DW-klockan utgjorde ett verk i upphovsrättens mening utgick domstolen från de kriterier som EU-domstolen formulerat vilka berördes i föregående kapitel. Filip Tysander hade i målet berättat hur han resonerat när han formgav klockan. Bland annat strävade han efter att välja en boett som skulle vara så bred och platt som möjligt och han eftersträvade att klockan skulle upplevas så tunn och avskalad som möjligt vid valet av samtliga komponenter. Vid förhör med en sakkunnig framkom att det trots att vissa komponenter är nödvändiga för en fungerande klocka finns möjlighet att ge ett armbandsur en individuell särprägel exempelvis genom val gällande storleken på boetten, boettformen samt val av material och färg. Den sakkunnige menade vidare att DW-klockan hade en egen profil bland annat genom att urtavlans diameter var ovanligt stor och de minimalistiska elementen lyfte fram den stora urtavlan. Domstolen fann mot bakgrund av detta att ”Filip Tysanders egna val var såväl fria som kreativa i sådan utsträckning att det skulle kunna vara fråga om en intellektuell skapelse”.²²³

²²¹ PMT 4678–17 s. 10.

²²² Ibid. s. 6.

²²³ PMT 5885–18 s. 9.

PMÖD hänvisade i sina domskäl till de kriterier som fanns i dåvarande EU-praxis (bland annat Painer och Infopaq). PMÖD skulle därmed bedöma huruvida DW-klockan som helhet är originell i den meningen att den är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Mot bakgrund av Filip Ysanders berättelse om sin utformning av klockan fann PMÖD att han vid skapandet hade gjort sådana egna fria och kreativa val att klockan var hans egen intellektuella skapelse. Att DW-klockan gav ett platt och tunt uttryck och att utformningen gjorde att klockan uppfattades som större än vad den var gav stöd för att Filip Tysanders valt samtliga komponenter för att klockan skulle upplevas så tunn och avskalad som möjligt.²²⁴

Trots att det fanns flera exempel på redan kända klockor med liknande boetter och klockor med s.k. Nato-armband fann PMÖD att Filip Tysander vid skapandet av DW-klockan gjort sådana egna fria och kreativa val att klockan var hans egen intellektuella skapelse. Bland annat mot bakgrund av att tidigare klockor med Natoarmband hade ett annat, avtagbart, originalarmband och endast använde natoarmbandet för att stilmässigt bryta av mot originalbandet. Filip Tysander å andra sidan hade valt att utforma klockan för att passa själva Nato-armbandet. PMÖD ansåg originalitetskriteriet uppfyllt och erkände upphovsrättsligt skydd till DW-klockan.²²⁵

Slutsats

Mot bakgrund av att skaparen av klockan haft egna val gällande utformningen som inte var betingade av den tekniska funktionen och att dessa val ansågs fria och kreativa och återspeglade av hans personlighet ansågs DW-klockan erhålla skydd. Detta trots att det fanns flera exempel på redan kända liknande klockor. Domstolen ansåg att skaparen trots detta skapat ett verk och att kombinationen av tidigare kända element med hänvisning till tidigare praxis inte utgjorde ett hinder för detta. En anledning till att valen ansågs fria och kreativa var att vissa element av klockan skiljde

²²⁴ PMT 5885–18 s. 10.

²²⁵ Ibid. s. 10.

sig från hur klockor utformats tidigare, bland annat gällande storlek och tunnhet.

5.3 Jaguar C-type

Den 11 december 2020 meddelade Patent- och marknadsdomstolen (PMD) en dom som gällde upphovsrätt till brukskonst. Målet gällde bilar och replikor av kända bilmodeller. Jaguar Land Rover Limited är ett bolag som bland annat tillverkar och säljer lyx- och sportbilar under kännetecknet Jaguar sedan 1930-talet. Sedan ett par år tillbaka har bolaget börjat nyttillverka och sälja klassiska och ikoniska bilmodeller från 1950-talet. Jaguar gjorde gällande att motparterna, bolaget Creare Form AB och svarandena KM och AC, hade drivit ett kommersiellt projekt avseende tillverkning av replikor av modellen Jaguar C-type. Motparterna invände bland annat att projektet endast avsåg ett privat hobbyprojekt. De för målet väsentliga frågorna var huruvida Jaguar C-type hade upphovsrättsligt skydd, om Jaguar var innehavare av upphovsrätten samt om svarandena genom projektet gjort intrång i den påstådda upphovsrätten till Jaguar C-type.²²⁶



Bilmodellen Jaguar C-type.

²²⁶ PMT 15833–18 s. 6.

I frågan gällande huruvida Jaguar C-type kunde kvalificeras som ett upphovsrättsligt verk resonerade domstolen enligt följande. Inledningsvis behövde diskuteras huruvida bilmodellen var originell vilket bedömdes med utgångspunkt bland annat i Painer-målet²²⁷ och rekvisiten gällande skaparens möjlighet att uttrycka sin kreativa kapacitet genom att göra fria och kreativa val. Eftersom formgivaren Malcolm Sayers gick bort år 1970 fick domstolen beakta vad han enligt andra hade uppgett om vilka överväganden han gjorde samt vilka instruktioner och begränsningar som han hade vid utformningen.²²⁸

Bilmodellen skapades för att vinna en tävling och det är därmed självklart att höga krav ställdes på bilens funktion vilket till viss grad begränsade formgivningen. Men det ansågs inte av domstolen vara så att detta innebar en inskränkning i formgivaren Malcolm Sayers möjligheter att göra fria och kreativa val. Domstolen beaktade härutöver att de övriga bilar som deltog vid samma tävling uppvisat skilda former trots att dessa formgivare fick antas ha samma ambition att vinna tävlingen som Sayers. Det faktum att det aktuella föremålet var en bil ansågs inte utgöra ett hinder för att Sayers kunnat göra fria och kreativa val och detta motiverades med det nya avgörandet Brompton Bicycle från EU-domstolen.²²⁹

Domstolen ansåg att utredningen gav stöd för att Sayers hade haft *utrymme för fria och kreativa val* vid utformningen av bilen och att han inte hade grundat utformningen på enbart funktionella överväganden. Det faktum att målet för Sayers var att skapa en snabb bil, menade domstolen inte uteslöt att Sayers kombinerat detta funktionella syfte med konstnärliga sådana. Trots att Sayers beskrivit sig själv som aerodynamiker och inte designer ansåg domstolen att detta inte uteslöt att han ändå haft konstnärliga

²²⁷ PMT 15833–18 s. 29; C-145/10 *Painer*.

²²⁸ PMT 15833–18 s. 29.

²²⁹ PMT 15833–18 s. 30; C-833/18 *Brompton Bicycle*.

ambitioner. Domstolen gick därefter in på bedömningen av bilmodellens verkshöjd för att bedöma huruvida Jaguar C-type fått en individuell särprägel. Vid en jämförelse med tidigare bilmodeller på marknaden och framförallt en modell XK120 menade domstolen att det fanns vissa likheter men att Jaguar C-type gav ett intryck som inte enbart på detaljnivå skiljde sig från den andra modellen. Bland annat lyftes Jaguar C-types rundare former och intryck fram som utmärkande i utformningen av bilens olika delar. Utöver de olika delarna av bilen som utmärktes av den runda formgivningen skiljde sig formspråket och det helhetsintryck som de väsentliga formelementen skapade tydligt från de bilar som kom före Jaguar C-type.

Domstolens slutsats var att Jaguar C-type uppvisade avgörande skillnader i detaljer och som helhetsintryck vilket innebar att den ansågs uppfylla de krav på individualitet och originalitet som krävs för verkshöjd. Jaguar C-type ansågs av domstolen vara en originell formgivning som skapats till följd av Sayers fria och kreativa val och att den därmed skyddas av den svenska upphovsrätten.²³⁰

Slutsats

Vid bedömningen av en produkt med ett tekniskt syfte behöver det inledningsvis utredas huruvida det funnits utrymme för fria och kreativa val och att formens utseende inte endast är bestämd efter funktionen. Domstolen ansåg att det trots att bilen var utformad för att kunna åka snabbt fanns utrymme över för att göra fria och kreativa val bland annat mot bakgrund av att det fanns andra bilar som formgivits på ett annat sätt till samma tävling.

²³⁰ PMT 15833–18 s. 31–32.

6 Upphovsrätt till brukskonst i dansk rättspraxis

6.1 Bakgrund

Vissa anser att synen på upphovsrätt och originalitetskrav till formgivning inom dansk rättspraxis är den mest liberala bland de nordiska länderna.²³¹ Det har noterats att det i de danska fallen sällan hänvisas direkt till tidigare dansk praxis utan att domstolen främst hänvisar till EU-rättslig praxis i bedömningarna. Det finns dock exempel på tidigare danska fall som behandlar upphovsrätt till brukskonst. De mest avgörande fallen på detta område är två mål från Højesteretten i Danmark vilka både gällde upphovsrätt till stolar.²³² Det ena gällde barnstolen ”Tripp Trapp” och det andra gällde Arne Jacobsen-stolen ”Ant Chair”. I båda fallen ansågs stolarna uppfylla kravet för upphovsrättsligt skydd men domstolen slog också fast att upphovsrättsskyddet för brukskonst var särskilt snävt och intrång begränsades till att endast omfatta ”nära imitation”.²³³ År 2014 kom ett nytt avgörande gällande Tripp Trapp-stolen i vilket det kan noteras en skillnad i hur detaljbeskrivningen och helhetsintrycket av stolen beskrivs från hur det såg ut 2001.²³⁴ Dansk praxis anses å ena sidan var generös gentemot alster av brukskonst men samtidigt har skyddsomfånget betraktats som snävt. Den ”låga” tröskeln för skyddet kombinerar således med ett snävare skyddsomfång.²³⁵

Den 10 juni 2020 avgjordes ett mål i Højesteret (danska högsta domstolen), Ilse Jacobsen, som rörde kravet på originalitet inom upphovsrätten. Bara dagen efter, den 11 juni 2020, avgjordes ett mål i Østre Landsret (danska

²³¹ Schovsbo (2020) *Design Protection in the Nordic countries: Welcome to the smörgåsbord* s. 335.

²³² Ibid. s. 333.

²³³ Ibid. s. 333.

²³⁴ Mikkelsen (2017) s. 54.

²³⁵ Schovsbo (2018) s. 117–118; Schovsbo (2020) *Copyright and design law: What is left after all and Cofemel?* s. 280.

hovrätten) gällande samma fråga, Anne Black-målet. Nedan kommer båda domarna att redovisas vilket sedan kommer ligga till grund för jämförelsen i nästa kapitel. Det är endast den upphovsrättsliga bedömningen som kommer att redogöras för och intrångsfrågan kommer således inte behandlas.

6.2 Ilse Jacobsen

Den 10 juni 2020 meddelades en dom i Højesteret i Danmark.²³⁶ Målet rörde möjligheten till upphovsrätt till ett par gummistövlar och huruvida ett liknande par gummistövlar utgjorde intrång i upphovsrätten. De för målet aktuella gummistövlarna (RUB 1) var designade av designern Ilse Jacobsen år 2000 och lanserades på marknaden 2001. Stövlarna var svarta med röda skosnören. Företaget Morsø Sko Import A/S tillverkade ett par gummistövlar (VRS-stövlarna) som började säljas 2015 till ett avsevärt lägre pris än Ilse Jacobsens stövlar. VRS-stövlarna ansågs av Ilse Jacobsen utseendemässigt vara en kopia av RUB 1-stövlarna då de bl.a. hade samma färg och samma antal snörningar. Ilse Jacobsen menade att helhetsintrycket utgjorde en kopia trots att det fanns vissa skillnader i utseendet och kvalitémässigt mellan stövlarna.²³⁷



Till vänster i bild ses Ilse Jacobsens stövlar och t.h. Morsø Sko Imports stövlar.

²³⁶ Højesterets dom af 10 juni 2020 i sag BS-7741/2019-HJR [Ilse Jacobsen].

²³⁷ Sø- og Handelsrettens dom af 24. November 2016 i sag V-25-15 [Ilse Jacobsen första instans].

Ilse Jacobsen menade att hennes stövlar var designade helt fritt utifrån hennes egna tankar. Hon valde särskilt ut material och gummi efter sin egen idé och eftersom hon ville att RUB 1-stövlarna skulle likna läderstövlar. Uttrycket av stövlarna skulle skilja sig från vad som tidigare setts och upplevas som slankare och hon menade att hon gjorde många val för att formgivningen skulle få den ”look” som hon hade tänkt. RUB 1-stövlarna ansågs dessutom vara ikoniska och det framhövdes att stövlarna ställts ut på museer i flera städer runtom i världen.²³⁸

Vid Højesterettens bedömning av huruvida Ilse Jacobsens stövlar uppfyllde kraven för upphovsrättsligt skydd utgick domstolen från flera EU-rättsliga avgöranden. Domstolen hänvisade i domen till flera av de tidigare EU-rättsliga riktlinjer som togs upp under avsnitt 4.1 gällande hur verk ska bedömas och definieras (bland annat Painer och Infopaq). Mot bakgrund av EU-rättens praxis utredde domstolen för det första huruvida stövlarna kunde anses kvalificeras som verk i upphovsrättens mening. Gällande denna bedömning hänvisade domstolen även till det Cofemel. Domstolen belyste den skillnad mellan mönster- och upphovsskyddets syfte som EU-domstolen berörde i Cofemel och faktumet att en estetisk effekt inte i sig gör det möjligt att avgöra om det är resultat av en intellektuell skapelse och ett uttryck för upphovsmannens personlighet och därmed uppfyller kravet på originalitet.²³⁹

Den danska domstolen vilade till stor del på Cofemel-avgörandet och ansåg att vad som däri sades om klädesmodeller även skulle gälla för skor och därmed gummistövlar. I målet fanns ett yttrande från en skönsrätt gällande RUB 1-stövlarna vilken ansåg att stövlarnas design var en kombination av olika element från traditionella gummistövlar med naturgummi. Skönsrätterns bedömning var således att RUB 1-stövlarna designades med inspiration från tidigare kända stövlar, bland annat

²³⁸ Ilse Jacobsen s. 5–8.

²³⁹ Ilse Jacobsen s. 20, C-638/17 *Cofemel*.

”Supergastøvlen” från 1974 och även smala ridstövlar över lag.²⁴⁰

Skønsmåendenes bedømmning var trots detta att RUB 1-støvlarna var ett resultat av kreativa och fria val och gav uttrykk for en sjølvstændig skapende insats.²⁴¹

Mot bakgrund av att en utmärkande estetisk effekt inte anses tillræcklig for att kvalificera ett plagg som verk i opphovsrættens mening enligt Cofemel anså Højesteretten inte att støvlarna oppfyllde kravet på originalitet trots skønsmåendenes uttalande. Støvlarnas design ansågs ikke vara ett resultat av en individuell skapende insats og kunde derfor ikke kvalificeras som ett opphovsrættsligt verk.²⁴²

Slutsats

Om ett alster är inspirerat av tidigare kända produkter och inte utöver detta anses återspegla opphovsmannens personlighet genom ett uttrykk for dennes fria og kreativa val i tillræckligt høg mån anses alstret ikke skyddat av opphovsrættens trots att det utöver sitt funktionella syfte har en utmärkande effekt ur en estetisk synvinkel. Støvlarna ansågs ikke oppfylle dette krav.

6.3 Anne Black

Målet gællde opphovsrætt till brukskonst og en tvist mellom keramikern Anne Black og Ronald A/S og Salling Group A/S. Salling Group A/S är ett danskt företag som driver mataffærer, bl.a. butiken Netto. Frågan hade prøvats tidligere i en undre instans, Sø- og handelsretten (motsvarande den svenska Patent- og marknadsdomstolen) og gællde Anne Blacks produkter omfattande en hængkruka, en vas og en burk/lågekruka. Den avgørende frågan var huruvida Anne Blacks tre næmnda produkter kunde erhålla opphovsrættsligt skydd og om Ronald A/Ss og Salling Group A/Ss

²⁴⁰ Ilse Jacobsen s. 21.

²⁴¹ Ibid. s. 3.

²⁴² Ibid. s. 21.

produkter i sådana fall kunde ansetts ha gjort intrång i upphovsrätten. I underrätten ansågs alla tre produkter erhålla upphovsrättsligt skydd.

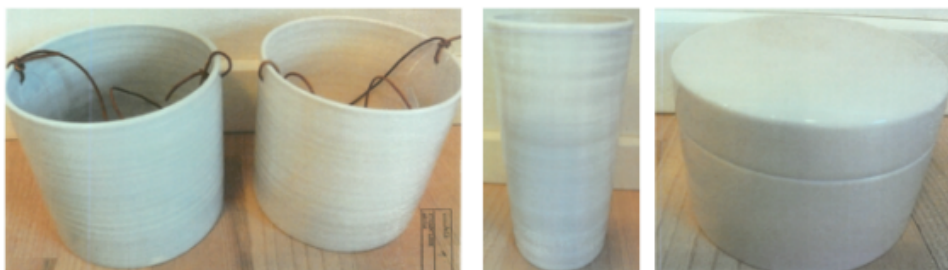


Hängepote, Grow-serien

Vase, Bloom-serien

Lågkrukke, Contain-serien

Bild på den hängande krukkan, vasen och burken i det aktuella fallet. Produkterna designades av Anne Black.



Ronald A/S och Salling Groups A/S produkter som såldes och marknadsfördes för livsmedelsbutiken Netto.

Båda parterna i målet hänvisade till Cofemel-avgörandet som stöd för sin talan. Anne Black menade att produkterna var ett resultat av hennes konstnärliga utveckling såväl gällande form som uttryck och glaseringen av produkterna. Hon menade att hennes produkter kändes igen som lyxiga produkter och som var unika med ett självständigt och personligt uttryck. Anne Black anförde även att det faktum att hennes produkter

uppmärksammats stort både i Danmark och utomlands styrkte detta.²⁴³ Motparten hävdade i sin tur att de designelement som Anne Black använt sig av var allmänt kända och vanliga inom keramik. En sammansättning av dessa element ansåg motparten mot bakgrund av Cofemel-målet inte kunde uppfylla kravet på originalitet. Vidare menade motparten att utformningen främst bestämts av funktion och att det därmed inte funnits utrymme för fria och kreativa val och därför inte kunde anses avspegla Anne Blacks personlighet.²⁴⁴

I första instans, Sø- og Handelsretten, ansågs Anne Blacks produkter ha ett *minimalistiskt, harmoniskt och lugnt* uttryck och produkterna ansågs vara ett uttryck för Anne Blacks egen intellektuella skapelse. Detta stöddes även av skønsrådets bedömning.²⁴⁵ I Østre Landsrettens bedömning togs hänsyn till skønsrådets bedömning från Sø- og Handelsretten vilken var att Anne Blacks produkter var av minimalistisk design och att produkterna tillsammans utgjorde ett samlat ”universum”. Hängkrukan ansågs av Landsretten ha en speciell prägel på grund av de dämpade färgerna och porslinsliknande glaserings. Landsretten ansåg att trots att designelementen användas i utformningen var kända sedan tidigare var sättet på vilket dessa kombinerats och sammanfogats i kombination med övriga detaljer sådant att de gav produkten ett särskilt uttryck som skiljde sig från tidigare produkter. Hängkrukan ansågs därför vara ett uttryck för Anne Blacks egna intellektuella skapande.²⁴⁶ Något som domstolens härvid lyfte i sin bedömning var att olika element av utformningen hade kunnat göras på andra sätt. Exempelvis hade spår från tillverkningen sparats på hängkrukan och det lyftes även att det fanns andra, alternativa upphängningar och andra färgscheman och glaserings. Det var delvis mot bakgrund av denna aspekt som hängkrukan ansågs skyddad enligt upphovsrätten.²⁴⁷

²⁴³ Anne Black s. 34.

²⁴⁴ Ibid. s. 25.

²⁴⁵ Anne Black första instans s. 100.

²⁴⁶ Anne Black s. 39.

²⁴⁷ Ibid. s. 39.

Landsretten ansåg däremot inte att vasen skiljde sig på samma sätt från vad som tidigare var känt att den kunde anses vara ett uttryck för Anne Blacks egen intellektuella skapande och vasen erhöll därmed inget upphovsrättsligt skydd. Lågkrukan ansågs inte heller skilja sig från vad som tidigare hade setts på sådant sätt att den kunde betraktas som ett uttryck för Anne Blacks egen intellektuella skapelse och därmed skyddas enligt upphovsrätten.²⁴⁸

Det som kan vara värt att nämna är att Anne Black innan saken avgjordes i dansk domstol förde debatter på sociala medier²⁴⁹ gällande intrångsfrågan vilket resulterade i att frågan togs upp i dansk press och många i Danmark engagerade sig i frågan.²⁵⁰ Bland annat gick Förbundet för arkitekter och designers i Danmark (Forbundet arkitekter og designere) ut med att de stöttade Anne Black inför rättegången i Landsretten.²⁵¹

Slutsats

Skillnaden mellan första och andra instans var att endast hängkrukan ansågs skyddad i andra instans. Landsrettens bedömning grundade sig på att hängkrukan utmärkte sig från vad som tidigare var känt och ansågs ha en speciell prägel och utformning som var ett uttryck för Anne Blacks intellektuella skapande. Bland annat lyftes i originalitetbedömningen att det fanns alternativa formgivningsmöjligheter. Lågkrukan och vasen ansågs inte skilja sig från vad som tidigare var känt på så sätt att det kunde betraktas som hennes intellektuella skapelse.

²⁴⁸ Anne Black s. 40.

²⁴⁹ Bland annat genom ett inlägg på Facebook den 4 april 2016 med titeln ”Jeg føler mig...kopieret! NETTO påstår hårdnakket at de ikke sælger kopiera f mit design. Like og del gerne hvis du er uenig med Netto. Kh Anne”. Hon lade även upp samma video på youtube.com den 4 april 2016 under titeln ”Anne Black om Kopier”.

²⁵⁰ <https://ipkitten.blogspot.com/2019/09/anne-black-copyright-dispute.html>, Hämtat 18 september 2020.

²⁵¹ <https://faod.dk/faod-traeder-ind-som-stoette-for-anne-black-i-afgoerende-sag-mod-netto/> Hämtat 14 december 2020.

7 Jämförande diskussion och slutsats

7.1 Tidslinje

Inledningsvis, för att tydligare få en överblick över domarna, kan följande bild ställas upp för att ge en tidsuppfattning:

22 mars 2019 – Daniel Wellington	(PMÖD)
12 september 2019 – Cofemel	(EUD)
10 juni 2020 – Ilse Jacobsen	(Højesteret)
11 juni 2020 – Anne Black	(Østre Landsret)
11 juni 2020 – Brompton Bicycle	(EUD)
11 december 2020 – Jaguar C-type	(PMD)

7.2 Komparation

Det finns intressanta inbördes skillnader mellan de svenska och danska avgörandena. Vad gäller de danska domarna meddelades dessa inom loppet av två dagar vilket gör det intressant att titta på deras respektive bedömningar som logiskt sett bör likna varandra i grunden då förutsättningarna för den rättsliga bedömningen var likadana vid denna tidpunkt. Båda domstolarna hänvisar till Cofemel som stöd för sina respektive avgöranden och trots detta har den ena domstolen kommit till slutsatsen att den för målet aktuella produkten erhöll skydd och den andra till det motsatta. Det gällde i och för sig vitt skilda produkter men båda produkterna var alster som till viss del var utformade efter sin funktion och dessutom föremål som klassiskt sett inte diskuterats inom ramen för upphovsrätt. En intressant aspekt av bedömningen i Anne Black är vikten

som läggs på *alternativa formgivningsmöjligheter för samma tekniska resultat*. En anledning till att den aktuella hängkrukan ansågs uppfylla EU-rättens kriterier för originalitet var det faktum att det fanns andra sätt att utforma upphängningen och även utseendet på krukans ytskikt/glasering än det som Anne Black hade valt. Slutsatsen blir således att eftersom det fanns andra sätt att utforma produkten var utformningen inte bestämd enbart av funktion och därmed istället något som berodde av upphovsmannens fria och kreativa val. Den här sortens resonemang var emellertid något som togs upp i Brompton Bicycle som något som *inte* bör läggas till grund för *originalitetsbedömning* och som inte i sig kan avgöra om produkten är ett uttryck för upphovsmannens *personlighet* och *fria och kreativa val*.

Resonemanget kring alternativa formgivningsmöjligheter fördes däremot inte i Ilse Jacobsen-målets domskäl vilket skiljer de båda danska målen åt. I denna aspekt av domen bör Anne Black-avgörandet lämnas utan avseende eftersom Brompton-målet, från och med samma dag slog fast att ett sådant resonemang inte ska föras vid originalitetsbedömningen. Ett sådant resonemang bör i alla fall i sig inte innebära originalitet. Det ter sig i min mening logiskt att se på kriteriet på detta sätt eftersom det är upphovsmannens skapande, personlighet och kreativitet som ska ligga till grund för bedömningen och alternativa formgivningar får ses som utomstående faktorer. Jag anser däremot att ett sådant resonemang kan säga något om det funnits *utrymme* för kreativa val. Resultatet av Brompton Bicycle-avgörandet blir således att Anne Black-domen samma dag som den meddelades i viss mån blev överspelad. Två av Anne Blacks produkter som skyddades enligt första instans ansågs inte skyddade enligt andra instans. Det verkar delvis vara själva upphängningen som var avgörande vilket är anmärkningsvärt med tanke på att just upphängningen till stor del måste vara funktionellt betingad. Produkternas originella ”yta” borde enligt domstolens slutsats gällande hängkrukan innebära fria och kreativa val. Om hängkrukans upphängning var det som gjorde formgivningen originell och därmed uteslöt att de övriga produkterna uppfyllde kravet är detta i min

mening inte i linje med EU-rätten då funktionella överväganden inte kan ges skydd.

Alternativa formgivningsmöjligheter diskuteras indirekt i det svenska Jaguar-målet genom att det lyfts att de övriga bilarna i tävlingen hade andra former vilket domstolen beaktade i sin bedömning. Indirekt innebär den aspekten att de övriga formerna visade att den aktuella formen inte var nödvändig för sin tekniska funktion. Det utvecklas inte vidare i vilken grad denna aspekt låg till grund för originalitetsbedömningen men det finns ingenting som direkt tyder på att det låg till grund för bedömningen. De alternativa formgivningsmöjligheterna nämns i ett stycke som rör funktionalitet och utrymme för kreativa val och inte i samband med upphovsmannens personliga uttryck vilket styrker att det används på samma sätt som i Brompton. Min uppfattning är dock att alternativa formgivningsmöjligheter för samma tekniska funktion ska användas väldigt restriktivt. Som jag tolkar Brompton kan detta inte avgöra hur formgivaren gjort sina formmässiga val. Jag anser att Jaguar är i linje med Brompton men att bedömningen är på gränsen. Det ska bli intressant att se hur utgången blir i nästa instans och hur resonemanget kring alternativa formgivningsmöjligheter förs där. Jag anser att utgången bör bli densamma eftersom de fria och kreativa valen har uppvisats.

Vad gäller Ilse Jacobsen anser jag att den ligger i linje med Cofemel och i förhållande till den generösa tillämpningen i Anne Black ter sig tolkningen desto snävare i Ilse Jacobsen-domskälen. Det faktum att Ilse Jacobsen visade att hon vid utformningen av stövlarna gjorde estetiska överväganden behöver i sin tur inte innebära att det kvalificeras som ett konstnärligt verk. Trots att denna bedömning kan anses betydligt stramare än den i Anne Black-målet anser jag den mer förenlig med EU-rättens åtskillnad mellan estetik och originalitet. Bromptons kriterier gällande teknisk funktion nämner inget som i min mening hade kunnat ändra utgången i Ilse Jacobsen-målet eftersom de formgivningselement i stövlarna som inte är beroende av

funktionen är så pass små och simpla att det inte mot bakgrund av Brompton bör anses ge utrymme för fria och kreativa val i det aktuella fallet.

Jag anser att Cofemel spelar en *avgörande roll* i Ilse Jacobsen eftersom domskälen nästan enbart vilar på Cofemel. Trots att sakkunniga, skønsmånderne, var av tydlig uppfattning att Ilse Jacobsen gjort uttryck för fria och kreativa val tog domstolen beslut i motsatt riktning mot bakgrund av EU-rätten. För att jämföra detta med bedömningen i Daniel Wellington anser jag att det i den svenska domstolen lades större vikt vid den sakkunnige. Sett i ljuset av Cofemel går Daniel Wellington- och Ilse Jacobsen-bedömningarna isär. Daniel Wellington är inte i linje med Cofemel och jag vill mena att Cofemel-avgörandet hade gjort en avgörande skillnad i Daniel Wellington-målet om det istället avgjordes idag. Vikten på den sakkunniges bedömning och den estetiska utformningen hade balanserats mer mot originalitetskravet och jag anser att det prejudicerande värde som Daniel Wellington-domen hade, i och med Cofemel, nu är betydligt reducerat. Ilse Jacobsen å andra sidan är i linje med EU-rätten och tillämpar en mer lämplig, restriktiv syn på estetiskt uttryck.

Trots att Daniel Wellington-målet avgjordes innan Cofemel-avgörandet har PMÖD ändå resonerat i liknande banor gällande estetik. Domstolen finner att en ren estetisk bedömning inte ska göras vilket är i linje med EU-domstolens resonemang. I Cofemel-målet förs däremot ett resonemang gällande relationen mellan estetisk och originalitet. Det är ett resonemang som inte känns igen i de fall som kom innan Cofemel-avgörandet. Domstolen lyfter vikten av att särskilja mellan estetik som något ”skönt” och den *originella* estetik som är ett uttryck för upphovsmannens *personlighet*. Faktumet att estetik inte i sig kan göra det möjligt att fastslå originalitet är därför en intressant tanke. I Daniel Wellington-avgörandet anser jag att kriteriet gällande estetik inte behandlas på det sätt som Cofemel-målet hänvisar och till domstolens försvar avgjordes detta som sagt innan vägledningen fanns. Det som däremot är intressant i sammanhanget är att Daniel Wellington-målet inte innehåller något yttrande från Svensk

Forms Opinionsnämnd. Frågan är om ett yttrande hämtades in av käranden med förbehållen sekretess och sedan valdes att inte användas då nämnden inte fann klockan upphovsrättsligt skyddad. Ett alternativ är att Daniel Wellington inte ansåg det nödvändigt med ett yttrande från SFO eftersom de hade en sakkunnig inom klocktillverkning. Med tanke på Svensk Forms Opinionsnämnds generösa syn på andra tekniska produkter (exempelvis ficklampor²⁵²) är det i min mening förvånande att inte Daniel Wellington valde att begära ett yttrande till stöd för sin talan.²⁵³

En genomgående företeelse i både de svenska och de danska fallen är vikten som läggs vid vad som tidigare är sett på marknaden. I Daniel Wellington-målet används exempelvis en sakkunnig inom klockor och i de danska fallen används de s.k. skønsmænden för att utreda tidigare kända produkter. Begreppet ”prior art” kan översättas med ”tidigare känt” och används exempelvis inom patenträtten.²⁵⁴ Patent meddelas endast om uppfinningen i fråga är ny i förhållande till vad som blivit känt före dagen för patentansökan.²⁵⁵ Detta är däremot inget som det finns krav på inom upphovsrätten där det endast krävs ett visst mått av särprägel. Det är därmed en intressant skillnad mellan de nationella och de EU-rättsliga fallen att olika mycket vikt läggs vid detta. Att Daniel Wellington endast använder en sakkunnig inom klockor som gör en bedömning av hur klockan förhåller sig till tidigare kända klockor kan liknas vid den ”prior art”-bedömning som används inom patenträtten. Det säger däremot ingenting om huruvida klockan uppfyller originalitetskravet. I avgöranden från EU-domstolen läggs viss betydelse vid vad som tidigare var känt för att avgöra om upphovsmannen kunnat beakta tidigare kända alster och därmed inte lyckats skapa ett alster som är tillräckligt individuellt och särpräglat. Det läggs däremot ingen vikt vid att detta i sin tur innebär att alstret mot bakgrund av det uppfyller originalitetskravet.

²⁵² NJA 2009 s. 159.

²⁵³ Det kan poängteras att de vann målet ändå så de behövde uppenbarligen inget yttrande.

²⁵⁴ Jfr <https://www.epo.org/learning/materials/inventors-handbook/novelty/prior-art.html>
Hämtat den 17 december 2020.

²⁵⁵ Patentlag (1967:837) 1 kap 2 §.

I samtliga utvalda fall från Sverige och Danmark tittar domstolen på tidigare förekommande alster av samma slag. Det bör enligt mig göras en åtskillnad mellan *hur* man använder tidigare kända alster i bedömningen. Om en produkt *inte* skiljer sig från tidigare kända produkter kan detta användas som ett argument för att alstret *inte* är *särpräglad* i den mån att den uppfyller kravet på verkshöjd. Om produkten däremot tydligt skiljer sig från tidigare kända produkter bör detta *inte* användas som ett argument för att produkten *per se är originell* i upphovsrättens mening på så sätt att den återspeglar upphovsmannens personlighet. Originaliteten ligger i skapandet och de fria och kreativa valen. Endast det faktum att alstret skiljer sig från tidigare verk är inte ett svar på frågan huruvida produkten är ett verk. På samma sätt som jag anser att hängkrukan i Anne Black inte ska ges skydd endast baserat på att den skiljer sig från vad som tidigare var känt bör inte lågkrukan och vasen avvisas endast på grund av att det inte anses skilja sig lika mycket från vad som tidigare var känt. En originalitetsbedömning av formgivningen bör mot bakgrund av EU-rätten ske för alla dess produkter.

I Jaguar används däremot tidigare kända produkter i bedömning på ett sätt som är mer i linje med EU-rätten. Faktumet att andra bilar som deltog i samma tävling hade annan form kan säga något om att det funnits utrymme för att göra fria och kreativa val men ingenting om originalitet. Domstolen beaktade att eftersom andra bilar såg annorlunda ut kan det funnits *utrymme* för att utforma bilen efter andra syften än det funktionella. Enligt Brompton ska detta däremot inte vara avgörande för bedömningen av vägledande faktorer vid formgivarens val. Vad gällde bedömningen av de fria och kreativa valen i Jaguar användes andra aspekter för att avgöra huruvida formgivningen uppfyllde originalitetskravet, exempelvis skaparens *konstnärliga ambitioner*. På så sätt användes inte alternativa formgivningsmöjligheter som grund för bedömningen av fria och kreativa val. En liknande bedömning anser jag däremot inte skedde i Daniel Wellington. Bedömningen av huruvida skaparen gjort fria och kreativa val som återspeglat dennes personlighet tycker jag lade alldeles för mycket

fokus på att klockan skiljde sig från andra klockor och därmed var originell. Vilket i förhållande till EU-rätten är en felaktig slutledning. Endast det faktum att klockan är ”större” än övriga klockor och ger ett ”tunnare intryck” kan inte i sig avgöra om det uppfyller originalitetskravet.

Av de utvalda fallen är det i min mening Jaguar och Ilse Jacobsen som förhåller sig mest i linje med EU-rätten då deras bedömningar har grundat sig på liknande tolkningar av rekvisiten som EU-domstolen har gjort. I båda domarna görs en bedömning av upphovsmannens fria och kreativa val som är skild från en estetisk bedömning och de funktionellt betingade formelementen hindrar inte denna originalitetsbedömning. Jag är dock något tveksam till resonemanget i Jaguar gällande alternativa formgivningsmöjligheter för samma tekniska resultat. Det står att domstolen beaktar detta men Brompton slår fast att detta inte ska vara avgörande i bedömningen av de formmässiga valen.

Daniel Wellingtons prejudicerande värde anser jag reducerat i och med Cofemel och Brompton då bedömningen till för stor del är grundad på estetik och särskillnad från alternativa formgivningsmöjligheter. De kriterier på originalitet som specificerats genom Cofemel och Brompton anser jag hade haft avgörande betydelse om Daniel Wellington hade avgjorts idag. Anledningen till att domen inte håller i dagsläget kan förklaras av att den avgjordes innan de nya avgörandena men rent krasst är det anmärkningsvärt att det under endast två år kan ske så stor skillnad på brukskonstområdet att två nya EU-avgöranden kan ha så stor påverkan på tidigare praxis. En förklaring till detta är enligt mig Sveriges och Danmarks till synes låga verkshöjdskrav som efter detta kanske bör höjas återigen. Det som förvånar mig är den stora skillnaden mellan de två danska avgörandena då jag anser att Anne Black inte förhåller sig lika starkt till EU-praxis som Ilse Jacobsen. En anledning till att Anne Black vann i sitt fall tror jag kan vara att hon helt enkelt var bättre på att motivera hur hennes personlighet kommit till uttryck i produkterna än Ilse Jacobsen var, trots de begränsade utrymmet för fria och kreativa val. Kort sagt var hon bättre på att ”snacka”. Till detta kom det

stora stödet Anne Black hade från sociala medier och olika organisationer. Det är något som inte bör vara avgörande i den rättsliga bedömningen men som jag anser kan ha haft effekt.

Sverige och Danmarks generösa syn på brukskonst är i min mening inte något som nödvändigtvis speglar EU-rätten. Tvärtom anser jag att EU-rätten ger anledning för en något mer restriktiv tillämpning av upphovsrätten för brukskonst med tanke på syftet bakom lagstiftningen.

7.3 Expertorgan

Utvecklingen i praxis från EU-domstolen visar alltmer utförliga och vägledande riktlinjer för bedömningen av begreppet verk och hur det ska tillämpas på brukskonstföremål. Från att historiskt sett inte ens inkluderats av upphovsrätten finns det idag ett system för hur dessa alster ska bedömas och en motivering bakom deras skydd. Svensk Forms Opinionsnämnd bildades för nästan 100 år sedan och i en tid då synen på brukskonst var tveksam och skeptisk. Det var SFO som drev på frågan om brukskonstens inkludering i upphovsrätten i början 1900-talet och var en anledning till lagändringen 1926. Vid denna tid och även under flera efterföljande år fanns det ingen tydlig vägledning vad gäller upphovsrätt till brukskonst. Det fanns motiveringar i propositioner för bakgrunden till brukskonstens inkludering men själva bedömningen av elementen i formgivningarna var ännu inte självklar. Jurister var ovana, tveksamma eller rent utav motstridigt inställda till de nya skyddsobjekten. Mot denna bakgrund var det befogat och därutöver nödvändigt med en expertnämnd, en hedersdomstol med erfarenhet och sakkunnighet på designområdet för att bistå i bedömningen. För att bedöma brukskonst krävs det i min mening nämligen inte bara jurister. Juristerna kan bedöma rättsliga rekvisit men relationen mellan funktion och konstnärlighet kräver en viss förståelse för konstnärligt skapande.

Det som en gång i tiden motiverade införandet och accepterandet av en expertnämnd som ett indirekt prejudicerande organ i svenska domstolar kan sägas vara osäkerheten och tveksamheten i bedömningen av alster av brukskonst. Det fanns ett behov av vägledning gällande synen på dessa alster och huruvida de skulle anses vara konstnärliga verk eller ej. Vägledningen fanns ännu inte i tillräckligt tydlig mån att tillgå i praxis från högsta domstolen i Sverige och inte heller från avgöranden från EU-domstolen. Det går således att både förstå och rättfärdiga införandet av Svensk Forms Opinionsnämnd i en tid då det enda juristerna visste var att brukskonsten numera inkluderades av upphovsrätten men bedömningen och rekvisiten för skyddet fortfarande var otydliga. Däremot ser det rättsliga läget idag annorlunda ut.

Idag finns det vägledande riktlinjer från EU-domstolen gällande originalitet och verkshöjd. Cofemel och Brompton Bicycle tar upp knäckfrågorna gällande bedömningen av *funktionalitet* kontra *konstnärlighet* i fall som gäller brukskonst och ger tydlig vägledning kring hur teknisk funktionalitet och funktionsbetingade element ska värderas. Med dessa rekvisit och kriterier för originalitet är frågan vad expertorganen fyller för funktion. Behovet och syftet som en gång fanns borde försvagas ju tydligare riktlinjer som EU-domstolen utformar i praxis. Danmark har valt att inspireras av Svensk Forms Opinionsnämnd och införa en egen designnämnd. Frågan är om det inte är för sent. Är inte expertorganens roll överspelade vid det här laget? Det finns inget stöd i EU-rätten för expertorgan med särskild ställning i nationell rätt och det är inte heller något som används av EU-domstolen. Jag anser att den historiska utvecklingen däremot stöder införandet av en sådan nämnd – i slutet av 1920-talet vill säga. Det faktum att Danmark nästan 100 år senare väljer att följa Sveriges exempel är däremot i mina ögon inget självklart val. Det är även svårt att se någon väsentlig skillnad mellan designnämndens funktion och de *skønsmænd* som redan existerar och agerar sakkunnig i de upphovsrättsliga frågorna.

Den svenska expertnämnden har förvisso ett starkt branschstöd men stödet från juristerna kan i vissa källor utläsas som tveksamt. Den påstådda inkonsekvensen i deras yttranden kan även i min mening utgöra en osäker faktor vad gäller det prejudicerande värdet i svensk praxis. SFO:s bedömning bör istället ses som en bevisning likt andra uttalanden från sakkunniga och bedömas därefter. Domstolarnas bedömning bör i min mening inte grundas endast eller till stor del på nämndens yttranden utan att det i sådana fall först sker en kritisk granskning av såväl yttrandet som ledamöternas specialkompetens. Ett varierande resultat i yttrandena kan exempelvis bero på vilka ledamöter som för närvarande sitter i nämnden. De bör därmed granskas på samma sätt som övriga sakkunniga granskas i domstol.

Med de nya riktlinjer som presenteras anser jag således att det finns anledning att till viss grad ifrågasätta Svensk Forms Opinionsnämnds relevans. Nämndens yttrande bör i min mening beaktas på samma sätt som all annan bevisning och med samma kritiska värdering. Detsamma gäller den nyligen annonserade danska Designnævnet och dess rättfärdigande. Det finns redan en uppfattning att de danska domstolarna tenderar att lägga alltför stor vikt vid yttranden från skönsmänd istället för egna bedömningar och detta är inte en trend som bör fortsätta eller eskalera i samband med den nya nämndens införande. De svenska och danska juristerna bör kunna göra bedömningar mot bakgrund av de avgöranden som kommit från EU-domstolen de senaste två åren och inte vara *helt beroende* av expertorgan. Det finns med det sagt ingenting som säger att expertorgan inte är nödvändiga, det finns stor anledning att ta hänsyn till deras yttranden. Det bör däremot göras på ett granskande och bevisvärderande sätt.

Det är anmärkningsvärt att Dall Sørensen i Dansk Industri lyfter fram fallet Anne Black som exempel på ett sådant företag som den danska designnämnden kommer att vara till hjälp för vid intrångsprocesser. Anne Black sökte stöd av media och förde diskussioner på sociala medier både innan och efter domstolen avgjorde målet. Det är intressant att spekulera i

huruvida det stöd av media och den breda massan som hon samlade på sig genom kampanjerna på sociala medier hade påverkan på den senare processen i domstol. Man kan hoppas att så inte var fallet då opinion inte ska styra domstolens bedömning men det är omöjligt att säkert veta. Nästa fråga blir om utgången i målet hade förändrats om den danska designnämnden hade existerat vid tiden för avgörandet. Jag vill tro att utgången i målet hade sett annorlunda ut om ett expertorgan hade bedömt produkterna då jag själv inte anser produkterna uppfylla de EU-rättsliga kriterier för originalitet. Jag anser att det helt klart finns utrymme för fria och kreativa val vid utformningen av krukans originalitet är i min mening inte stark nog. Jag vill tro att en expertnämnd hade kommit till samma slutsats men med tanke på det inspirerande organet SFO och dess generositet tvivlar jag på att så hade varit fallet.

7.4 Avslutande kommentarer

Sammanfattningsvis är det genom ny EU-rättspraxis konstaterat att funktionellt betingade alster vars formgivning delvis formats av dess tekniska syfte kan skyddas av upphovsrätten om den även återspeglar upphovsmannens personlighet genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val. Det finns i min mening en motsättning i att EU-rätten tydligt pekar på och poängterar vikten av *fria och kreativa val*, och att förutsättningarna för upphovsrättsligt skydd för brukskonst samtidigt får en alltmer generös tillämpning. Motsättningen ligger i att skyddet innebär ett tillfälligt ”monopol” vilket i sin tur begränsar *andra aktörers* utrymme för kreativa och fria val. Ju fler ensamrätter desto färre fria val kan övriga formgivare göra utan att göra intrång. Den syn på immaterialrätt som växte fram under 1400-talet var strikt ekonomisk och fokus låg på förläggares och boktryckares rätt. Detta står som motsats till frihetstidens liberala tankar om upphovsmannen som andlig skapare och verken som själsliga resultat som

utöver det ekonomiska intresset bör skyddas som en del av upphovsmannens skapande själ.

Att föremål som nästan till helt avgörande del är utformade efter sitt tekniska eller funktionella syfte ska erhålla det längsta och mest ingående immaterialrättsliga skyddet är något som i min mening snarare är att gå tillbaka till 1400-talets syn på verk som något strikt ekonomiskt och konkurrensmässigt skyddsvärt. Med det sagt finns det ingenting som säger att det andliga skapandet och upphovsmannens själ inte kan återspeglas i föremål med funktionellt betingade delar men någonstans måste gränsen dras. Detta svar bör sökas i syftet bakom lagstiftningen: vad är ämnat att skyddas av upphovsrätten och vad är ämnat att skyddas av övriga regelverk – exempelvis patenträtten? Problemet med ett alltför generöst och inkluderande skydd för brukskonst är att den generösa synen på vad som utgör fria och kreativa val kan resultera i att skydda mer än vad upphovsrätten egentligen är menad att skydda.

Detta knyter även an till ett obesvarat problem inom upphovsrätten: vem bör egentligen bedöma upphovsrättsliga verk? Den varumärkesrättslige ”genomsnittlige användaren” ser säkert på både Anne Blacks ”avskalade” kruka och Daniel Wellingtons ”tunna” klocka utan att se vare sig något särpräglad eller originellt. Endast sakkunniga kan identifiera de originella och kreativa valen i dessa formgivningar vilket ger stöd för att en motsvarighet till ”kunnig användare” eller ”fackman” ska användas. Däremot använder sig både Ilse Jacobsen och Anne Black av ”folkets åsikt” som stöd för sin talan då både lyfter att deras produkter *uppmärksammas världen över* som stöd för att produkterna ska anses originella. Att gemene man finner produkterna vackra används därmed som ett argument för att de ska anses uppfylla kravet på originalitet. En sådan argumentation går dock emot EU-rätten som slagit fast att det konstnärliga uttrycket inte ska värderas – även ”ful” konst är konst. På samma sätt kan även en ”vacker” formgivning var uteslutande funktionellt utformad och därmed inte upphovsrättsligt skyddad. Sverige och Danmark har båda utvecklat en syn

på brukskonstskydd som tenderar att bli generös och sätta till synes låga krav på kreativitet. EU-domstolens avgöranden har öppnat upp för fler sorters verk *men* trycker samtidigt på kravet på originalitet.

De senaste EU-rättsliga domarna har slagit fast att en utformning som är betingad av funktion eller som till viss del är nödvändig för att uppnå ett tekniskt resultat *kan* skyddas av upphovsrätten om den samtidigt återspeglar upphovsmannens personlighet genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val. Det som jag däremot anser är viktigt att särskilja är följande två frågor: (1) Har det funnits *utrymme* för kreativa val? (2) Har skaparen faktiskt *gjort uttryck* för fria och kreativa val? Detta är två skilda frågor där (2) *förutsätter* (1) men där (1) inte automatiskt *innebär* att (2) är uppfyllt. Att det funnits utrymme för att göra fria och kreativa val i en formgivning och att skaparen därefter har skapat en *estetisk effekt* måste skiljas från det *intellektuella skapandet*. Särskiljningen mellan estetik och originalitet i upphovsrättens mening är så pass komplex att jag landar i att den bäst lämpade att utgå ifrån i en sådan bedömning inte är ”gemene man” eller en ”genomsnittlig användare” då dessa inte skulle skilja på en vacker kruka och en originell kruka. Detta är en särskiljning som *måste* göras i upphovsrätten. I slutändan är detta en av de främsta anledningarna till att jag anser att expertorganens betydelse kan motiveras i den immaterialrättsliga processen.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Sverige

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

Prop. 1919:3 Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk.

Prop. 1926:2 Förslag till lag om ändrar lydelse av 1, 13, 14 och 23 §§ i
lagen om den 30 maj 1919 (nr 382) om rätt till verk av bildande konst.

Prop. 1969:168 Förslag till mönsterskyddslag.

Danmark

Forslag til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.
Fremsat den 15 januari 1960 af *undervisningsministeren*.

Lovforslag nr. L 15 Fremsat den 4 oktober 2000 af erhvervsministeren,
Forslag til Designlov.

Litteratur

Adamsson, Joakim & Malmstedt, Mattias (2017) i Carani, Christopher (red.): *Design Rights – Functionality and Scope of Protection*, Wolsters Kluwer.

Bernitz, Ulf & Pehrson, Lars & Rosén, Jan & Sandgren, Claes (2017): *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 14 uppl., Jure Förlag.

Bogdan, Michael (2003): *Komparativ rättskunskap*, 2 uppl., Norstedts Juridik.

Harnesk, Linnea (2020): *Design protection in the Nordic countries – looking back and forward*, NIR 2/2020.

Hedfeldt, Erik (1960): *Tankar vid ett lagverks fullbordan*, NIR 3-4/1960.

Hägg, Göran (2008): *Varför dog Bellman? - om upphovsrättens historia*, 2 tryckningen, Föreningen svenska läromedel.

Karnell, Gunnar (1987): *De nordiska strävandena till harmonisering av upphovsrätten*, NIR 1/1987.

Kleinman, Jan (2018) i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur AB.

Lehrberg, Bert (2016): *Praktisk juridisk metod*, 9 uppl., Iusté.

Levin, Marianne (1984): *Formskydd: en rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning*, Liber.

Levin, Marianne (2019): *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, 12 uppl., Norstedts Juridik.

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika (2015): *Grundläggande immaterialrätt*, 3 uppl., Gleerups utbildning.

Mikkelsen, Jens Kruse (2017): *Intellectual Property Law in the Higher Courts in Denmark*, NIR 1/2017.

Nordell, Per Jonas (2005): *Skyddet för funktionellt betingade utstyrselar*, NIR 5/2005.

Nordell, Per Jonas (2016): *Verkshöjd eller originalitet?* Juridisk Tidskrift Nr 1 2016/17.

Olsson, Henry (2015): *Copyright – svensk och internationell upphovsrätt*, 9 uppl., Norstedts juridik.

Peczenik, Aleksander (1974): *Juridikens metodproblem*, Almqvist & Wiksell Förlag AB

Peczenik, Aleksander (1986): *Rätten och förnuftet*, Norstedts Förlag AB.

Plogell, Michael & Ullberg, Erik (2012) i Thorne, Clive (red.): *International Design Protection – A Global Handbook*, Global Law and Business.

Reichel, Jane (2018) i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur AB.

Schovsbo, Jens (1996): *Varemærkeretlig beskyttelse af industrielt design?* NIR 1/1996.

Schovsbo, Jens & Holm Svendsen, Niels (2013): *Designret: designloven med kommentar*, 2 uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Schovsbo, Jens & Rosenmeier, Morten & Salung Petersen, Clement (2015): *Imaterialret*, 4 uppl., Jurist- og Økonomforbundets forlag.

Schovsbo, Jens & Rosenmeier, Morten (2018) i Derclaye, Estelle (red.): *The copyright/design interface: past, present, and future*, Cambridge University Press.

Schovsbo, Jens (2020): *Copyright and design law: What is left after all and Cofemel? – or: Design law in a 'double whammy'*, NIR 2/2020.

Schovsbo, Jens (2020): *Design Protection in the Nordic countries: Welcome to the smörgåsbord*, NIR 2/2020.

Schønning, Peter (2009): *1709-ouverturen*, NIR 1/2009.

Schønning, Peter (2011): *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5 uppl., Karnov Group.

Wainikka, Christina (2016): *Designrätt: de överlappande skydden*, Wolters Kluwer.

Wennersten, Ulrika (2014): *Immaterialrätt och skydd av samhällsideal: en studie av klassikerskyddet i upphovsrätten och undantagen i varumärkesrätten, mönsterrätten och patenträtten för allmän ordning och goda seder*, Juridiska fakulteten Lund.

Wennersten, Ulrika (2019): *Några reflektioner i anledning av Patent- och marknadsöverdomstolens dom i Wellington-målet*, NIR 4/2019.

Wennersten, Ulrika (2020): *Funktionell brukskonst i EU-domstolen*, NIR 2020W6.

Elektroniska källor

Lagkommentarer

Jonshammar, Louise: *Patentlag (1967:837)**, Karnov.

Levin, Marianne: *Mönsterskyddslag (1970:485)**, Karnov.

Olin, Anders: *Lag (1960):729 om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino.

Olin, Anders: *Lag (1960):729 om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk kommentar, 2.2.4 Vissa särskilda verktyper*, Lexino.

Övrigt

AIPPI National and Regional Group Report, Question Q231 (2012): *The interplay between design and copyright protection for industrial products*, Denmark.

Rättsutlåtande åberopade av IKEA – Mål nr T 1421-07: Ulf Bernitz

Rättsutlåtande åberopade av Daniel Wellington - Mål nr 5885-18: Per Jonas Nordell

Rättsutlåtande i Mål nr T 325-94: Marianne Levin.

Länkar:

Dansk Industri: <https://www.danskindustri.dk/om-di/kontakt-os/presse/arkiv/pressemeddelelser/2020/11/nu-bliver-det-nemmere-at-sikre-designrettigheder---danmark-far-et-designnavn/>, Hämtat: 24 november 2020.

Danske Kunsthåndværkere & Designere: <https://dkod.dk/danmark-faar-sit-designnaevn/>, Hämtat: 23 november 2020.

EPO: <https://www.epo.org/learning/materials/inventors-handbook/novelty/prior-art.html>, Hämtat: 17 december 2020.

Forbundet arkitekter og designere: <https://faod.dk/faod-traeder-ind-som-stoette-for-anne-black-i-afgoerende-sag-mod-netto/>, Hämtat: 14 december 2020.

The IP Kat: <https://ipkitten.blogspot.com/2019/09/anne-black-copyright-dispute.html>, Hämtat: 18 september 2020.

Patent- och registreringsverket: <https://www.prv.se/sv/foretagsframjare/kostnadsexempel/kostnadsexempel-for-design/>, Hämtat: 3 januari 2021

Svensk Form: <https://svenskform.se/om-svensk-form/opinionsnamnd/>, Hämtat: 7 december 2020.

World Intellectual Property Organization: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html#>, Hämtat: 30 september 2020.

World Intellectual Property Organization: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne>, Hämtat 13 december 2020

Rättsfallsförteckning

Europeiska Unionen

Europeiska unionens domstol

C-5/08: *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*,
EU:C:2009:465.

C-403/08: *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl.*, EU:C:2011:631.

C-145/10: *Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl.*,
EU:C:2011:798.

C-310/17: *Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV*, EU:C:2018:899

C-683/17: *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA mot G-Star Raw CV*,
EU:C:2019:721.

C-833/18: *SI och Brompton Bicycle Ltd mot Chedech/Get2Get*,
EU:C:2020:461.

Sverige

Högsta domstolen (HD)

NJA 1994 s. 74.

NJA 1995 s. 164.

NJA 2009 s. 159.

Patent- och marknadsdomstolen (PMD)

PMT 4678-17.

PMT 15833-18.

Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD)

PMT 5885-18.

B 10087-18.

Danmark

Højesteret

BS-7741/2019-HJR.

Östre Landsret

BS-48928/2019-OLR.

Sø- og Handelsret

V-25-15.

BS- 1498/2016-SHR.