OTILLBÖRLIGE EFTERBILDNING

OTILLBÖRLIG EFTERBILDNING

Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter

SOU 1987:1

Ur KB:s samlingar
Digitaliserad år 2014
KUNGL. BIBLIOTEKET
National Library of Sweden

OTILLBÖRLIG EFTERBILDNING

Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter

SOU 1987:1

107

Statens offentliga utredningar
1987:1
Justitiedepartementet

Otillbörlig efterbildning

Betänkande av utredningen
om skydd för företagshemligheter
Stockholm 1987

Omslag BIGG, Magnus Günther
ISBN 91-38-09506-8
ISSN 0375-250X
Svenskt Tryck Stockholm 1987 712448

Till
Statsrådet och chefen för
justitiedepartementet

Den 30 augusti 1979 bemyndigade regeringen chefen för justitiedepartementet att tillkalla en särskild utredning med uppdrag att utreda frågor om skydd för företagshemligheter m.m.

Med stöd av bemyndigandet förordnade departementschefen fr.o.m. den 12 september 1979 professorn Carl Martin Roos som särskild utredare, direktören Bo Eklöf, förbundsjuristen Kurt Eriksson, direktören Erik Forstadius, numera expeditions- och rättschefen Jörgen Holgersson, förbundsjuristen Nils Schirren och förbundsjuristen Toivo Öhman som sakkunniga samt numera hovrättsrådet Lennart Grobgeld som sekreterare.

Fr.o.m. den 15 december 1980 förordnades professorn Ulf Bernitz som sakkunnig.

Utredningen avlämnade härefter i november 1983 betänkandet (1983:52) Företagshemligheter.

Efter samråd med representanter för justitiedepartementet bestämdes att frågor om otillbörlig ("slavisk") efterbildning skulle behandlas i ett senare betänkande.

Fr.o.m. den 16 november 1983 entledigades Eriksson, Forstadius, Schirren och Öhman och förordnades som sakkunniga adj. professorn Lars Holmqvist och numera docenten Marianne Levin.

Fr.o.m. den 8 februari 1984 entledigades Eklöf och förordnades i hans ställe direktören Bertil Strömberg som sakkunnig.

Fr.o.m. den 18 juli 1984 förordnades numera departementsrådet Thomas Utterström som sakkunnig.

Utredningen får härmed överlämna betänkandet Otillbörlig efterbildning.

Ett särskilt yttrande har avgivits av Utterström.

Utredningsuppdraget är härmed slutfört.

Stockholm i mars 1987.

Carl Martin Roos

/Lennart Grobgeld

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Förkortningar och litteratur 7

Lagförslag 16

Sammanfattning 18

Summary 24

1 *Inledning* 28

1.1 Utredningens direktiv 28
1.2 Utredningens arbete 29

2 *Närmare om inriktningen och avgränsningen av utredningens arbete* 31

2.1 Otillbörlig efterbildning. Förhållandet till immaterialrätt och konkurrensrätt 31
2.2 Vad skall skyddas? 33
2.3 Förväxlingsbara och öppna plagiat 35
2.4 Vem skall skyddas? 36
2.5 "Counterfeiting" 37
2.6 Sammanfattande synpunkter 39

3 *Svensk rätt* 41

3.1 Inledande anmärkningar 41
3.2 Immaterialrätt 44
3.2.1 Patenträtt 44
3.2.2 Upphovsrätt 48
3.2.3 Mönsterrätt 55
3.2.4 Varumärkesrätt 60
3.3 Konkurrens- och marknadsrätt 67
3.3.1 Lagen med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (IKL) 67
3.3.2 Marknadsföringslagen (MFL) 70
3.3.3 Konkurrenslagen 104
3.4 Påföljder och säkerhetsåtgärder 106
3.4.1 Straff 106
3.4.2 Straffprocessrättsliga säkerhetsåtgärder 106
3.4.3 Civilprocessrättsliga säkerhetsåtgärder 108
3.4.4 Förbud 111
3.4.5 Vite 112
3.5 Tullregler 114

4 *Utländsk rätt* 118

4.1 Dansk rätt 118
4.2 Norsk rätt 125
4.3 Finsk rätt 131
4.4 Tysk rätt 137
4.5 Engelsk rätt 149
4.6 USA-rätt 157
4.7 Fransk rätt 163

5 *Fakta om efterbildning* 170

5.1 Inledning 170
5.2 Den internationella situationen 171
5.3 Varuefterbildning - varor för privat bruk 172
5.4 Varuefterbildning - varor för företagsbruk 177
5.5 Förpackningsefterbildning 178
5.6 Efterbildning av reklam 180
5.7 Avslutande synpunkter 181

6 *Internationellt samarbete* 183

6.1 Pariskonventionen 183
6.2 GATT 184
6.3 WIPO 186

7 *Allmänna överväganden* 188

7.1 Behovet av lagstiftning 188
7.2 Utformningen av ett efterbildningsskydd 193
7.3 Efterbildningsskyddets räckvidd 197
7.4 Den föreslagna lagen i huvuddrag 202
7.5 Förväxling rörande kommersiellt ursprung 205
7.6 Andra typfall av otillbörlig efterbildning 212
7.7 Vilka personer träffas av reglerna? 217
7.8 Skall efterbildningsskyddet uteslutas då formen är funktionell? 219
7.9 Sanktioner och säkerhetsåtgärder 227
7.10 Systematisk placering och processuell handläggning 239
7.11 Reglernas internationella räckvidd 244
7.12 Tullfrågor 248
7.13 Några framtidsperspektiv rörande immaterialrättsligt formskydd 250
7.14 Kostnader 252

8 *Specialmotivering* 254

Lag om otillbörlig efterbildning 254

1 § 254
2 § 270

3 § 271
4 § 274
5 § 275
6 § 277

Särskilt yttrande 280

Bilaga
Varans form som kännetecken 286

FÖRKORTNINGAR OCH LITTERATUR

Förkortningar

a.a	anförda arbete
a.st.	anförda ställe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BrB	brottsbalken
Ds Ju	Departementsserierna, justitiedepartementet
EG	Europeiska Gemenskapen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GRUR	Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
HD	högsta domstolen
IKL	lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens
Innst.	instilling
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KO	konsumentombudsmannen
LU	lagutskottet
MD	marknadsdomstolen
MFL	marknadsföringslagen (1975:1418)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avd. I
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NOp	Näringslivets Opinionsnämnd
ON	Centralhandelskammarens Opinionsnämnd för affärssed
Ot.prp.	proposisjon til odelstinget
prop.	proposition
RB	rättegångsbalken
RH	Rättsfall från hovrätterna
Rt	Norsk retstidende
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SÖ	Sveriges överenskommelser med främmande makter
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Litteratur som citeras i förkortad form:

AIPPI	AIPPI. Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle. Annuaire 1986/III. Congrès de Londres 1986 (8-13 juin 1986). Rapports des Groupes Q 86.

Pirkko-Liisa Aro	Aro, P-L, S.k. slavisk efterbildning och generalklausulen i 1 § IllkonkL enligt finsk opinionsnämndspraxis. NIR 1973 s. 30 ff.
Baumbach-Hefermehl I	Baumbach, A & Hefermehl, W, Wettbewerbsrecht. 14 Aufl. München 1983
Baumbach-Hefermehl II	Baumbach, A & Hefermehl, W, Warenzeichenrecht. 11 Aufl. München 1979.
Bernitz	Bernitz, U, Marknadsrätt. Stockholm 1969.
Bernitz, Svensk marknadsrätt	Bernitz, U, Svensk marknadsrätt. 2 uppl. Stockholm 1986.
Bernitz i Festskrift till Hellner	Bernitz, U, Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare - det glömda rättsområdet. Festskrift till Jan Hellner. Stockholm 1984 s. 115 ff.
Bernitz i NIR 1975	Bernitz, U, Marknadsföringslagen och kännetecknensskyddet. NIR 1975 s. 179 ff.
Bernitz i Svensk rätt i omvandling	Bernitz, U, Konsumentskyddet. Syften, metoder och utvecklingslinjer. Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman, Folke Schmidt. Stockholm 1976.
Bernitz m.fl.	Bernitz, U & Karnell, G & Pehrson, L & Sandgren, C, Immaterialrätt. Stockholm 1983.
Bernitz m.fl., Immaterialrättslagstiftningen	Bernitz, U & Bernitz, Annika Lokrantz & Essén, E W, Immaterialrättslagstiftningen. Stockholm 1979.
Bikoff	Bikoff, J L, Commercial Counterfeiting. NIR 1983 s. 239 ff
Bull-Løchen	Bull, J S & Løchen, C, Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16 juni 1972. Praktisk håndbok. 3 utg. Oslo 1982.

Carlman	Carlman, Holger, Varumärket. Administrativ varumärkespraxis i Sverige. Stockholm 1976.
Chavanne-Burst	Chavanne, A & Burst, J, Droit de la propriété industrielle, 2 éd. Paris 1980.
Dutoit	Dutoit, B, Exposé de synthèse sur la concurrence parasitaire. La concurrence parasitaire en droit comparé. Actes du Colloque de Lausanne. Genève 1981.
Ekelöf II	Ekelöf, P O, Rättegång, andra häftet. 6 uppl. Stockholm 1980.
Christine Fellner	Fellner, C, The Future of Legal Protection for Industrial Design. Oxford 1985.
Finne	Finne, S, Innebär s.k. slavisk efterlikning av annan näringsidkares produkter illojal konkurrens? JFT 1965 s. 30 ff.
Godenhielm	Godenhielm, B, Uppsatser i immaterialrätt. Stockholm och Lund 1983.
Godenhielm i JFT	Godenhielm, B, Huvudlinjerna i de nya nordiska mönsterrättslagarna. JFT 1974 s. 3 ff.
Greffe	Greffe, P & Greffe, F, Traité des dessins et des modèles. Paris 1974.
Gundersen-Bernitz	Gundersen, F F & Bernitz, U, Norsk og internasjonal markedsrett. 1977.
Gärde	Gärde, N & Engströmer, T & Söderlund, E, Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentarer. Stockholm 1949.
Hellner, Skadeståndsrätt	Hellner, J, Skadeståndsrätt. 4 uppl. Stockholm 1985.
Holmqvist	Holmqvist, L, Patenträtt. Stockholm 1976.

Holmqvist, manuset	Holmqvist, L, otryckt manuskript till Varumärkesrätt I.
Hubmann	Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 2 Aufl. München 1969.
IIC Studies	IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Volume 6, German Industrial Property, Copyright and Antitrust Law. Weinheim 1983.
Jacobsson m.fl.	Jacobsson, M & Tersmeden, E & Törnroth, L, Patentlagstiftningen - en kommentar. Stockholm 1980.
Karnov	Karnovs Lovsamling. Kommentarer redigeret af W E von Eyben og Henning Skovgaard. 10 udg. København 1983.
Kivimäki-Ylöstalo	Kivimäki, T M & Ylöstalo, M, Lärobok i Finlands civilrätt. Allmän del. Vammela 1961.
Koktvedgaard	Koktvedgaard, M, Immaterialrets-positioner. København 1965.
Koktvedgaard, Retsbeskyttelse	Koktvedgaard, Retsbeskyttelse av Dansk Møbelkunst i udlandet. København 1969.
Koktvedgaard i NIR	Koktvedgaard, M, Skydd för varu-utstyrsel enligt mönsterrätts-lagen, varumärkeslagen och kon-kurrensrätten. NIR 1983 s. 513 ff.
Krasser	Krasser, R, La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté Economique Européenne, publié par Dr. H.C. Eugen Ulmer, Tome IV, France. München 1972.
Krüger Andersen	Krüger Andersen, P, Markeds-føringsret. København 1978.
Lassen	Lassen, B S, Åndsretten i Knophs oversikt over Norges rett. 8 utg. Oslo 1981.

Marianne Levin	Levin, M, Formskydd. En rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning. Stockholm 1984.
Marianne Levin, Modeprodukter	Levin, M, Formskydd för modeprodukter. Stockholm 1984.
Marianne Levin i NIR 1986	Levin, M, Vad är counterfeiting? NIR 1986 s. 33 ff.
Mäenpää	Mäenpää, M, Illojal konkurrens och god affärssed. Finsk opinionsnämndspraxis. NIR 1967 s. 57 ff och 291 ff.
Olsson	Olsson, A H, Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt. 2 uppl. Stockholm 1978.
Perret	Perret, F, Rapport présenté par Maître François Perret lors du 27ème congrès de la L.I.C.C.D. (Ligue Internationale Contre la Concurrence Déloyale) tenu à BATH en 1982.
Pehrson	Pehrson, L, Varumärken från konsumentsynpunkt. En rättsvetenskaplig studie. Stockholm 1981.
Pehrson i NIR 1983	Pehrson, L, Skydd för varuutstyrsel enligt mönsterrättslagen, varumärkeslagen och konkurrensrätten. NIR 1983 s. 525 ff.
Reiland	Reiland, G, Patenthandboken. Om patentering och patentskydd i Sverige. 4 uppl. Stockholm 1984.
Röed	Röed, R, Mønsterlovens krav om vesentlig forskjell fra kjente mønstre. NIR 1974 s. 64.
Saint-Gal	Saint-Gal, Y, Marques de fabrique et concurrence déloyale. Droit français et droits étrangers. 5 éd. Paris 1982.
Saint-Gal, Concurrence et agissements parasitaires	Saint-Gal, Y, Concurrence et agissements parasitaires en droit français et belge. La concurrence parasitaire en droit comparé. Actes du Colloque de Lausanne. Genève 1981.

Sack — Sack, R, Die Schmarotzerkonkurrenz in der deutschen Rechtsprechung. La concurrence parasitaire en droit comparé. Actes du Colloque de Lausanne. Genève 1981.

Tiedemann — Tiedemann, K, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 2. Besonderer Teil. Hamburg 1976.

Virpi Tiili — Tiili, V, Skydd för varuutstyrsel enligt mönsterrättslagen, varumärkeslagen och konkurrensrätten. NIR 1983 s. 173 ff och 510 ff.

Weincke — Weincke, W, Ophavsret. Reglerne. Baggrunden. Fremtiden. København 1976.

Villars-Dahl — Villars-Dahl, J F, Skydd för varuutstyrsel enligt mönsterrättslagen, varumärkeslagen och konkurrensrätten. NIR 1983 s. 518.

UTREDNINGAR

SVERIGE

1915 års betänkande	Patentlagstiftningskommitténs betänkanden IV. Förslag till lag mot illojal konkurrens m.m.
SOU 1956:25	Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av auktorrättskommittén.
SOU 1958:10	Förslag till varumärkeslag. Betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen.
SOU 1965:61	Mönsterskydd. Betänkande med förslag till lag om mönster m.m. avgivet av mönsterskyddsutredningen.
SOU 1966:71	Otillbörlig konkurrens. Betänkande av utredningen om illojal konkurrens.
SOU 1978:9	Ny konkurrensbegränsningslag. Betänkande av konkurrensutredningen.
SOU 1983:40	Konsumentpolitiska styrmedel - utvärdering och förslag. Betänkande av riktlinjekommittén.
SOU 1983:52	Företagshemligheter. Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter.
SOU 1983:65	Översyn av upphovsrättslagstiftningen. Delbetänkande 2 som behandlar - närstående rättigheter - enskilt bruk - videogram. Betänkande av upphovsrättsutredningen.
SOU 1984:16	Förvärv i god tro. Betänkande av utredningen om godtrosförvärv av stöldgods m.m.
SOU 1985:51	Upphovsrätt och datorteknik. Delbetänkande 3. Betänkande av upphovsrättsutredningen.

DANMARK

Betaenkning nr. 417/1966	Betaenkning vedrørende en ny dansk lov om mønstre.

NORGE

Innst. O. XI (1960-61)	Innstilling fra kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk.
Innst. 1967	Innstilling til lov om mønster.

PROPOSITIONER

SVERIGE

Prop. 1960:17	Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk m.m.
Prop. 1960:167	Förslag till varumärkeslag m.m.
Prop. 1966:40	Förslag till patentlag m.m.
Prop. 1969:168	Förslag till mönsterskyddslag m.m.
Prop. 1970:57	Förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m.
Prop. 1974:4	Förslag till ny firmalag m.m.
Prop. 1975/76:34	Förslag till marknadsföringslag.
Prop. 1976/77:123	Förslag till konsumentkreditlag m.m.
Prop. 1977/78:1 (Del A)	Förslag om ändring i patentlagen m.m.
Prop. 1980/81:84	Förslag till lag om införande av utsökningsbalken m.m.
Prop. 1981/82:152	Förslag till skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång.
Prop. 1981/82:165	Förslag till konkurrenslag.
Prop. 1984/85:96	Förslag till lag om viten m.m.
Prop. 1984/85:110	Konsumenttjänstlag.

Prop. 1984/85:213	Förslag om ändring i marknadsföringslagen m.m.
Prop. 1985/86:79	Förslag till ändring i lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
Prop. 1985/86:86	Förslag till lag om ändring i patentlagen.

NORGE

Ot. prp. 57 (1971 - 72)	Utkast til lov om markedsmisbruk.

LAGFÖRSLAG

Förslag till
Lag om otillbörlig efterbildning

Otillbörliga förfaranden

1 § En näringsidkare som marknadsför en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning kan av allmän domstol förbjudas att fortsätta förfarandet, om detta

1. medför risk för förväxling rörande produktens kommersiella ursprung,

2. har möjliggjorts genom ett förtroendemissbruk,

3. har möjliggjorts genom en avgjutning eller ett annat direkt tillägnande av annans insats,

4. systematiskt riktas mot ett annat företag eller

5. på ett annat motsvarande sätt utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till.

Förbud kan även riktas mot den som framställer, importerar eller lagerhåller en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning när det finns risk för ett sådant förfarande som har angivits i första stycket. Vid bedömning av denna risk får hänsyn även tas till förfaranden som kan äga rum utanför Sverige.

Förbud kan meddelas en anställd hos en näringsidkare och annan som handlar på en näringsidkares vägnar samt var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till handlingen.

2 § Vad som sägs i 1 § om efterbildning av en vara eller dess förpackning skall i tillämpliga delar också gälla efterbildning som avser utformning av reklam, broschyrer, inredning och utstyrsel eller andra liknande inslag i marknadsföring.

Förbud

3 § Ett förbud enligt 1 § eller 2 § kan tidsbegränsas om så är påkallat. Förbudet får utformas så att det endast gäller om en viss föreskrift inte iakttas. Det skall förenas med vite, om detta inte av särskilda skäl är obehövligt.

Talan om förbud får föras av den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats. Talan får även föras av en sammanslutning av näringsidkare eller konsumenter.

Talan om utdömande av vite får föras av den som har ansökt om förbudet. I samband med en sådan talan får talan föras om nytt vitesförbud.

4 § Om käranden visar sannolika skäl för talan om förbud och det skäligen kan befaras att svaranden i väsentlig utsträckning fortsätter med det påtalade förfarandet, får rätten meddela förbud för tiden intill dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har förordnats. Innan ett sådant förbud meddelas, skall svaranden ha fått tillfälle att yttra sig, om det inte är fara i dröjsmål.

Förbud enligt första stycket får meddelas endast om käranden ställer säkerhet hos rätten för skada som kan tillfogas svaranden. Saknar käranden förmåga att ställa sådan säkerhet, får rätten befria honom från detta. I fråga om beskaffenheten av säkerheten gäller 2 kap. 25 § utsökningsbalken. Säkerheten skall prövas av rätten, om den ej har godkänts av svaranden.

När målet avgörs skall rätten pröva om förbud som har meddelats enligt första stycket fortfarande skall bestå.

I fråga om överklagande av beslut enligt första stycket samt i fråga om handläggningen i högre rätt gäller vad som föreskrivs i rättegångsbalken om talan mot beslut enligt 15 kap. rättegångsbalken.

Skadestånd

5 § Den som med uppsåt eller av vårdslöshet har förfarit så att förutsättningar för förbud enligt 1 § eller 2 § är för handen, skall ersätta den skada som har uppkommit för den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats. Ersättningen skall, om inte annat har visats, motsvara vad efterbildaren skäligen kan anses ha sparat in i utvecklings- och marknadsföringskostnader.

Talan om ersättning enligt första stycket får avse skada endast under de fem senaste åren innan talan om skadestånd väcktes. För skada under tiden dessförinnan är rätten till ersättning förlorad.

Säkerhetsåtgärder

6 § Vid meddelande av förbud enligt 1 § kan rätten, på yrkande av den som enligt 3 § andra stycket får föra talan om förbud, besluta att en vara eller en förpackning som avses med förbudet skall, om detta är skäligt, ändras eller förstöras eller att annan åtgärd skall vidtas med den för att förebygga ett fortsatt sådant förfarande som avses med förbudet.

Vad som i första stycket sägs om en vara eller dess förpackning gäller också sådana inslag i marknadsföringen som anges i 2 §.

Denna lag träder i kraft den

SAMMANFATTNING

Pirathandel och varuförfalskning

Det är en vanlig företeelse att produkter av olika slag utsätts för en mer eller mindre närgången efterbildning.

Problemen kring vad som allmänt kan kallas varuförfalskning eller pirathandel har internationell räckvidd. Företeelser av detta slag brukar benämnas "counterfeiting eller "piracy". Det finns ingen entydig definition på "counterfeiting", men en minsta gemensam nämnare synes vara att det gäller utnyttjande av någon annans kännetecken i vidsträckt bemärkelse. Ofta har "counterfeiting" till syfte att vilseleda konsumenten om en varas kommersiella ursprung - med andra ord att lura konsumenten att tro att han köper ett original, då han i själva verket köper en kopia.

Varuförfalskningar har olika effekter. Konsumenterna kan luras att tro att de köper original billigt, då de i själva verket köper från kvalitetssynpunkt underlägsna kopior. En allvarlig verkan - som ofta framhålls i den internationella diskussionen - är den säkerhetsrisk det innebär för konsumenterna att köpa exempelvis falskmärkta mediciner eller inhandla undermåliga piratdelar till bilar eller maskiner i tro att de köper originaldelar. De företag som utsatts för varuförfalskning riskerar att förlora marknadsandelar och goodwill.

I många industriländer finns en stark oro över den internationella pirathandeln som under senare år sägs ha ökat i omfattning och bredd. Olika siffror rörande skadeverkningarna är i omlopp. T.ex. har beräknats att 131 000 arbetstillfällen gick förlorade i USA år 1982 på grund av utländsk "counterfeiting". Försök har gjorts inom en rad internationella organ att nå överenskommelser riktade mot "counterfeiting", men dessa strävanden har hittills strandat på motstånd från många u-länders sida.

Den svenska marknaden synes i stort sett ha varit förskonad från den internationella pirathandeln. Dock har i flera fall svenska produkter, t.ex. medicin och glasvaror, plagierats på utländska marknader. De internationella erfarenheterna tyder på att det finns en risk för att pirathandeln i större utsträckning också kommer att drabba Sverige i framtiden.

Utredningen har inte ansett det nödvändigt att göra någon heltäckande studie av förekomsten av efterbildningar i Sverige, utan våra undersökningar har varit begränsade. Dessa visar dock att handeln med plagiat tycks vara betydande, åtminstone i vissa branscher. Det gäller t.ex. textil- och möbelhandeln, men även dagligvarubranscherna, där efterbildandet främst avser förpackningar.

Den rättsliga bakgrunden

Om B marknadsför en produkt som A tidigare har introducerat på marknaden, kan detta vara ett intrång i en immaterialrättslig ensamrätt. Framför allt gäller detta A:s ensamrätt till varukännetecken enligt varumärkeslagen (1960:644). Men det kan även vara fråga om intrång t.ex. i annans upphovs- eller mönsterrätt.

För utredningens del har det inte varit aktuellt att lägga fram förslag till ändringar av det skydd mot efterbildning som kan ges enligt varumärkeslagen eller någon annan immaterialrättslag. Vårt uppdrag har varit att utreda spörsmålet om det erfordras ett skydd för formen på främst produkter - varor och deras emballage - utanför ramen för vad som skyddas enligt de immaterialrättsliga ensamrättslagarna. Ett sådant skydd kallas i betänkandet för konkurrensrättsligt. Det grundas på tanken att ett visst marknadsbeteende är att betrakta som en handling av otillbörlig eller illojal konkurrens. Visserligen är utgångspunkten i Sverige - liksom i andra länder vars rätt vi har studerat - att det skall vara tillåtet att, utanför ramen för vad som skyddas enligt immaterialrättslagstiftningen, fritt efterbilda andras produkter. Detta ligger i linje med grundtanken bakom konkurrenslagen (1982:729). Men vad vi har haft att överväga är om det ändå finns förfaranden med efterbildningar som är till den grad förkastliga att de inte bör accepteras på den svenska marknaden.

I själva verket ger den svenska rätten redan nu ett visst konkurrensrättsligt skydd. Om en efterbildning är att anse som otillbörlig marknadsföring enligt 2 § marknadsföringslagen (1975:1418, MFL) kan marknadsdomstolen förbjuda förfarandet. Med stöd av uttalanden i förarbetena till MFL har marknadsdomstolen i flera fall ansett det som otillbörlig marknadsföring när en näringsidkare har utnyttjat en efterbildning på ett sådant sätt att det har funnits risk för att konsumenterna vilseleds beträffande efterbildningens kommersiella ursprung.

Det skydd mot marknadsföring av förväxlingsbara efterbildningar som i vårt land grundas på 2 § MFL har sin motsvarighet i många andra länder. Men i de flesta av dessa länder - t.ex. Norge och Danmark och länderna i Centraleuropa - är skyddet mer omfattande än så. Det är vanligt att man har en generalklausul mot illojal konkurrens. Inom dess ram anses en efterbildning otillbörlig inte bara då det föreligger risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung utan också i flera andra fall.

Behovet av ny lagstiftning

Då det gäller att avgöra behovet av en eventuell ny konkurrensrättslig lagstiftning mot förfaranden med efterbildningar är flera faktorer av betydelse.

- Förekomsten och mängden av skadliga efterbildningar.

- Behovet av komplement till ensamrättslagstiftningen och det skydd som redan ges via MFL.

- Eventuella konflikter mellan ett utökat konkurrensrättsligt efterbildningsskydd och intresset av en fungerande och effektiv konkurrens och därmed rätten att - utanför det immaterialrättsligt skyddade området - fritt efterbilda andras prestationer.

Vad gäller den första punkten har vi funnit att förekomsten av konkurrensskadliga förfaranden med efterbildningar redan i dag är avsevärd. Därtill kommer risken för att en ökad del av den internationella pirathandeln skall nå Sverige. Vad sedan gäller den andra punkten har vi funnit att det konkurrensrättsliga skydd som i dag ges på grundval av 2 § MFL inte täcker in alla slag av vad vi skulle vilja beteckna som skadliga och förkastliga förfaranden med efterbildningar. Mot den bakgrunden skulle det behövas ett komplement till MFL i form av ny lagstiftning.

Vad slutligen gäller den tredje punkten skall först understrykas grundsatsen om efterbildningsfrihet utanför det immaterialrättsligt skyddade området. Men konkurrensen bör inte få bedrivas med vilka medel som helst. Ett förfarande som har använts i samband med efterbildningen eller marknadsföringen av denna kan vara så förkastligt att samhället bör ingripa. Det nu sagda överensstämmer med vad som uttalades redan i propositionen till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring, numera MFL.

Lagförslaget

Utredningen föreslår en ny lag mot otillbörlig efterbildning. Vi har övervägt om de av oss föreslagna reglerna kan infogas i den nuvarande MFL. Slutligen har vi stannat för att avvisa denna lösning.

För närvarande handläggs mål om efterbildning på grundval av MFL:s regler vid marknadsdomstolen som första och enda instans. Marknadsdomstolen har stor erfarenhet av konkurrens- och marknadsrättsliga spörsmål. När vi ändå föreslår att tillämpningen av den av oss föreslagna lagen skall ankomma på allmän domstol är det främst av två skäl.

För det första kommer detta att möjliggöra att mål om otillbörlig efterbildning enligt den föreslagna lagen och mål om intrång i en immaterialrätt kan handläggas tillsammans, vilket innebär stora praktiska fördelar för såväl parter som för rättsmaskineriet. En sådan ordning är för närvarande inte möjlig eftersom mål om immaterialrättsintrång handläggs av allmän domstol och frågor om otillbörlig marknadsföring av marknadsdomstolen. Att ge marknadsdomstolen behörighet att handlägga immaterialrättsliga mål är av olika skäl uteslutet.

För det andra bör den som utsatts för efterbildning kunna erhålla skadestånd i den process där frågan om otillbörlig efterbildning handläggs. Det är enligt utredningens mening inte lämpligt att frågor om skadestånd handläggs i ett eninstansförfarande.

Otillbörliga förfaranden (1-2 §§)

Den föreslagna lagen inleds med en bestämmelse som ger möjlighet att förbjuda vissa förfaranden. Om sålunda en näringsidkare marknadsför en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning kan han av allmän domstol förbjudas att fortsätta förfarandet, om detta

1. medför risk för förväxling rörande produktens kommersiella ursprung,

2. har möjliggjorts genom ett förtroendemissbruk,

3. har möjliggjorts genom en avgjutning eller ett annat direkt tillägnande av annans insats,

4. systematiskt riktas mot ett annat företag eller

5. på ett annat motsvarande sätt utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till.

Punkten 1 anknyter till vad som redan enligt marknadsdomstolens praxis anses som otillbörligt. Som närmare framgår av motiven till bestämmelsen åsyftas vissa utvidgningar av skyddet jämfört med gällande praxis. Bl.a. föreslås en utvidgning även till vissa fall då formen på en produkt är tekniskt eller funktionellt betingad. Vad gäller punkterna 2-4 överensstämmer dessa väl med t.ex. norsk och dansk liksom med centraleuropeisk rätt.

Punkten 5 aktualiseras då ett förfarande med efterbildning ter sig så otillbörligt att det bör förbjudas trots att förfarandet inte direkt är att hänföra till någon av punkterna 1-4. I motiven understryks att punkten 5 bör användas med stor försiktighet och i sällsynta undantagsfall.

Förslagets 1 § andra stycket innehåller en bestämmelse att förbud kan meddelas också mot den som framställer, importerar eller lagerhåller en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning när det finns risk för ett sådant förfarande som har upptagits i första stycket. Vid bedömningen av denna risk får enligt förslaget hänsyn även tas till förfaranden som kan äga rum utanför Sverige.

I 1 § tredje stycket i förslaget anges att förbud kan meddelas en anställd hos en näringsidkare och annan som handlar på en näringsidkares vägnar samt var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till handlingen. Denna bestämmelse överensstämmer helt med 2 § andra meningen MFL.

Förslagets 2 § anger några företeelser som - utöver en vara eller dess förpackning - kan erhålla efterbildningsskydd. Vad som i 1 § sägs om efterbildning av en vara eller dess förpackning skall i tillämpliga delar gälla också efterbildning som avser utformning av reklam, broschyrer, inredning och utstyrsel eller andra liknande inslag i marknadsföring. Såvitt gäller inredning och utstyrsel kan denna regel bli tillämplig i samband med franchising.

Förbud (3-4 §§)

Förslagets 3 § anger närmare hur ett förbud kan utformas. Det sägs i paragrafens första stycke att ett förbud enligt 1 § eller 2 § kan tidsbegränsas om så är påkallat. Förbudet får utformas så att det endast gäller om en viss föreskrift inte iakttas. Härvid syftas framför allt på att rätten kan föreskriva en s.k. neutralisering. Rätten kan t.ex. förordna att den efterbildade varan förpackas i en särskiljande kartong som tydligt utmärker varans kommersiella ursprung. - Slutligen anges i 3 § första stycket att ett förbud skall förenas med vite, om detta inte av särskilda skäl är obehövligt. Detta överensstämmer med 5 § MFL.

I förslagets 3 § andra stycket behandlas vem som skall ha rätt att föra talan om förbud, nämligen den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats. Talan får enligt förslaget även föras av en sammanslutning av näringsidkare eller konsumenter.

3 § tredje stycket anger att talan om utdömande av vite får föras av den som har ansökt om förbudet. I samband med en sådan talan får talan föras om nytt vitesförbud.

4 § rör möjligheterna att erhålla ett s.k. interimistiskt förbud. Denna paragraf ansluter sig nära till den nya 57 a § patentlagen (1967:837, ändrad 1986:233), vilken paragraf i sin tur bygger på vad som gäller enligt 15 kap. rättegångsbalken om säkerhetsåtgärder i tvistemål.

Skadestånd (5 §)

Som redan inledningsvis har antytts anser utredningen att möjligheten för den som har utsatts för efterbildning att erhålla skadestånd är en väsentlig och nödvändig förstärkning av sanktionsapparaten. I alla de utländska rättssystem som vi har studerat - nordiska som icke-nordiska - förekommer möjligheten till skadestånd. I fransk rätt är t.o.m. hela läran om illojal konkurrens uppbyggd på skadeståndsrättslig grund.

I förslagets 5 § första stycket första meningen anges att den som med uppsåt eller av vårdslöshet har förfarit så att förutsättningar för förbud enligt 1 § eller 2 § är för handen, skall ersätta den skada som har uppkommit för den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats. Detta innebär att skadestånd kan dömas ut även i ett fall då det inte är aktuellt att meddela ett förbud.

5 § första stycket andra meningen rör beräkningen av skadeståndet. Som utredningen har anfört i betänkandet (SOU 1983:52) Företagshemligheter är de belopp som domstolarna dömer ut i mål om immaterialrättsintrång ofta låga. Motsvarande kan befaras i mål om otillbörlig efterbildning. Det behövs därför en regel som ger en grund för att inte döma ut ett icke alltför lågt belopp. Utgångspunkten för utredningens förslag är att den verkliga skadan skall ersättas. Men denna kan vara svår att visa. Enligt förslaget skall därför, om inte annat har visats, ersättningen motsvara vad

efterbildaren skäligen kan anses ha sparat in i utvecklings- och marknadsföringskostnader.

I 5 § andra stycket i förslaget ges en preskriptionsregel enligt vilken talan om ersättning enligt första stycket får avse skadestånd endast under de fem senaste åren innan talan om skadestånd väcktes. Detta överensstämmer t.ex. med 58 § tredje stycket patentlagen.

Säkerhetsåtgärder (6 §)

I 6 § föreslås att rätten kan besluta om att en vara eller förpackning som avses med förbudet skall, om detta är skäligt, ändras eller förstöras eller att annan åtgärd skall vidtas med den för att förebygga ett fortsatt sådant förfarande som avses med förbudet. Motsvarande gäller de objekt som skyddas enligt 2 §. Som exempel på vad som avses kan nämnas att rätten enligt 1 och 3 §§ meddelar ett förbud för en näringsidkare att - om han inte företar en viss ändring av produktens utseende - marknadsföra varor av ett visst slag som medför förväxlingsrisk. I samband härmed förordnar rätten enligt 6 § att näringsidkaren på motsvarande sätt skall ändra de varor han har på lager.

SUMMARY

Unfair imitation

During the last decade there has been a considerable increase in the trade of counterfeit goods. Different types of goods have been imitated in great numbers as to trademark and design. This is a problem of great concern, nationally as well as internationally. The piracy of goods and the marketing of counterfeit products is often considered as a menace to the producers of the original goods, but it may also sometimes be detrimental to consumers.

Legally, problems concerning unauthorized imitations are dealt with under intellectual property law and unfair competition law. The legal remedies, however, are not sufficient to combat the enormous amount of counterfeit goods appearing in international trade today. More effective methods against counterfeiting are therefore discussed on national as well as international levels. Especially important in this connection are better protective means in customs law and practice.

The trade in counterfeits is not so widespread in Sweden as in many other countries. But the international piracy trade in counterfeit goods is a threat also to the Swedish market for the future. The principal characteristic of the marketing of counterfeit products in Sweden is that the imitations often concern the design of the products rather than the trademarks.

A committee has been appointed by the Swedish government to consider the legal problems of counterfeiting and piracy and the possible need for changes in the law - primarily unfair competition law - against unauthorized imitation of goods. This report contains the proposal of the committee. Its principal feature is a Draft Act against Unfair Imitation, which is chiefly inspired by corresponding rules on unfair competition in Denmark and Norway as well as in the Federal Republic of Germany and in France. The objective of the proposed act is to protect manufacturers and consumers against particularly unfair means of producing, importing and marketing unauthorized imitations.

Background

In Sweden there are already acts on copyright, patents, registered designs and trademarks. Although this legislation is comparatively modern, dating from 1960 to 1970, the acts were not written with today's types of piracy in mind. When it comes to adapting Swedish law to the present situation, changes or amendments in intellectual property law do not appear as the best possible solution. Among other things, intellectual property law lacks the necessary flexibility. The need for repression of counterfeiting and piracy must, according to the committee, be met within the framework of unfair competition law.

Sweden has recent legislation - from 1982 - furthering effective competition. But there are practically no corresponding rules against unfair competition, except those remaining in the Unfair Competition Act of 1931. The rules remaining in this act, however, deal with misappropriation of trade secrets. These few provisions will probably be replaced by new legislation in the near future. Consequently, there is no general statutory provision against unfair competition in Sweden, as there is for instance in German law. However, some relevant issues of unfair competition are dealt with under the Marketing Practices Act of 1975.

A basic attitude in Swedish law - and in many other countries as well - is that what is not protected by an intellectual property right may be freely copied.

Nevertheless it is not permissible to pass off one's goods as the goods of someone else. The consumers must not be mislead about the commercial origin. Several cases of that kind have been dealt with by the Swedish Market Court under Section 2 of the Marketing Practices Act. But the practice of the Market Court in cases concerning such a risk of confusion has been criticized as being too restrictive, especially in cases concerning product imitation.

Unfair practices

The main rule of the proposed Act against Unfair Imitation is Section 1. According to this provision, an injunction may be ordered by the court against a manufacturer who is marketing a close imitation of a product or its package. Injunctions are restricted, primarily, to four enumerated situations:

1. the marketing of the imitation means a risk of confusion as to the commercial origin of the product,

2. the marketing of the imitation has been made possible through a breach of confidence,

3. the marketing of the imitation has been made possible by casting or similar direct copying of another's contribution or

4. the marketing of the imitation is systematic and constitutes an attack on another enterprise.

Furthermore, Section 1 includes a paragraph 5. According to this provision, injunctions may also be ordered in cases corresponding to paragraphs 1 to 4, where the marketing practice must be considered as a sponging upon another's work or being unfair to those to whom the marketing is directed.

Paragraph 1 above refers to the most common situation, confusion as to commercial origin. Legal sanctions in this situation are common abroad and, as mentioned, are also known from the practice of the Swedish Market Court. The committee proposes a somewhat wider application than that of the Market Court.

Paragraph 2 is closely connected to the law of trade secrets. Paragraphs 3 and 4 are new in Swedish law but are well known in for instance German and French law. As to paragraph 5, this provision makes possible a further development of the proposed law against unfair imitations. According to the committee, a very restrictive attitude must be taken when it comes to extending this rule to situations not enumerated in paragraphs 1 to 4. The principle of free copying outside the area of intellectual property rights still prevails.

Injunctions according to Section 1 may also be ordered against those who produce, import or store imitations of products or packages when there is a risk that one of the situations mentioned in paragraphs 1 to 5 will occur.

From Section 1 it follows that the proposed Act is to be applied by the ordinary courts. There are several practical reasons in this connection why it should not be applied by the Market Court.

Section 2 treats the unfair imitation of certain objects in addition to products and packages. What follows from Section 1 will also be applicable to the close imitation of advertisements, folders, equipment, outfits, layouts and other elements especially meant for marketing purposes. The inclusion of equipment, layouts and outfits has been made in consideration of franchising.

Injunctions

Section 3 contains more detailed provisions on injunctions. An injunction may be limited in time, if this is deemed to be reasonable. An injunction may be conditional so as to apply only if a certain condition should not be fulfilled. Conditions of this kind should aim at neutralizing the risk of confusion with respect to goods of different commercial origins. The goods in question must be labelled or packaged so as to distinguish them from goods of another origin. If an injunction is not adhered to, this will normally result in a fine, which is prescribed by the court in advance.

In Section 4 the act provides for a preliminary injunction which may be ordered by the court while an action for injunction is under consideration.

Compensation for damages

According to Section 5, those who have acted intentionally or negligently in such a way that an injunction is possible according to Section 1 or Section 2 of the Act will have to pay compensation for the damage suffered by those who have produced or marketed the original product.

In Section 5, there is also a rule for preventing insufficient compensation for damages, which is sometimes a problem in infringement cases. According to this rule, the damage suffered must be compensated in full. However, if the real damage cannot be proved to the court, compensation

to the producer of the original goods should correspond to what the imitator has saved in development and marketing costs.

Preventive measures

In Section 6 it is stated that the producer or others who are subject to an injunction according to Section 1 or Section 2 may be ordered by the court to change or destroy the goods in question or to take other measures with respect to them, if the court finds this is reasonable.

1 INLEDNING

1.1 Utredningens direktiv

Utredningens uppdrag består av två från varandra relativt fristående delar. Den första delen rör skydd för företagshemligheter. I denna del avlämnade vi i november 1983 betänkandet (1983:52) Företagshemligheter. Den andra delen rör otillbörlig efterbildning och behandlas i förevarande betänkande.

Utredningens direktiv (Dir 1979:118) beslöts vid regeringssammanträde den 30 augusti 1979. I direktiven redogjorde dåvarande departementschefen, statsrådet Sven Romanus, bl.a. för gällande rätt i fråga om skydd för företagshemligheter. Därefter diskuterade han utformning av nya regler på detta område. Detta har återgivits i det tidigare betänkandet och skall här inte upprepas. Avslutningsvis kom departementschefen in på skydd mot otillbörlig efterbildning. Han yttrade därvid följande:

> Vad jag hittills har anfört har gällt skyddet mot illojal konkurrens genom missbruk av företagshemligheter samt tekniska förebilder o.d. Jag vill understryka att detta skydd synes böra gälla endast mot sådana angrepp och förfoganden som framstår som förkastliga med hänsyn främst till intresset av att motverka illojal konkurrens. Detta torde bl.a. innebära att de ifrågavarande bestämmelserna inte bör hindra någon från att på öppna marknaden inköpa en produkt och sedan utnyttja de tillverkningshemligheter e.d. som han eventuellt kan utforska genom att granska eller analysera produkten. Här får patenträtten och annan immaterialrättslig lagstiftning anses ge det önskvärda rättsskyddet. Det är emellertid tänkbart det kan finnas behov av ett skydd mot sådan s.k. slavisk efterbildning av annans produkter e.d. som man inte kan komma åt med stöd av den immaterialrättsliga lagstiftningen. Denna fråga behandlades utförligt av utredningen om illojal konkurrens, till vars betänkande jag här får hänvisa (SOU 1966:71 s. 222-242 och 255). Utredningen avvisade i huvudsak tanken på ett sådant skydd men ansåg likväl att den föreslagna generalklausulen mot otillbörlig konkurrens borde kunna tillämpas för att hindra förfaranden vid efterbildning som var särskilt klandervärda (SOU 1966:71 s. 242 och 255). Utredningens förslag i denna del ledde inte till lagstiftning. I begränsad utsträckning torde dock otillbörlig efterbildning indirekt kunna angripas med stöd av marknadsföringslagen. Detta framgår av förarbetena till den numera upphävda lagen om otillbörlig marknadsföring, vars reglering i denna del överfördes till marknadsföringslagen (se prop. 1970:57 s. 74-77).
>
> Det praktiska värdet av denna möjlighet är svårt att bedöma. Utredaren bör därför på nytt undersöka behovet av ett förstärkt skydd mot otillbörlig efterbildning, grundat på intresset av att motverka illojal konkurrens, och eventuellt föreslå regler om detta. Det bör

emellertid framhållas att det här är fråga om ett område där försiktighet är påkallad och där endast ett klart framträdande praktiskt behov torde kunna motivera ingripanden från lagstiftarens sida. Det bör inte komma i fråga att skapa ett objektskydd mot efterbildning vid sidan av det skydd som ges genom den immaterialrättsliga lagstiftningen (jfr prop. 1970:57 s. 75 och 76).

1.2 Utredningens arbete

Som framgår av vad vi anfört i SOU 1983:52 (s. 37 f) visade det sig nödvändigt att bryta ut frågorna kring otillbörlig efterbildning till behandling i ett särskilt betänkande. Problemen har endast obetydlig anknytning till det huvudsakliga utredningsuppdraget, skydd för företagshemligheter. Dessutom har otillbörlig efterbildning bl.a. konsumentpolitiska aspekter som kräver särskilda överväganden.

Redan på ett tidigt stadium av arbetet stod det klart att det var befogat med ett ingripande från lagstiftarens sida mot avarterna på efterbildningsområdet. Flera svårigheter har emellertid mött i arbetet på att finna en lämplig reglering.

Först och främst har det visat sig svårt att utan tidsödande och kostsamma undersökningar få fram någorlunda fullständiga uppgifter om hur utbredd otillbörlig efterbildning är och hur pass ofta den förekommer. Ett annat problem är att frågor om efterbildning befinner sig i en skärningspunkt mellan konkurrensrätten[1] och immaterialrätten, där det bl.a. är förenat med stora svårigheter att avgränsa räckvidden av de regler som gäller och klargöra samspelet dem emellan.

För att få grepp om den faktiska förekomsten av otillbörlig efterbildning har vi ordnat hearings och intervjuer med representanter för olika branscher. Dessutom har utredningen bl.a. kunnat utnyttja projektarbeten av studenter vid Lunds universitet, diarieutdrag från konsumentverket samt en otryckt undersökning om förpackningsefterbildningar av Marianne Levin. Ytterligare information har inhämtats i samband med konferenser anordnade av Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydd (Plagiat 81 och Formskydd 85). Se vidare kap. 5 nedan.

Vid utarbetandet av betänkandet har de sakkunniga medverkat på olika sätt. Sålunda har Marianne Levin författat avsnitten om engelsk och amerikansk rätt. Lars Holmqvist har tillhandahållit manuskriptet till ett större varumärkesrättsligt arbete samt en uppsats om varans form som kännetecken. Uppsatsen har intagits som bilaga till detta betänkande. Jörgen Holgersson har bearbetat bl.a. avsnitten om tullfrågor. Flera av dem som deltagit i utredningsarbetet har under utredningstiden deltagit i internationella konferenser och även på annat sätt tillfört utredningen internationellt material.

Ett preliminärt utkast till lagtext och allmänmotivering har diskuterats vid två hearings med representanter för industri, myndigheter och andra intressenter.

Docenten Lars Pehrson har granskat utkast till de varumärkesrättsliga avsnitten i betänkandet.

Utredningen har i denna etapp haft kontakt med upphovsrättsutredningen (Ju 1976:02) och franchiseutredningen (Ju 1984:08). Vi har avgivit yttrande över betänkandet (SOU 1983:70) Värna yttrandefriheten och betänkandet (SOU 1984:54) Tvångsmedel, anonymitet, integritet.

Utredningens sekreterare och Marianne Levin har deltagit i ett kartläggningsarbete rörande counterfeiting som bedrivits inom kommerskollegium.

Betänkandet har framställts med hjälp av datorstyrd tryckrutin.

---

1 Det skall redan här noteras att vi med "konkurrensrätt" avser såväl regler mot illojal konkurrens som regler mot konkurrensbegränsning. Se Bernitz, Svensk marknadsrätt s. 16.

2 NÄRMARE OM INRIKTNINGEN OCH AVGRÄNSNINGEN AV UTREDNINGENS ARBETE

2.1 Otillbörlig efterbildning. Förhållandet till immaterialrätt och konkurrensrätt

I avsnitt 1.1 ovan har utredningsdirektiven återgivits i vad gäller otillbörlig efterbildning. Dessa är, i jämförelse med direktiven avseende företagshemligheter, mycket sparsamma. Med tanke på detta har vi funnit det nödvändigt att här närmare utveckla riktlinjerna för vårt arbete.

Enligt direktiven skall vi undersöka behovet av ett förstärkt skydd mot otillbörlig efterbildning.

En första fråga är vad som avses med otillbörlig eller "slavisk" efterbildning. Slavisk efterbildning definieras av utredningen om illojal konkurrens i betänkandet (SOU 1966:71) Otillbörlig konkurrens. Enligt denna utredning är slavisk efterbildning plagiering av ett objekt, till vilket någon ensamrätt inte är erkänd i lag. Den slaviska efterbildningen kan avse exempelvis mönster, modell, konstruktion, kännetecken eller en bestämd marknadsföringsmetod. Utredningen om illojal konkurrens säger fortsättningsvis att den ifrågavarande termen närmast ger intrycket av att det är fråga om exakt kopiering, men att det praktiskt sett inte är möjligt att dra gränsen vid ren kopiering. Även annat mycket närgånget efterbildande måste beaktas i sammanhanget. Utredningen om illojal konkurrens föredrar därför termen otillbörlig efterbildning framför beteckningen slavisk efterbildning.[1]

I propositionen till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring används termen slavisk efterbildning. Härmed avses enligt föredragande departementschefen "ett närgånget efterbildande av ett kännetecken, mönster eller annat objekt, som inte skyddas av någon ensamrätt enligt lag".[2] Motsvarande synsätt kommer till uttryck i litteraturen, där det t.ex. anges att slavisk efterbildning är kopiering eller närgången efterbildning av immaterialrättsligt oskyddade prestationer eller kännetecken.[3]

I utredningens direktiv anförs bl.a. att det är tänkbart att det kan finnas behov av skydd mot sådan s.k. slavisk efterbildning av annans produkter e.d. som man inte kan komma åt med stöd av den immaterialrättsliga lagstiftningen. Detta angreppssätt stämmer väl med de ovan återgivna uttalandena.

I lagförarbetena och i litteraturen växlar man mellan de båda uttrycken "slavisk efterbildning" och "otillbörlig efterbildning". Så är det även i utredningens direktiv. Det är att anta att direktiven, i enlighet med vad som i övrigt har uttalats i frågan, syftar inte bara på ett *exakt*, utan även på ett *närgånget* efterbildande. Termen otillbörlig efterbildning är därför att föredra. Vi kommer i fortsättningen att använda

denna term. För den språkliga variationens skull talas dock ibland om plagiering eller imitation i stället för om otillbörlig efterbildning.

Som framgått avses inte med otillbörlig efterbildning varje exakt eller närgången efterbildning. Ett ytterligare krav är att den efterbildade företeelsen inte skall vara immaterialrättsligt skyddad.

Som redan har påpekats ovan under avsnitt 1.2 är det ofta svårt att ange räckvidden för de skyddsregler som gäller på området. Att då arbeta med en begränsning till immaterialrättsligt oskyddade företeelser är varken möjligt eller lämpligt. Vi har löst problemet så att vi samlat in uppgifter om olika slag av efterbildningar oavsett hur de rättsligt skall bedömas. Därefter har vi sökt fastställa i vad mån de efterbildade prestationerna skyddas genom immaterialrättsliga eller konkurrensrättsliga[4] regler. I den mån skyddet visat sig ofullständigt, har vi sedan övervägt en utvidgning av detta.

Internationellt faller vårt problemområde inom ramen för "counterfeiting" och annan s.k. pirathandel. "Counterfeiting" betyder ungefär varuförfalskning och syftar oftast på varumärkesintrång och närliggande missbruk. [5] Numera finns dock en tendens att låta "counterfeiting" ha en vidsträckt betydelse. Under denna term innefattas därvid även sådan efterbildning som inte är att anse som varumärkesintrång eller annat immaterialsrättintrång, men som är att betrakta som illojal konkurrens. Även sådan efterbildning förekommer i den internationella pirathandeln.

Med det arbetssätt som valts måste som framgått undersökas vilket skydd mot efterbildning som svensk rätt ger såväl inom som utom det immaterialrättsliga området. Men självklart är det inte vår avsikt att tränga djupt in i immaterialrätten. Otillbörlig efterbildning kan sägas befinna sig i gränszonen mellan immaterialrätten och konkurrensrätten och det är till denna zon undersökningen kommer att koncentreras.

Enligt direktiven skall utredningen undersöka behovet av ett förstärkt skydd mot otillbörlig efterbildning grundat på intresset att motverka illojal konkurrens. Detta innebär, såvitt vi förstår, att utredningen i första hand måste ta ställning till om ett ingripande av lagstiftaren är påkallat. Om så är fallet skall i första hand föreslås åtgärder av konkurrensrättslig natur.

Om vi finner att det föreligger behov av lagstiftning, är det en viktig del av vår uppgift att dra en gräns mellan otillbörliga och icke otillbörliga efterbildningar. Med hänsyn till målsättningen bakom konkurrenslagen (1982:729) att främja en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet måste vi utgå från att en vidsträckt efterbildningsfrihet är värdefull. En frihet att efterbilda prestationer som inte skyddas av immaterialrätten kan nämligen främja den tekniska utvecklingen och ge köparna valmöjligheter och valfrihet. Vad man bör vända sig mot är de klart förkastliga konkurrensmetoderna.[6] Vid avgörandet av vilka förfaranden med efterbildade objekt som är förkastliga kan gällande svensk och utländsk lagstiftning samt näringslivets egna etiska normer ge viss

vägledning. Av särskild betydelse bör vara om efterbildandet klart framstår som ett snyltande på annans insats.

2.2 Vad skall skyddas?

För avgränsningen av utredningens arbete är det viktigt att avgöra vilka objekt för efterbildning som vi skall inrikta oss på. Ordet efterbildning används förmodligen främst för att beteckna efterliknande av föremål. De föremål som är av intresse för utredningen är de varor som utbjuds på marknaden. En efterbildning av en produkt kan vara två- eller tredimensionell. Det kan t.ex. röra sig om efterbildning av ett tapetmönster eller av formen på en termosflaska. Utgångspunkten måste vara att utredningen i första hand skall syssla med en sådan yttre efterbildning av varor. Detta stämmer med direktiven där det talas om "efterbildning av annans produkter o.d.".

En efterbildning kan avse en vara som sådan eller dess förpackning. Det går enligt vår mening inte att dra en bestämd gräns mellan efterbildning av en vara som sådan och efterbildning av varans förpackning. Även en vara som i och för sig kan utformas på ett karakteristiskt sätt, kan för övrigt marknadsföras i en speciellt utformad förpackning som kan bli föremål för efterbildning. Utstyrseln av en vara eller dess förpackning kan liksom firma eller varumärke utgöra kännetecken för varan.

Man kan emellertid tänka sig annat, som kan betecknas som efterbildning, men som inte rör efterbildning av varor. T.ex. kan en restaurang genom det samlade intrycket av inredning, mathållning och service ge sken att höra till en viss berömd restaurangkedja. Detta kan allt bli föremål för efterbildning.

I litteraturen har under begreppet slavisk efterbildning innefattats även efterbildning av en marknadsföringsmetod.[7] I många fall är en viss marknadsföringsmetod knuten till utseendet på en vara eller dess förpackning.

Utredningens huvuduppgift är att behandla efterbildning av varor. Det är då oundvikligt att man kommer in även på efterbildning av förpackningar för varor samt av kännetecken och marknadsföringsmetoder. Det går inte att dra en alltför skarp gräns mellan sådan efterbildning som bör behandlas och sådan som bör falla utanför. I vissa fall kan det således vara svårt att säga om det gäller efterbildning av en vara eller ett kännetecken eller bäggedera. Sammanfattningsvis måste efterbildning av varor utgöra utredningens kärnområde. Det är här de stora praktiska problemen finns. Utanför detta område bör vi främst behandla sådana efterbildningar som kan sägas ha anknytning till en vara, t.ex. efterbildning av förpackningar. Åtgärder mot andra närliggande förfaranden, t.ex. efterbildning av tjänster, bör också övervägas.

Hittills har det hela tiden varit fråga om en "yttre" efterbildning. Men i utredningens direktiv innefattas under begreppet otillbörlig efterbildning även "inre" plagiat. Direktiven talar bl.a. om att ingen bör vara förhindrad att på öppna marknaden köpa in en produkt och sedan utnyttja de

tillverkningshemligheter e.d. som han eventuellt kan få fram genom att granska eller analysera produkten. Det är, sägs det bl.a. vidare, tänkbart att det finns behov av ett skydd mot sådan s.k. slavisk efterbildning som man inte kan komma åt med stöd av den immaterialrättsliga lagstiftningen.

Här är det inte längre fråga om ett skydd för en varas utseende eller form. Det gäller plagiat av sådana egenskaper hos en vara som inte tar sig synligt uttryck. Det kan röra sig om sammansättningen av ett livsmedel eller ett kemiskt preparat, vilka metaller som ingår i en viss legering etc. Här kommer reglerna om företagshemligheter in i bilden. Vi kan inte se att något ytterligare konkurrensrättsligt skydd är befogat i denna situation utöver vad vi föreslagit i betänkandet Företagshemligheter. Därför lämnar vi i fortsättningen sådana efterbildningar åt sidan som enbart avser produktinnehåll.

Nära vårt område ligger s.k. piratkopiering - "piracy" -av fonogram och videogram. Härunder ryms flera olika situationer som delvis har behandlats av upphovsrättsutredningen (Ju 1976:02).

A. *Otillåten exemplarframställning*, dvs. mångfaldigande utan upphovsmannens samtycke av en äkta inspelning. Det kan gälla att någon producerar ett större antal exemplar av en inspelning än som överenskommits eller att kopieringen sker helt utan upphovsmannens samtycke. - De otillåtna exemplaren kan säljas i en förpackning där etiketter, varumärken etc. skiljer sig från det ursprungliga fonogrammet (eller videogrammet), "piracy" i ursprunglig mening. Intressantare för utredningens del är det fallet att kopiorna återger såväl originalets ljud (och bild) som ursprunglig etikett, varumärke och förpackning. Då kan förfarandet betecknas som "counterfeiting".[8]

Otillåten exemplarframställning är straffbar enligt upphovsrättslagen och därför av mindre intresse för utredningen. Men om den kopierade produkten marknadsförs i en förpackning, som är ett direkt plagiat av den förpackning i vilken den äkta inspelningen säljs, kan det vara en fråga för utredningen. Emellertid är framför allt skivomslag numera regelmässigt konstnärligt utformade. Även mot detta förfarande ges alltså regelmässigt skydd redan genom upphovsrätten (eller fotografirätten).

B. *"Boot-legging"*. Detta fall rör olovlig inspelning av en utövande konstnärs framförande ("live") t.ex. från en konsert eller från ett direktsänt program i radio eller TV. De sålunda gjorda inspelningarna mångfaldigas och säljs.[9]

Även detta faller under upphovsrättslagen. Här blir det aldrig fråga om plagiat av förpackning och företeelsen faller således utanför utredningens intressesfär.

C. *"Sound-alikes"*. I detta fall imiterar en artist B en annan artist, A. B kan t.ex. härma A:s sång sätt. Den gjorda upptagningen marknadsförs sedan som om den vore ett framförande av A.[10]

Det finns inte något upphovsrättsligt - eller annat immaterialrättsligt - skydd mot ett dylikt efterliknande. Om den falska inspelningen säljs i ett omslag som ger sken av att det är fråga om en inspelning av A är det fråga om ett förfarande som utredningen bör ta ställning till.

2.3 Förväxlingsbara och öppna plagiat

Man kan dela in efterbildningarna i två huvudtyper. Den ena typen är den *förväxlingsbara* efterbildningen. Avsikten med att marknadsföra en sådan efterbildning är främst att lura köparen att välja den efterbildade varan i stället för originalvaran. Köparen vilseleds alltså beträffande produktens kommersiella ursprung.

I detta fall kan både originaltillverkaren och köparen lida skada. Tillverkaren tappar marknadsandelar till plagiatören. Dessutom kan originaltillverkarens rykte försämras om plagiatvaran är av dålig kvalitet och uppfattas som tillverkad av honom. Köparen kan bl.a. lida skada om efterbildningen är av sämre kvalitet än originalet utan att priset reducerats i motsvarande mån. I vissa fall kan den som köper plagiatvaror också riskera att produktsäkerheten är sämre än normalt.

Det andra typfallet av efterbildning är den *öppna* efterbildningen. I detta fall föreligger det ingen förväxlingsrisk, eftersom säljaren av den imiterade produkten genom en tydlig ursprungsmarkering eller annars i marknadsföringen öppet anger att det är fråga om en efterbildning.[11]

I detta senare fall torde plagiatvaran alltid säljas till ett lägre pris än originalet. Köparen har ju ingen anledning att inte köpa originalprodukten, om det inte vore så att kopian betingar ett lägre pris.

Kopian är ofta kvalitetsmässigt sämre än originalet. Det är dock inte säkert att en imitation är av sämre kvalitet. Ett viktigt fall är när originalet är en statusvara. Typexempel är jeans. Här finns på marknaden en fallande skala från märken med mycket hög prestige, ner till s.k. märkeslösa jeans, som kan vara av lika hög kvalitet som de dyraste märkena.

Frågan är nu om vi skall syssla med båda typerna av efterbildningar, de förväxlingsbara och de öppna.

Vad gäller de förväxlingsbara efterbildningarna ges redan i dag ett visst skydd genom marknadsföringslagen (1975:1418). Av direktiven framgår att utredningen skall undersöka denna lags effektivitet, då det gäller att beivra otillbörlig efterbildning. Men vi kan heller inte gärna förbigå de öppna efterbildningarna. Även om köparen inte vilseleds, är det ju alltjämt en fråga om ett snyltande på annans insats. Ett sådant förfarande kan enligt vad vi ovan anfört vara att betrakta som otillbörligt.

2.4 Vem skall skyddas?

Det har framgått att otillbörlig efterbildning kan drabba både originaltillverkare och konsumenter. Originaltillverkaren riskerar att förlora marknadsandelar och konsumenten riskerar att få betala ett för högt pris och/eller få en vara som är otillfredsställande från säkerhetssynpunkt.
- När vi här och i fortsättningen talar om konsumenter avses i regel också andra avnämare än privatpersoner. Detta överensstämmer med vad som avses i 2 § marknadsföringslagen.[12]

Uppenbarligen är det originaltillverkaren som riskerar de största skadorna vid den typ av snyltning som otillbörlig efterbildning innebär. I första hand är det han som bör skyddas mot den otillbörliga konkurrens som tar sig uttryck i marknadsföring av plagiat av hans varor. Vi bör alltså koncentrera oss på att skapa ett skydd för de producenter som hotas av otillbörliga efterbildningar.

Detta betyder dock inte att vi lämnar konsumenternas intressen utanför. Regler som gör det möjligt att minska minska frekvensen av efterbildningar på marknaden kan nämligen tjäna också till konsumenternas fördel. Om man ser till att förhindra otillbörliga efterbildningar blir också konsumenterna tillgodosedda genom att risken för vilseledande och farliga varor minskar.[13]

En lagstiftning mot otillbörliga efterbildningar blir alltså i första hand en åtgärd till skydd för producenterna. Ett sådant skydd kan emellertid också komma att innebära väsentliga fördelar för konsumenterna.

Skärpta regler mot otillbörlig efterbildning skulle således gynna både producenter och avnämare. Detta skulle i sin tur leda till positiva effekter ur ett mera allmänt samhällsperspektiv. Samhällsekonomin kan antas komma att dra nytta av ett regelsystem som stävjar klart otillbörliga förfaranden på marknaden. Detta beror på att investeringslusten bör öka då de som vill satsa på ny produktutveckling vet att lagen inte tolererar efterbildningar som är av klart otillbörlig karaktär.

Redan tidigare har vi berört förhållandet till konkurrenslagen (1982:729). Ett ökat konkurrensrättsligt skydd kan medföra konkurrensbegränsande effekter. Konflikten mellan regler mot otillbörlig konkurrens och konkurrensbegränsningsrätt är dock ingen nyhet. Den berördes bl.a. i förarbetena till 1970 års marknadsföringslag. Föredragande departementschefen framhöll där att generalklausulen mot otillbörlig reklam och marknadsföring inte får tillämpas så att den kommer i konflikt med de principer som ligger bakom konkurrensbegränsningslagstiftningen; samtidigt är det viktigt att inte konkurrensbegränsningslagstiftningens princip om fri konkurrens ges så stor räckvidd att den sanktionerar otillbörliga konkurrensmetoder.[14]

Det är självklart att vi, om det blir tal om att föreslå skärpta regler mot otillbörlig efterbildning, måste beakta förhållandet till konkurrenslagen och de principer som ligger bakom denna lag. Departementschefens ovan angivna uttalande bör därvid kunna tjäna till ledning.

2.5 "Counterfeiting"

I avsnitt 2.1 ovan har nämnts att det är "counterfeiting" ("piracy") som internationellt har tilldragit sig det största intresset och som anses vara det stora problemet. Därvid har uppmärksamheten koncentrerats till varumärkesintrång.

I många industriländer är man oroad över det ökade flödet av "counterfeit goods". Alla typer av varor förekommer, både sådana som är avsedda för konsumenter och sådana som är avsedda för näringsidkare. Tidigare fanns det en viss slagsida mot förfalskning av mera prestige- och lyxbetonade varor, såsom dyrbara klockor och väskor. Numera hävdas att "counterfeiting" drabbar praktiskt taget alla varugrupper "från A till Ö".[15] Särskilt allvarligt anses vara "counterfeiting" som kan utsätta konsumenterna för hälso-och säkerhetsrisker, t.ex. "counterfeiting" av reservdelar till flygplan och bilar eller av medicinsk utrustning och läkemedel.

Även om vi först bör ta ställning till tillverkning av plagiat i Sverige som konkurrerar med här tillverkade original, är det uppenbart att vi också måste försöka reglera fall när efterbildningen har internationella aspekter. Vi bör härvid undersöka om vi skall reglera det fall då utomlands tillverkade produkter importeras till vårt land och marknadsförs på den svenska marknaden. Men även det omvända fallet bör övervägas. Dvs. då tillverkning av plagiat sker i Sverige i syfte att exporteras och konkurrera med utländska produkter på utländska marknader.

Från de ledande industriländernas och särskilt från USA:s sida finns en ständig press för att få till stånd internationella överenskommelser och åtgärder mot "counterfeiting". En bärande tanke var från början att "counterfeit goods" skulle kunna stoppas redan vid gränsen och tas i beslag av tullmyndigheten. Sedermera har uppmärksamheten alltmer riktats mot de materiella reglerna. Det är i detta sammanhang som utredningen kommer in.

På ett internationellt plan var man ursprungligen inriktad på att få till stånd en revidering av bestämmelserna i Pariskonventionen,[16] men då det visade sig att flera konventionsländer snarare siktade till att mildra än att strama upp bestämmelserna riktades blickarna mot General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).[17] Förhandlingarna i GATT ledde emellertid ingen vart, främst på grund av motstånd från flertalet u-länder men även från vissa i-länder. Sverige såg då inte heller något behov av en "counterfeitkod", en uppfattning som de övriga nordiska länderna delade.

Efter visst expertarbete[18] inom GATT under år 1985 har i den förberedande kommittén för en ny handelsrunda handeln med counterfeitvaror m.m. diskuterats, dock ej mera konkret. För att förbereda ett svenskt ståndpunktstagande inför en sådan "GATT-runda" har kommerskollegium gjort en förnyad utredning av Sveriges intressen på ifrågavarande områden. Uppdraget har redovisats den 23 juni 1986 till utrikesdepartementet[19]. Sammanfattningsvis redovisar kommerskollegium efter ett brett upplagt remissförfarande att handeln med "counterfeitvaror" (med en vid definition) under de senaste åren tilltagit och att den spritt sig till

alltfler branscher. Sverige har hittills inte varit nämnvärt besvärat av varumärkesförfalskningar, vare sig på den svenska marknaden eller utomlands. Däremot anger den svenska industrin problem med mer eller mindre illegala efterbildningar och intrång i patent eller upphovsrätter. Kommerskollegium konstaterar att ensidiga eller bilaterala åtgärder knappast är tillräckliga för att lösa problemen utan bör kompletteras med lämpliga multilaterala insatser. Därvid nämns som en möjlighet att riktlinjer tillskapas för eventuella ingrepp mot import/export av "counterfeit-varor".

Enligt beslut vid ministermöte i september 1986 skall frågor om "counterfeiting" och immaterialrätt nu tas upp på dagordningen inom GATT.

Det internationella samarbetet inom ramen för Pariskonventionen, GATT och World Intellectual Property Organisation (WIPO) behandlas i avsnitt 6.1 - 6.3 nedan. Men det finns en rad internationella organisationer, utöver dessa nämnda, som är engagerade i problemen rörande "counterfeiting". Här kan nämnas Europeiska Gemenskapen (EG), Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), International Chamber of Commerce (ICC), Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI), Association Européenne des Industries de Produits de Marque (AIM) och International Counterfeiting Organization. - Vad särskilt gäller EG utfärdades den 1 december 1986 en förordning (nr 3842/86) som avser att förhindra att efterbildade varor förs in på den gemensamma marknaden. Genom förordningen ges tullmyndigheterna behörighet att stoppa införsel av gods som misstänks vara efterbildat. Förordningen träder i kraft den 1 januari 1988. Systemet skall vara genomfört inom tre år efter ikraftträdandet.

Sammanfattningsvis kan beträffande arbetet inom de nämnda organisationerna sägas att man tidigare främst varit inne på att bekämpa vad vi kallar varumärkesintrång, men att man nu också har fått upp ögonen för efterbildning av en varas form som sådan. En röd tråd är att det är de västliga i-länderna som eftersträvar internationella överenskommelser mot "counterfeiting" men att dessa strävanden har strandat på motstånd från u-ländernas sida. Vad man arbetar för är framför allt möjligheter att via tullmyndigheterna - men även polismyndigheterna - ta "counterfeit goods" i beslag för att eventuellt senare få godset konfiskerat. För detta krävs förbättring av de olika ländernas lagstiftning på olika områden.

Även om vi i vår utredning inte kan undvika att beakta den internationella strömmen av "counterfeit goods", bör vi mot den nu tecknade bakgrunden inte annat än översiktligt beröra import-och exportreglering och de möjligheter som tullagstiftning kan ge på utredningens område. Här möter för övrigt speciella problem bl.a. genom det s.k. hemtagningssystem som numera tillämpas i stor utsträckning vid tullbehandling av varor som förs in i Sverige[20].

2.6 Sammanfattande synpunkter

Vi finner oss böra syssla med alla typer av otillbörlig efterbildning oberoende av om efterbildningen faller inom det immaterialrättsligt skyddade området eller ej. Vi bör dock koncentrera våra förslag till åtgärder mot otillbörlig efterbildning till ingrepp av konkurrensrättsligt slag.

Kärnområdet för arbetet bör vara efterbildning av varor. Vi kan dock inte undgå att komma in även på efterbildning av förpackningar, kännetecken, tjänster och marknadsföring.

Åtgärder mot otillbörlig efterbildning kommer främst att gagna de näringsidkare som utsätts för plagiering. Vi bör emellertid särskilt eftersträva att åtgärderna får gynnsamma effekter även från konsumentsynpunkt. I första hand bör behandlas det fall att marknadsföring av efterbildningar medför risk att konsumenterna vilseleds beträffande varornas kommersiella ursprung. Men vi bör också beakta andra situationer där marknadsföring av efterbildningar kan te sig otillbörlig.

I våra resonemang utgår vi från det fallet att ett svenskt företag efterbildar ett annat svenskt företags produkter. Fortsättningsvis beaktas emellertid också de problem som strömmen över gränserna av "counterfeit goods" för med sig.

---

1 SOU 1966:71 s. 222.
2 Prop. 1970:57 s. 74.
3 Bernitz m.fl. s. 165.
3 Betr. termen konkurrensrätt se avsnitt 1.2 not 1.
5 Om de internationella försöken att bekämpa "counterfeiting" se avsnitt 2.5 och kap. 6 nedan. Se vidare Marianne Levin i NIR 1986. - Det skall noteras att den språkligt närliggande franska termen "contrefaçon" inte har samma betydelse som "counterfeiting". "Contrefaçon" betyder inte mer än immaterialrättsintrång i allmänhet. Marianne Levin a.a. s. 41.
6 Jfr SOU 1983:52 s. 268 ff.
7 Se ovan vid not 1. Jfr vidare Svensson, C A, Skydd mot slavisk efterbildning av produkter? NIR 1971 s. 300.
8 Skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång. Promemoria (Ds Ju 1981:7) av upphovsrättsutredningen s. 36.
9 A.a. s. 36 f.
10 Översyn av upphovsrättslagstiftningen, Delbetänkande 2 etc., Betänkande (SOU 1983:65) av upphovsrättsutredningen s. 32 ff.
11 Det noteras att det inte finns någon bestämd gräns mellan vad som i texten kallas förväxlingsbar och öppen efterbildning. Det existerar mellanformer mellan de båda angivna typerna.
12 Prop. 1970:57 s. 88.

13 Att konsumenterna också kan ha fördel av förekomsten av efterbildningar framgår av avsnitt 7.1 nedan.
14 Prop. 1970:57 s. 61.
15 Marianne Levin i NIR 1986 s. 35.
16 Se avsnitt 6.1 nedan.
17 Se avsnitt 6.2 nedan.
18 Group of Experts on Trade in Counterfeit Goods, rapport L/5878, 9 october 1985.
19 Kommerskollegium: Handeln med "plagiatvaror", svenska intressen inför en ny GATT-runda (Dnr GA 1-40-86).
20 Se härom avsnitt 3.5 nedan.

3 SVENSK RÄTT

3.1 Inledande anmärkningar

Skydd mot otillbörlig efterbildning ges enligt gällande rätt såväl av immaterialrättsliga som av konkurrensrättsliga regler.

I svensk rätt finns en rad lagar som reglerar immaterialrättslig ensamrätt till olika typer av intellektuella prestationer och kännetecken. T.ex. skyddas uppfinningar genom patentlagen (1967:837), formelement genom mönsterskyddslagen (1970:485), konstnärliga verk genom upphovsrättslagen (1960:729) och varukännetecken genom varumärkeslagen (1960:644). I fortsättningen koncentrerar vi oss på mönsterskyddslagen, upphovsrättslagen och varumärkeslagen som är de immaterialrättslagar som främst kan ha betydelse vid otillbörlig efterbildning.

De immaterialrättsliga lagarna ställer upp en rad förutsättningar för skydd. T.ex. krävs för upphovsrättsligt skydd s.k. verkshöjd och för varumärkesrättsligt skydd särskiljningsförmåga.

På konkurrensrättens område märks lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens,[1] konkurrenslagen (1982:729) samt marknadsföringslagen (1975:1418).[2] Konkurrenslagen syftar till att värna om en effektiv, fungerande konkurrens. IKL däremot har till uppgift att stävja vissa konkurrensmetoder, som är att anse som otillbörliga. MFL har visserligen sitt sikte inställt främst på konsumentskyddet, men lagen skyddar också konkurrenter mot otillbörliga åtgärder.

De immaterial- och konkurrensrättsliga reglerna kan delas in efter olika kriterier. Vanligt är att dela upp dem i upphovsrätt, å ena sidan, och industriellt rättsskydd, å den andra. Till den sistnämnda kategorin räknas framför allt patenträtt, mönsterrätt, kännetecknsrätt - dvs. firma- och varumärkesrätt - samt regler om illojal konkurrens. Då även upphovsrätten kan komma till användning vid industriell design kan man ifrågasätta värdet av denna distinktion. Större intresse har den skillnad som kan göras mellan skydd för intellektuella prestationer enligt upphovs-, patent- och mönsterlagarna, å ena sidan, och kännetecknsskyddet, å den andra. Man skiljer alltså mellan produkter av andlig verksamhet och individualiseringsmedel som bärare av ekonomiska värden.[3] För de förra gäller ett tidsbegränsat skydd medan skyddet för varukännetecken i princip är obegränsat i tiden. En nackdel med den senare uppdelningen är att konkurrensrätten med dess nära anknytning till kännetecknsrätten inte kommer med i bilden.

Mellan immaterialrätt och konkurrensrätt går en skiljelinje. Det brukar sägas att de immaterialrättsliga lagarna - till skillnad från de konkurrensrättsliga - ger uttryck för ett *objektskydd*.[4]

Uttrycket objektskydd antyder att immaterialrätterna har en del gemensamt med äganderätten till materiella förmögenhetstillgångar. I båda fallen är det fråga om att någon enligt lag har rätt att förfoga över ett visst objekt.[5] Då det gäller äganderätten till en sak är den traditionella utgångspunkten att ägaren har obegränsade möjligheter att förfoga över denna ("äganderättens positiva sida"). Ägaren har också rättsordningens stöd att hindra andra att använda saken på det sätt som han själv kan ("äganderättens negativa sida"). På liknande sätt är det med "intellektuella" eller "industriella äganderätter"[6] dvs. vad som numera kallas immaterialrätter eller immaterialrättsliga ensamrätter. Som exempel skall anges reglerna i patent- och upphovsrättslagarna.

Ensamrätten till en uppfinning innebär *dels* en rätt för patenthavaren att själv använda uppfinningen (den positiva sidan), *dels* en rätt att under viss tid (20 år) hindra andra att utnyttja den (den negativa sidan). Upphovsrätten till ett "verk" har liksom patenträtten en positiv och en negativ sida. Av 2 § upphovsrättslagen framgår att upphovsrätt innefattar uteslutande rätt att i vissa hänseenden förfoga över verket. Härav framgår alltså att den rätt som upphovsmannen har, är stängd för andra.

Vi tar som exempel en bordsstatyett av brons som utgör ett "alster av bildkonst", dvs. den är ett objekt för upphovsrätt enligt 1 § upphovsrättslagen. Om en annan än upphovsmannen utan dennes lov skulle sätta igång att tillverka och marknadsföra kopior av statyn är detta intrång i upphovsrätten enligt reglerna i 7 kap. upphovsrättslagen, och straff och skadestånd kan komma i fråga. Det är då helt utan betydelse om plagiatörens förfarande medför oskäliga konsekvenser i det enskilda fallet. Lagstiftaren har en gång för alla tagit ställning till att handlingen bör följas av straff och/eller skadestånd.

I många fall räcker inte de upphovsrättsliga reglerna till för att skydda den som är formgivare. Den angivna statyetten fyller kanske inte kraven för verkshöjd enligt upphovsrättslagen. Frågan är då om ytterligare skyddsmöjligheter står till buds mot en plagiatör. I många länder, såsom i Västtyskland, Frankrike, Danmark och Norge finns ett kompletterande konkurrensrättsligt skydd. Med mer eller mindre brett anlagda generalklausuler öppnas möjlighet att ingripa bl.a. mot efterbildning av immaterialrättsligt oskyddade prestationer eller kännetecken.

I Sverige är utgångspunkten en annan. I samband med tillkomsten av lagen (1970:412) om otillbörlig marknadsföring[7] fastslogs att frågan om objektskydd mot efterbildning helt bör regleras inom den immaterialrättsliga speciallagstiftningen och att något kompletterande sådant skydd inte bör skapas genom regler om illojal konkurrens.[8]

Det sagda hindrar dock inte att departementschefen i propositionen till 1970 års MFL i praktiken har accepterat ett visst konkurrensrättsligt skydd mot efterbildning inom ramen för den nya generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring. Han nämner där fall då det föreligger risk för förväxling, varigenom allmänheten kan vilseledas om en varas kommersiella ursprung.[9] På grundval av dessa uttalanden i förarbetena har sedermera marknadsdomstolen utvecklat en ganska omfattande praxis.

De immaterialrättsliga resp. konkurrensrättsliga reglerna har principiellt sett fått olika utformning. Det immaterialrättsliga skyddet gäller generellt mot var och en som bryter mot ensamrätten till det skyddade objektet, medan det konkurrensrättsliga aktualiseras om plagiatören gjort sig skyldig till ett *förfarande* som är att anse som *otillbörligt* i det enskilda fallet.

Det konkurrensrättsliga skydd mot otillbörlig efterbildning som utvecklats i den svenska marknadsdomstolens praxis är uteslutande koncentrerat till en specifik situation, nämligen då det anses föreligga risk för förväxling rörande en produkts kommersiella ursprung. Detta innebär att den kompletterande konkurrensrättsliga regleringen i svensk rätt har en nära anknytning till varumärkesrätten, som ju skyddar just olika slag av individualiseringsmedel.

I de efterbildningsfall som prövats av marknadsdomstolen har domstolen också i hög grad låtit sig influeras av kännetecknensrätten.[10] Berörningspunkterna mellan denna del av immaterialrätten och konkurrensrätten är flera. Bl.a. gäller att skyddet såväl enligt kännetecknensrätten som enligt konkurrensrätten är tidsobegränsat. Liksom enligt konkurrensrätten kan varumärkesrättsligt skydd uppkomma - genom inarbetning - utan några formaliteter.

I detta sammanhang skall också sägas något om konkurrensrättens förhållande till vad man numera ofta kallar konsumenträtten. Den traditionella konkurrensrätten - i Norden starkt påverkad av tysk rätt - hade inte annat för ögonen än förhållandet konkurrenterna emellan.[11] Först så småningom växte det synsättet fram att en handling som var otillbörlig mot andra näringsidkare också - och ibland kanske främst - var otillbörlig mot allmänheten, konsumenterna. Ett uttryck för dessa strömningar är som bekant MFL, där konsumentens intressen sätts i centrum. Numera hävdas det ofta att det normalt inte råder någon motsättning mellan näringsidkarnas resp. konkurrenternas intressen, då det gäller otillbörlig konkurrens.[12] Rättsregler som skyddar näringsidkare mot illojal konkurrens kan också ha gynnsamma verkningar från konsumentsynpunkt, medan skyddsregler för konsumenter på motsvarande sätt också kan få positiva effekter för konkurrensen näringsidkare emellan. Den betydelse man vill tillmäta olika typer av otillbörliga åtgärder kan dock växla utifrån vilket eller vilka skyddsintressen som ställs i centrum.

---

1 I fortsättningen förkortad IKL.
2 I fortsättningen förkortad MFL.
3 Eberstein, G, Om skydd för individualiteten. Den personliga och den ekonomiska. Stockholm 1940.
4 Detta uttryck förekommer i utredningens direktiv, se avsnitt 1.1 ovan. Det förekommer också i förarbetena till MFL, varom mera nedan.

5 Om "objektet" för immaterialrätterna se bl.a. Strömholm, S, Upphovsrättens verksbegrepp, 1970, Karnell, G, Begreppet verk i upphovsrätten. NIR 1971 s. 368 ff, Godenhielm s. 18 ff och 101 ff.
6 Jfr Bernitz m.fl. s. 11.
7 I fortsättningen kallad 1970 års MFL.
8 Prop. 1970:57 s. 76.
9 A.a. s. 76 och 90.
10 Se särskilt Bernitz i NIR 1975 s. 179 ff. Jfr Pehrson s. 126 ff.
11 Jfr Eberstein, G & Ljungman, S, Industriellt rättsskydd, kompendium. Stockholm 1963 s. 86.
12 Se bl.a. Bernitz i Festskrift till Hellner s. 130.

3.2 Immaterialrätt

I föregående delavsnitt har angivits den svenska rättens grundinställning att skydd mot otillbörlig efterbildning skall ges inom ramen för befintliga immaterialrättsliga ensamrätter. För att få en konkretiserad bild av detta skydd måste man skaffa sig en närmare kunskap om vad det är som skyddas genom de olika immaterialrättslagarna och hur långt skyddet sträcker sig. Med ett annat uttryckssätt - man måste studera dels immaterialrätternas "skyddsobjekt" och dels deras "skyddsomfång".

3.2.1 Patenträtt

Regler om patent ges i patentlagen (1967:837). Enligt denna lag kan den som har gjort en uppfinning, som kan tillgodogöras industriellt, erhålla patent på uppfinningen (1 §). Patent söks hos en särskild myndighet, patent- och registreringsverket.

Ensamrätten innebär *dels* en rätt för patenthavaren att själv använda uppfinningen, *dels* en rätt att under viss tid, 20 år, hindra andra att utnyttja uppfinningen (3 och 40 §§). Ensamrätten har alltså en positiv och en negativ sida. Det är dock bara den negativa sidan som direkt beskrivs i lagtexten. Det kan nämligen tänkas hinder av olika slag för patenthavarens nyttjanderätt.[1]

Om uppfinnaren får patent på uppfinningen skall denna offentliggöras. Uppfinnaren är bl.a. skyldig att tillhandahålla en beskrivning av uppfinningen, så tydlig att en fackman kan utöva uppfinningen (8 §). Offentliggörandet av beskrivningen samt de övriga handlingarna i patentärendet sker alltid senast 18 månader efter patentansökan (22 §).

Någon närmare definition av begreppet uppfinning - mer än att denna kan tillgodogöras industriellt - ger inte patentlagen. I doktrin och praxis har dock uppfinningsbegreppet preciserats. Att uppfinningen skall kunna tillgodogöras industriellt tolkas mycket vidsträckt. Man kan uttrycka saken så att uppfinningen skall ha *teknisk karaktär*, oavsett verksamhetsområde.

I 1 § andra stycket patentlagen finns numera uppräknat en rad intellektuella objekt som inte ensamma räknas som uppfinning:

1) en upptäckt, vetenskaplig teori eller matematisk metod,

2) en konstnärlig skapelse,

3) en plan, regel eller metod för intellektuell verksamhet, för spel eller för affärsverksamhet eller ett datorprogram,

4) ett framläggande av information.

Utanför begreppet uppfinning faller alltså en upptäckt. Detta är ett konstaterande av något som finns i naturen, men som inte förut är känt. En upptäckt kan inte patenteras. Däremot kan den ofta ge uppslag till en nykonstruktion som är patenterbar.[2]

Inte heller är det, som angivits, möjligt att patentera vetenskapliga teorier, matematiska metoder och inte heller metoder för intellektuell verksamhet etc. Dessa sistnämnda metoder kallas i patentlagens förarbeten "rena anvisningar för det mänskliga intellektet". Hit hör bl.a. system för reklam.[3]

Enligt 1 § tredje stycket patentlagen räknas inte som uppfinning sådant förfarande för kirurgisk eller terapeutisk behandling eller för diagnostisering som skall utövas på människor eller djur. Däremot gäller enligt sista punkten i lagrummet att det inte möter hinder att meddela patent på alster, däribland ämnen och blandningar av ämnen, för användning vid förfaranden av de slag som har omnämnts. Det innebär att patent kan meddelas på t.ex. operationsinstrument och kemiska produkter avsedda att användas vid de angivna icke patenterbara metoderna.[4]

Tidigare gällde i svensk rätt förbud mot produktpatent av livs- och läkemedel. Patent kunde bara meddelas på visst förfarande att framställa livs- och läkemedel, men inte på själva produkten. Denna inskränkning har numera upphävts.[5]

För att en patenterbar uppfinning skall föreligga krävs förutom teknisk karaktär, att uppfinningen har *teknisk effekt* samt att den är *reproducerbar*.

Med teknisk effekt avses att ett visst tekniskt problem skall ha lösts genom uppfinningen. Som nedan skall närmare anges, krävs att uppfinningen skall vara ny. Detta innebär att uppfinningen måste utgöra en ny lösning för att uppnå den önskade tekniska effekten. Den behöver inte medföra ett tekniskt framsteg i förhållande till vad som förut är känt.[6]

Kravet på reproducerbarhet hänger samman med kravet på teknisk effekt. Uppfinningen skall vara sådan att man säkert skall kunna uppnå den avsedda tekniska effekten varje gång uppfinningen utövas.[7]

Ett grundläggande krav för att en uppfinning skall kunna patenteras, är att den är "ny i förhållande till vad som blivit känt före dagen för patentansökningen" (2 § första stycket).

Nyhetskravet är generellt. "Som känt anses allt som blivit allmänt tillgängligt". Det spelar ingen roll när, var eller hur detta har skett, "genom skrift, föredrag, utnyttjande eller på annat sätt" (2 § andra stycket första meningen). Uppfinnarens egen kännedom eller bristande kännedom om eventuellt nyhetshinder saknar betydelse.[8]

För att en omständighet skall ha blivit "allmänt tillgänglig" krävs att en större eller obestämd krets av personer har kunnat ta del av omständigheten i fråga. Så är t.ex. fallet om uppfinningen utnyttjas öppet.

Kravet på nyhet har i patentlagen kopplats samman med kravet på *uppfinningshöjd*. Av 2 § första stycket framgår således att patent endast meddelas på uppfinning som väsentligen skiljer sig från vad som tidigare har blivit känt. Det innebär att det kan göras nykonstruktioner av olika slag, som inte är av den kvaliteten att de kan patenteras, eftersom de ligger för nära det som förut är känt.

Vid formulering av patentkrav skall uppfinningen såvitt möjligt hänföras till någon av kategorierna alster, anordning, förfarande eller användning.[9]

Ett *alster* (produkt) är en materiell sak som tillkommit genom mänskliga åtgöranden. Det som finns färdigt i naturen räknas inte som alster.

Från alster skall skiljas *anordning*. När det gäller alster är det produkten som sådan som är det väsentliga, medan i fråga om anordning det utmärkande är utformningen, vilken sammanhänger med en viss användning. Gränsen mellan alster och anordning är dock flytande.

Förfarande är en åtgärd eller en handling (operation). Vid vissa förfaranden utövas verkan på viss materia, med ett alster som resultat (tillverkningssätt). I andra fall sker ett arbetsförlopp, t.ex. en mätning, utan att det uppstår ett nytt alster.

Uppfinningen kan också gå ut på att för ett känt ändamål *använda* ett känt förfarande, om nu denna användning innebär något väsentligt nytt.[10]

Som ovan nämnts kan ett visst förfarande patentskyddas. Patentskyddet omfattar då naturligtvis primärt detta förfarande. Men enligt 3 § första stycket punkten 3) patentlagen gäller patenthavarens ensamrätt också alster som har tillverkats i enlighet med det patentskyddade förfarandet. Man talar här om ett indirekt produktskydd.[11]

Patent söks, som ovan har nämnts, hos patent- och registreringsverket. Ansökan skall, förutom en beskrivning av uppfinningen, innehålla de patentkrav som avgör ensamrättens skyddsomfång (8 §).[12] Ungefär sex månader efter inlämningsdagen brukar verket förelägga sökanden att yttra

sig eller rätta eventuella brister i ansökan, s.k. tekniskt föreläggande (15 §).[13] Sedan sökanden svarat på föreläggandet, godkänns eller avslås ansökningen (16 och 19 §§).

Om ansökningen godkänns, kungörs den och offentliggörs, så att allmänheten kan komma med invändningar mot ansökningen, t.ex. tidigare inte beaktade nyhetshinder (21 §). Sedan invändningstiden - tre månader - har gått ut, bifalls eller avslås ansökningen (23 §). Mot patent-och registreringsverkets beslut kan talan föras hos patentbesvärsrätten.

Ett patent kan numera upprätthållas i 20 år, räknat från den dag då patentansökningen gjordes (40 §). En förutsättning för att patenträtten skall hållas levande, är dock att sökanden erlägger vissa avgifter (41 §).

Om någon annan än patenthavaren utan dennes lov utnyttjar en patenterad uppfinning, begår han patentintrång. Den som gör detta, kan drabbas av olika påföljder. Om gärningen begås uppsåtligen, kan vederbörande ådömas straff (57 §).

Vanligare är dock att han åläggs att betala skadestånd. Skadeståndsreglerna, som upptas i patentlagens 58 §, har ändrats år 1986.[14] Enligt denna paragrafs första stycke skall den som uppsåtligen eller av oaktsamhet begår patentintrång utge skälig ersättning för utnyttjandet av uppfinningen samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Vid bestämmandet av ersättningens storlek skall hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

I vissa fall kan ersättning vid patentintrång komma i fråga, där varken uppsåt eller oaktsamhet föreligger. Intrångsgöraren skall då utge ersättning för utnyttjandet av uppfinningen, om och i den mån det finnes skäligt (58 § andra stycket).

Skillnaden mellan patentlagens ersättningsregler och allmänna skadeståndsregler skall noteras. Enligt dessa senare ersätts s.k. ren förmögenhetsskada - utanför kontraktsförhållanden - endast vid brottslig handling, 2 kap. 4 § skadeståndslagen. Men enligt 58 § patentlagen gäller inte en sådan koppling. Vidare kan ju, till skillnad från vad som gäller enligt skadeståndslagens huvudregel (2 kap. 1 §), ersättning i visst hänseende utgå utan att ens oaktsamhet föreligger.

Genom 1986 års ändringar i patentlagen har också införts förbud som en särskild sanktion. Enligt en ny 57 a § får nämligen rätten på yrkande av patenthavaren eller den som på grund av licens har rätt att utnyttja uppfinningen vid vite förbjuda den som gör patentintrång att fortsätta intrånget.

I 59 § patentlagen finns bestämmelser om säkerhetsåtgärder. På yrkande av den som har lidit patentintrång kan rätten förordna att patentskyddat alster, som tillverkats utan lov, eller föremål, vars användande skulle

innebära patentintrång, skall ändras, sättas i förvar eller förstöras eller - då det gäller patentskyddat alster - utlämnas mot lösen till den som har lidit intrånget.

---

1 Bernitz m.fl. s. 93.
2 A. a. s. 83 f, Jacobsson m.fl. s. 48 f och Reiland s. 17.
3 Prop. 1977/78:1 Del A s. 322, Jacobsson m.fl. s. 46.
4 A. prop. s. 324, Bernitz m.fl. s. 84.
5 Holmqvist s. 40, Bernitz m.fl. s. 84 , Jacobsson m.fl. s. 65 ff.
6 Holmqvist s. 40 och 47 f, Bernitz m.fl. s. 83 och 87, Jacobsson m.fl. s. 47, Reiland s. 19 f.
7 Holmqvist s. 40, Bernitz m.fl. s. 83, Jacobsson m.fl. s. 47.
8 Holmqvist s. 42, Bernitz m.fl. s. 86, Jacobsson m.fl. s. 73 ff, Reiland s. 20 ff.
9 14 § andra stycket patentkungörelsen (1967:838).
10 Reiland s. 87 f, Jacobsson m.fl. s. 154.
11 Holmqvist s. 58 f, Bernitz m.fl. s. 96, Jacobsson m.fl. s. 103 ff, Reiland s. 165 f.
12 Bernitz m.fl. s. 92.
13 A.a. s. 90.
14 SFS 1986:233. Se vidare prop. 1985/86:86 s. 29 ff och 43 ff.

3.2.2 Upphovsrätt

Lagstiftningen om litterära och konstnärliga verk

Den svenska upphovsrätten regleras av två lagar nämligen:

1) lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, allmänt kallad upphovsrättslagen och

2) lagen (1960:730) om rätt till fotografisk bild, vanligen kallad fotografilagen.

Här skall framför allt upphovsrättslagen beröras. Även fotografilagen har visst intresse för utredningen. Som skall framgå av det följande kan skydd mot otillbörlig efterbildning i viss utsträckning ges genom regler om skydd för tekniska förebilder enligt 3 § andra stycket IKL. En teknisk förebild för tillverkning av en viss produkt kan säkerligen bestå av fotografier.

Till skillnad från vad som gäller enligt patentlagen och mönsterskyddslagen krävs enligt upphovsrättslagen ingen medverkan av myndighet för att ensamrätt skall uppstå. Upphovsmannen till ett verk har upphovsrätt till verket redan från dess tillkomst.

1 § första stycket upphovsrättslagen anger som föremål för upphovsrättsligt skydd litterärt eller konstnärligt verk, vare sig det utgör "skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal, musikaliskt eller sceniskt verk, filmverk eller alster av bildkonst, byggnadskonst eller brukskonst eller kommit till uttryck på annat sätt".

I 1 § andra stycket upphovsrättslagen ges en komplettering till vad som kan skyddas som litterärt verk, nämligen "karta, så ock annat i teckning eller grafik eller i plastisk form utfört verk av beskrivande art".

Litterära verk kan vara antingen skönlitterära eller dokumentära. Innehållet kan uttryckas i text men också grafiskt eller i form av siffror eller tabeller.[1] Som konstnärliga verk räknas verk i alla tänkbara former, som bärs av konstnärlig ambition och av syfte att nå konstnärlig verkan.[2] Det krävs dock ett visst mått av självständighet och originalitet.[3]

Detta originalitetskrav har kommit att preciseras genom det s.k. dubbelskapandekriteriet.[4] Om en persons prestation skall kunna åtnjuta upphovsrättsligt skydd måste det vara praktiskt taget uteslutet att en annan person oberoende av den första skall kunna framställa ett likadant verk.[5] Saknas denna möjlighet till oberoende dubbelskapande, är det en unik prestation som fyller upphovsrättslagens krav på s.k. verkshöjd. Någon litterär eller konstnärlig värdering av alstret skall dock inte företas. Även litterära eller konstnärliga prestationer av låg kvalitet åtnjuter skydd.[6]

I den ursprungliga upphovsrättslagen från år 1960 upptogs bland de skyddade verken bl.a. "alster av konsthantverk eller konstindustri". I samband med tillkomsten av 1970 års mönsterskyddslag, se avsnitt 3.2.3 nedan, ändrades i lagtexten detta uttryck till "brukskonst".

Upphovsrättslagens skyddsområde sammanfaller ibland med vad som skyddas enligt andra immaterialrättslagar. Kollisionen med mönsterskyddslagen har lösts på det sättet att upphovsrätt till ett verk får göras gällande utan hinder av att verket registrerats som mönster (10 § upphovsrättslagen). Här föreligger alltså ett dubbelt skydd.[7]

Upphovsmannen till ett verk har enligt upphovsrättslagens regler en principiell ensamrätt som innebär att han kan förfoga över verket. Förfoganderätten har enligt 2 § två sidor:

- rätt att framställa exemplar av verket och
- rätt att göra det tillgängligt för allmänheten genom offentligt framförande eller genom spridning av exemplar av verket.

Förfoganderätten till verket är emellertid en huvudregel, som är inskränkt genom en rad bestämmelser i 2 kap. upphovsrättslagen. Bl.a. stadgas i 11 § att enstaka exemplar av ett offentliggjort verk får framställas för eget bruk. "Eget bruk" omfattar inte bara kopiering för privat behov utan även kopiering som gynnar ens yrkesverksamhet.[8] En konkurrent hindras alltså inte genom de upphovsrättsliga reglerna att framställa fotokopior av ritningar och andra skyddade verk och tillgodogöra sig innehållet. Det antal exemplar som får framställas är dock begränsat.[9]

Den ovan nämnda förfoganderätten till verket är framför allt avsedd att åstadkomma att upphovsmannen får *ekonomiskt* utbyte av verket. Men upphovsrätten har även en viktig *ideell* sida. Man brukar tala om upphovsmannens "droit moral". Denna rätt innebär bl.a. att upphovsmannen enligt 3 och 28 §§ upphovsrättslagen

- i regel kan kräva att få sitt namn utsatt i samband med publicering och
- kan motsätta sig att verket förvanskas.

En upphovsman kan helt eller delvis överlåta sin rätt till en annan (27 §). Detta gäller dock endast upphovsrättens ekonomiska sida. Droit moral kan inte överlåtas, men den kan efterges "såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket" (3 §).

Upphovsrätten är inte evig. Enligt huvudregeln gäller den intill utgången av femtionde året efter det år, då upphovsmannen avled (43 §).

I upphovsrättslagen regleras vissa upphovsrätten närstående rättigheter. Här skall endast nämnas det s.k. katalogskyddet, som upptas i 49 §. Enligt denna paragraf får en katalog, en tabell eller ett annat arbete med ett stort antal uppgifter i, inte eftergöras utan framställarens samtycke förrän det gått tio år efter utgivningen.[10]

Straffet för intrång i upphovsrätten är böter eller fängelse i högst två år. För straffbarhet krävs att gärningen skett uppsåtligen eller av grov vårdslöshet (53 §).

Reglerna om skadestånd för intrång i upphovsrätt påminner om dem som gäller inom patenträtten. Om intrånget sker uppsåtligen eller av oaktsamhet, har upphovsmannen bl.a. rätt till ersättning för uteblivet vederlag, men även för lidande eller annat förfång. Föreligger inte uppsåt eller oaktsamhet, utgår skäligt vederlag för utnyttjandet (54 §).

Enligt 55 § första stycket kan den som gjort sig skyldig till intrång eller överträdelse tvingas att mot lösen avstå egendom som blivit föremål för intrånget eller överträdelsen till upphovsmannen eller hans rättsinnehavare. Samma gäller i fråga om hjälpmedel, som kan användas för framställning av sådan egendom.

I samma lagrums andra stycke sägs att rätten kan föreskriva att egendomen i stället skall förstöras, ändras eller att andra åtgärder vidtas med den

till förebyggande av missbruk. I sista stycket ges regler om förverkande av andra föremål än som avses i första stycket och som används som hjälpmedel vid sådan framställning av exemplar av verk som utgör brott enligt lagen.

Upphovsrättslagen reglerar förbud endast i ett visst speciellt hänseende (51 §). Om ett verk återges offentligt på ett sätt som kränker den andliga odlingens intresse, kan domstolen meddela förbud mot återgivandet, det s.k. klassikerskyddet.[11]

Lagstiftningen om fotografirätt

Genom fotografilagen skyddas en "fotografisk bild". Denna är i allmänhet ett negativ. Kopior skyddas i egenskap av mångfaldigade exemplar av den fotografiska bilden. Som fotografisk bild anses även vad som framställs genom "ett med fotografi jämförligt förfarande". Härmed avses framför allt upptagning av bilder på elektromagnetiskt band.[12]

Något krav på kvalitet ställs inte på skyddsobjektet, men i uttrycket "bild" ligger en viss begränsning. Således är fotokopior av ritningar och handlingar undantagna från skyddet.[13]

Fotografirätten innefattar liksom upphovsrätten både förfoganderätt och droit moral.

Förfoganderätten till en fotografisk bild är inte lika omfattande som förfoganderätten enligt upphovsrättslagen. Enligt 1 § fotografilagen har den som framställt en fotografisk bild

- rätt att framställa exemplar av bilden och
- rätt att visa bilden offentligt.

Särskilda regler gäller i det fall en fotografisk bild har utförts på beställning. Rätten till en sådan bild tillkommer enligt huvudregeln beställaren, om inte annat uttryckligen har avtalats (14 §).

Skyddstiden är 25 år från det år då bilden framställdes. För fotografier som har konstnärligt och vetenskapligt värde är skyddstiden dock 50 år efter fotografens dödsår (15 §).

Skyddet för brukskonst

Före upphovsrättslagens tillkomst gällde en lag från 1919 om rätt till verk av bildande konst. Genom en lagändring år 1926 upptogs bland lagens skyddsobjekt "alster av konsthantverk och konstindustri". För sådana alster gällde en endast tioårig skyddstid.[14] Mönsterskydd fanns endast i mycket begränsad utsträckning. En lag från år 1899 om skydd för vissa mönster och modeller gällde endast prydnadsalster inom metallindustrin.[15]

Dessa omständigheter kan ligga bakom den generösa syn på upphovsrättsligt skydd för konsthantverk och konstindustri som gällde vid tiden för upp-

hovsrättslagens tillkomst.[16] I propositionen till denna lag berörde föredragande departementschefen frågan om gränsdragningen mellan skyddade och oskyddade produkter såvitt avsåg konstindustrin. Han ansåg att bedömningen borde ske enligt samma normer som annars gällde. Avgörande skulle sålunda vara om produkten i sin utformning företedde en sådan konstnärlig självständighet och originalitet som i allmänhet krävs för upphovsrättsligt skydd. Den omständigheten att produkten var avsedd för industriellt mångfaldigande saknade betydelse för skyddsfrågan. Departementschefen hänvisade här till rättsfallet *NJA 1958 s. 68* (Rudastolen).[17]

> En länsstol som formgivits av Bengt Ruda hade blivit föremål för efterbildning. I hovrättens av högsta domstolen fastställda dom befanns stolen vara ett alster av konsthantverk och konstindustri. De skiljaktigheter som fanns mellan kopian och originalprodukten var så oväsentliga att kopian i konstnärligt hänseende fick anses som en efterbildning av originalet.

Samma utgång som i 1958 års fall blev det i två rättsfall efter upphovsrättslagens tillkomst. Av särskilt intresse är fallet *NJA 1962 s. 750*[18] (Stringhyllan). Högsta domstolen yttrade i domen bl.a. följande:

> I fråga om ett bruksföremål, vid vars skapande eftersträvats att med de medel som används för den tekniska konstruktionen även uppnå en formgivning med estetisk verkan, kan vid bedömningen huruvida produkten utgör ett alster av konsthantverk eller konstindustri, inte tagas i betraktande endast vad produkten må innehålla av individuell konstnärlig gestaltning vid sidan av eller utöver de tekniska faktorerna. Bedömningen måste avse produktens helhetsverkan, även i den mån den härrör eller beror av en teknisk faktor. Att den tekniska idén kunnat patenteras, utesluter ej att produkten kan erhålla skydd såsom brukskonst. Av utredningen får anses styrkt att den Stringhylla varom i målet är fråga i estetiskt hänseende äger sådan originalitet i formgivningen att den utgör alster av konstindustri.

Fallet *NJA 1964 s. 532* (Luxusspegeln)[19] gällde efterbildning av en spegel. I detta fall framhöll högsta domstolen bl.a. att föreningen av skilda element i Luxusspegeln i konstnärligt hänseende uppvisade en sådan ursprunglighet och egenart att spegeln fick anses som ett alster av konstindustri. Spegeln åtnjöt därför skydd enligt upphovsrättslagen.

I förarbetena till 1970 års mönsterskyddslag (se avsnitt 3.2.3 nedan) diskuterades det upphovsrättsliga skyddet för brukskonst. I samband med att man tillskapade en generell mönsterrätt, förordades en skärpning av verkshöjdskravet. Enligt departementschefen borde det vara ett krav för erhållande av upphovsrättsligt skydd på brukskonstområdet att produkten fått en sådan individuell och konstnärlig gestaltning att risken för att samma produkt också skall framkomma genom annans självständiga skapande är obefintlig eller i varje fall mycket ringa. Det nya mönsterskyddet

medförde att man kunde ställa strängare krav på konstnärlighet för upphovsrättsligt skydd. De produkter som lämnades utanför skyddsområdet kunde i stället i stor utsträckning beredas mönsterskydd. Det framhölls, att de brukskonstalster som bedömts av högsta domstolen i fallen NJA 1958 s. 68, 1962 s. 750 och 1964 s. 532 inte kunde anses uppfylla de nya kraven på konstnärlighet och individuell prägel.[20]

Samtidigt med att mönsterskyddslagen år 1970 tillkom, ändrades i 1 § upphovsrättslagen uttrycket "alster av konsthantverk eller konstindustri" till "brukskonst".[21]

Ändringarna i upphovsrättslagen trädde i kraft den 1 oktober 1970. Enligt övergångsbestämmelserna skulle dock redan tillkomna alster av konsthantverk och konstindustri, som inte uppfyllde de nya högre kraven, skyddas intill utgången av september 1980.[22] Efter 1970 års ändringar har det inte förekommit något avgörande av högsta domstolen som rör det skärpta verkshöjdskravet.[23] I denna situation har praxis från ett branschorgan, Svensk Forms Opinionsnämnd, fått en stor betydelse.[24]

Svensk Forms Opinionsnämnd - som tidigare bar namnet Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd - har enligt sina stadgar[25] till uppgift att som ett opartiskt organ avge yttranden i upphovsrättsliga tvistefrågor inom föreningens verksamhetsområde. I samband med sådana yttranden kan nämnden även uttala sig om huruvida en viss åtgärd strider mot god affärssed eller konstnärlig hederskodex. I sådana fall kan nämnden också komma in på marknadsföringsfrågor. - Nämnden består av ordförande och sju övriga ledamöter. Ordföranden skall vara lagfaren och erfaren i domarvärv. Handläggningen vid nämnden sker i domstolsliknande former.[26]

Av stort intresse är de fall då nämnden funnit det nya skärpta verkshöjdskravet vara uppfyllt. Sedan ändringarna i upphovsrättslagen trädde i kraft har nämnden fram t.o.m. sommaren 1986 avgjort i det närmaste ett 50-tal fall. I åtta av dessa har nämnden ansett den nya verkshöjden föreligga.

Opinionsnämndens praxis har kritiserats såsom varande anmärkningsvärt sträng.[27] Ett exempel på detta anses vara nämndens avgörande av år 1981 rörande den s.k. Ulla-sängen, formgiven av arkitekten Bruno Mathsson. Denna säng ansågs av nämnden ha en enkel, väl avvägd och sammanhållen form, som vittnade om en god konstnärlig insats. Nämnden ansåg dock inte att sängen uppfyllde de stränga krav på egenart som efter 1970 års lagändring uppställs för upphovsrättsligt skydd för brukskonst.[28]

Avgörandet har jämförts med två avgöranden från år 1971 rörande den s.k. Karin-fåtöljen, också formgiven av Bruno Mathsson. I dessa båda fall fann nämnden att "Mathsson - - - med sin rika erfarenhet som möbelskapare samordnat utformningen av varje särskild detalj till en helhetskomposition av hög konstnärlig kvalitet". Nämnden fann fåtöljen åtnjuta skydd såsom alster av brukskonst enligt upphovsrättslagen i dess lydelse från den 1 oktober 1970. Emellertid befanns skyddsområdet snävt begränsat, så att skydd kunde påkallas endast gentemot efterbildningar som kom originalet mycket nära. Ingen av de båda plagiat som var uppe till bedömning ansågs utgöra olovlig efterbildning av Karin-fåtöljen.[29]

Nämnden har även kritiserats för att använda ett kvalitativt värderande språk.[30] Vid bedömningen av om ett verk har verkshöjd skall det ju inte göras någon konstnärlig värdering av verket.[31]

Det finns tecken som tyder på att opinionsnämnden under senare tid blivit generösare i sin bedömning. I ett fall rörande efterbildning av de s.k. kålungedockorna ansåg nämnden att originalet framstod som en individuell skapelse och bar prägel av konstnärlig egenart. Ett plagiat befanns utgöra en så närgången efterbildning att det ansågs falla inom skyddsområdet för originaldockan.[32] Ett annat fall rörde en telefon som av det svenska televerket säljs under namnet Diabelle. Denna befanns ha en sådan individuell särprägel att skillnaden i förhållande till tidigare modeller och sådana som kan tänkas bli oberoende framställda i framtiden är tillräcklig för att upphovsrättsligt skydd skall föreligga.[33] Slutligen skall nämnas ett fall beträffande ljuslyktor. Dessa befanns ha fått en utformning med viss särprägel och individualitet, som skiljer sig i förhållande till tidigare skapelser av samma slag. Detta ledde till att efterbildningar ansågs göra intrång i upphovsrätt.[34]

---

1 Prop. 1960:17 s. 42 och 48.
2 A.a. s. 42.
3 A.a. s. 42, 49 och 379.
4 Marianne Levin s. 296.
5 Prop. 1969:168 s. 135, Ljungman, S, Något om verkshöjd. NIR 1970 s. 26, Bergström, S, The literary or artistic work in copyright. Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Åke Malmström s. 15. Stockholm 1972, Olsson s. 15, Bernitz m.fl. s. 26.
6 SOU 1956:25 s. 67, Olsson s. 5. Jfr Ljungman a.a s. 32, Bernitz m.fl. a. st., Marianne Levin s. 292.
7 Prop. 1969:168 s. 128.
8 Prop. 1960:17 s. 109. Jfr SOU 1983:65 s. 99 ff.
9 Prop. 1960:17 s. 104 och 110.
10 Se närmare Bernitz m.fl. s. 61 f. - Reglerna om de närstående rättigheterna har nyligen ändrats, se SFS 1986:367, prop. 1985/86:79.
11 Olsson s. 113 f.
12 Prop. 1960:17 s. 325.
13 A.a. s. 329.
14 Till skillnad från skyddstiden i övrigt som var 30 år. I Danmark, Norge och Finland var skyddstiden, liksom för övriga skyddade verk, 50 år. Marianne Levin s. 288 f.
15 Bernitz m.fl. s. 109.
16 Marianne Levin s. 289.
17 Prop. 1960:17 s. 49. Fallet NJA 1958 s. 68 är också refererat i NIR 1959 s. 60 (med bild).
18 Även referat i NIR 1963 s. 122 (med bild).
19 Även referat i NIR 1966 s. 69 (med bild).

20 SOU 1965:61 s. 208 ff, prop. 1969:168 s. 125, 135 och 268.
21 A.a. s. 120 ff, 133 ff och 268.
22 SFS 1970:488. Prop. 1969:168 s. 136 och 269 f.
23 Jfr hovrättsfallet NIR 1976 s. 236.
24 Jfr SOU 1965:61 s. 210 och 212. Prop. 1969:168 s. 136, Marianne Levin s. 305.
25 Stadgar som antagits av föreningens styrelse den 1 oktober 1979 är intagna hos Bernitz m.fl. Immaterialrättslagstiftningen s. 264 ff.
26 Se vidare Marianne Levin s. 305 ff.
27 A.a. s. 306.
28 Yttrande den 13 januari 1982, nr 131.
29 Yttranden den 30 juni 1971, nr 95 och 96.
30 Marianne Levin s. 307.
31 Se ovan vid not 6.
32 Yttrande den 9 april 1984, nr 133.
33 Yttrande den 27 november 1984, nr 134. Avgörandet var dock inte enhälligt.
34 Yttrande den 17 april 1986, nr 138.

3.2.3 Mönsterrätt

I Sverige finns numera allmänna regler om mönsterskydd i mönsterskyddslagen (1970:485).[1] Denna lag ersatte en lag från 1899 om skydd för vissa mönster och modeller som endast avsåg prydnadsalster inom metallindustrin.[2] Den nya lagen däremot ger skydd åt nyskapande formgivning av alla hantverks- och industriprodukter vare sig det gäller nyttoföremål eller prydnadsföremål.

Tillämpningsområdet för mönsterskyddslagen framgår av dess 1 §. Enligt denna paragraf förstås med mönster förebilden för en varas utseende eller för ett ornament. Enligt lagens förarbeten skyddar lagen inte bara *prydnadsmönster* utan även *nyttomönster*. Det krävs inte att mönstret är estetiskt tilltalande.[3]

Det har i Sverige diskuterats att införa skydd för s.k. nyttighetsmodeller i stil med den tyska skyddsformen "Gebrauchsmuster". Ett Gebrauchsmusterskydd innebär att den bakom mönstrets utformning liggande tekniska idén får ett visst skydd oberoende av formen för utförandet. Tanken på ett Gebrauchsmuster-skydd har dock avvisats.[4] De ändamål som ett sådant skydd skulle tjäna kan i viss utsträckning tillgodoses genom skyddet för nyttomönster, fast skyddet här begränsas till den givna utformningen och inte får karaktär av idéskydd.[5]

Det förhållandet att mönsterskydd kan ges även för rena nyttomönster innebär enligt lagens förarbeten att i vissa fall enklare konstruktioner och smärre uppfinningar kan komma att erhålla skydd som mönster. Mönster-

skyddet ger dock endast skydd för utseendet och inte - som inom patenträtten - för själva den tekniska idén.[6]

Enligt upphovsrättslagen har den som har skapat ett konstnärligt verk - t.ex. alster av bildkonst eller brukskonst - upphovsrätt till verket. Om formgivning inte uppfyller kraven för upphovsrätt, är det möjligt att skydda nyskapelsen som mönster enligt mönsterskyddslagen.[7] Det är dock inte något som hindrar att ett konstnärligt verk, som åtnjuter skydd enligt upphovsrättslagen, dessutom får mönsterskydd enligt mönsterskyddslagen (10 § upphovsrättslagen).[8]

I 1 § mönsterskyddslagen talas om "förebilden för en varas utseende". Med "vara" menas en konkret sak som kan framställas industriellt eller hantverksmässigt och därvid får sitt utseende fixerat.[9] Det kan röra sig om både prydnads- och nyttovaror. Såväl tvådimensionella som tredimensionella varor kan komma i fråga.[10]

Vad som skyddas är enligt 1 § förebilden för en varas utseende - mönstret - och inte själva varan. Varan behöver inte ens existera.[11]

Som framgått skyddar mönsterskyddslagen inte bara förebilden för en varas utseende utan också s.k. ornament. Härmed avses en dekor som är fristående från den färdiga varan.[12]

Liksom när det gäller patent uppställs vissa krav för att ett mönster skall erhålla skydd. Det fordras således att mönstret väsentligen skiljer sig från vad som blivit känt före dagen för registreringsansökningen (2 § första stycket).

Som känt anses allt som blivit tillgängligt före dagen för mönsteransökan, oavsett var eller på vilket sätt detta har skett. Nyhetskravet är absolut. Även ett mönster som ingår i en till patent- och registreringsverket tidigare ingiven ansökan om patent- eller mönsterskydd anses som känt (2 § andra stycket).[13]

Kravet på "väsentlig skillnad" innebär att det skall finnas ett utseendemässigt avstånd mellan det aktuella mönstret och de mönster som redan är kända. För att skillnadskravet skall vara uppfyllt, bör i regel fordras att man får ett nytt helhetsintryck av mönstervaran.[14] Skillnadskravet bör enligt propositionen tillämpas strängt. S.k. banala mönster är utestängda från skydd.[15] Detta innebär - som det uppfattas i Sverige - att registrering vägras om det är övervägande sannolikt att ett mönster tidigare är känt.[16]

Vid tillämpningen av skillnadskravet bör beaktas de speciella förhållandena som kan gälla inom olika branscher. Så t.ex. torde det vara skäl att tillämpa kravet särskilt strängt i fråga om mönster inom textil- och konfektionsindustrierna samt möbelindustrin.[17]

Innebörden av ensamrätten behandlas i 5 § mönsterskyddslagen. Enligt denna paragraf får annan än innehavaren av mönsterrätten (mönsterhavaren)

inte utan dennes lov yrkesmässigt utnyttja mönstret. Härmed menas bl.a. att tillverka, saluhålla etc. en vara "vars utseende icke väsentligen skiljer sig från mönstret".[18]

Av det sagda framgår att mönsterhavarens *skyddsomfång* korresponderar mot det skillnadskrav som enligt 2 § mönsterskyddslagen utgör en förutsättning för mönsterskydd.[19] Skyddsomfånget bestäms rent tekniskt av det bildmaterial och de eventuella modeller som ges in i samband med mönsterskyddsansökan.[20]

Skyddstiden enligt mönsterskyddslagen är fem år. Denna tid kan förlängas för ytterligare två femårsperioder, dvs. sammanlagt högst 15 år (24 §).

Ansökan om registrering av mönster görs - liksom patentansökan - hos patent- och registreringsverket. Man har ett system med förprövning som i stort överensstämmer med motsvarande regler i patentlagen.[21]

Talan mot patent- och registreringsverkets beslut förs hos patentbesvärsrätten (tidigare patentverkets besvärsavdelning). Mot beslut av denna senare instans förs talan hos regeringsrätten. Det är också möjligt för en tredje man att vid allmän domstol föra talan om att en mönsterregistrering skall hävas.

Liksom i patentlagen finns i mönsterskyddslagen regler om intrång. Fråga om intrång prövas av allmän domstol. Påföljder som blir aktuella är straff eller skadestånd. Ren förmögenhetsskada ersätts på det - i förhållande till allmän skadeståndsrätt - generösare sätt som också gäller enligt patentlagen.[22]

Några regler om förbud finns inte i mönsterskyddslagen. Däremot finns bestämmelser om säkerhetsåtgärder (37 §). Innehållet i denna paragraf ansluter nära till 59 § patentlagen.

Närmare om praxis vid tillämpning av mönsterskyddslagen[23]

Av det föregående har framgått att fråga om mönsterregistrering kan bli föremål både för administrativ och för judiciell prövning. Normalt prövas fråga om mönsterregistrering av mönstersektionen vid patent- och registreringsverket. Verkets beslut kan fullföljas till patentbesvärsrätten och till regeringsrätten. Däremot handläggs mål om intrång i mönsterrätt och fråga om hävande av mönsterregistrering vid allmän domstol, med högsta domstolen som sista instans.

Vad först gäller skillnadskravet i administrativ praxis kan det anses att utvecklingen har gått i vågor. Först en relativt sträng praxis, åtföljd av en liberalisering och därefter åter en skärpning, åtminstone i de två lägre instanserna.[24] Däremot har regeringsrätten i ett fall från 1977 [25] ändrat såväl mönstersektionens som besvärsavdelningens beslut och medgivit registrering av en fåtölj. Denna hade samma rygg och sits som en annan stol som tidigare hade registrerats. Skillnaden bestod i att armstödet var annorlunda och att den nya stolen hade snurrfot i stället för, som den gamla, ben. Regeringsrätten yttrade härom:

> Denna senare anordning utgör ett framträdande element i det med ansökningen avsedda mönstret, bl.a. framhäver den på ett påtagligt sätt den funktionella skillnaden mellan de båda stoltyperna. Utseendemässigt ger mönstret sålunda intryck av att avse en ny stoltyp och detta intryck har sådan styrka att det nya mönstret får anses väsentligen skilja sig från det tidigare kända mönstret.

Detta nu nämnda avgörande från regeringsrätten skall jämföras med det enda fall där högsta domstolen har prövat skillnadskravet enligt mönsterskyddslagen:

> *NJA 1980 s. 575 (Mecca-soffan)*[26]
>
> K hade år 1976 fått ett mönster till en soffa, Mecca, inregistrerat. K väckte vid tingsrätten talan mot S rörande mönsterintrång. S yrkade för sin del att tingsrätten måtte häva mönsterregistreringen. I målet inhämtades yttrande från besvärsavdelningen. Tingsrätten fann, i likhet med besvärsavdelningen, att "Mecca" väsentligen skilde sig från två andra soffor "Cora" och "Lima" som varit allmänt kända före dagen för registreringsansökningen. Tingsrätten ogillade därför talan om hävning.
>
> Hovrätten, däremot, fann att skillnaden mellan "Mecca" och de två andra sofforna hänförde sig till detaljer och hävde registreringen.
>
> Högsta domstolen citerade departementschefens yttrande i propositionen om att skillnadskravet borde tillämpas särskilt strängt i fråga om mönster inom bl.a. möbelindustrin. Domstolen fann vissa tydligt urskiljbara detaljer i "Meccas" utförande som skiljer soffan från de båda andra sofforna, men ansåg inte skillnaden vara uttryck för en sådan ny formgivning att de ger mönstervaran ett nytt helhetsintryck. Domstolen ansåg liksom hovrätten att registreringen skulle hävas.

En jämförelse mellan regeringsrättens ovan angivna avgörande rörande snurrstolen och högsta domstolens avgörande rörande Mecca-soffan tycks ge vid handen att den senare domstolen uppfattar skillnadskravet strängare än den förra. Rättsläget måste därför bedömas som osäkert.[27]

Under år 1982 har regeringsrätten tagit ställning till frågan om mönsterregistrering av skotskrutiga tyger. I fyra fall rörande s.k. Burberrymönster[28] ansåg domstolen att det aktuella mönstret inte kunde anses skilja sig i så hög grad från vad som tidigare varit känt, att mönsterskyddslagens skillnadskrav var uppfyllt.

I ett senare samma år avgjort fall,[29] som rörde s.k. Tartan-mönster, kom regeringsrätten till motsatt slut. Det ifrågavarande mönstret ansågs skilja sig väsentligt från de andra mönster som åberopades i målet. Tartan-mönstret fick anses vara särpräglat. Det framstod som ett alster av kvalificerat skapande. Regeringsrätten fann därför mönstret uppfylla kraven för registrering.

Som tidigare har angivits skyddas enligt mönsterskyddslagens förarbeten inte bara prydnadsmönster, utan också nyttomönster. Emellertid har regeringsrätten genom ett antal avgöranden sedan år 1980[30] slagit in på en linje, som enstämmigt har kritiserats i litteraturen.[31] De nämnda avgörandena har stadfästs år 1984 genom ett pleniavgörande rörande inregistrering av mönster till kartongämnen.[32] I domen anför regeringsrätten följande:

> I förarbetena till mönsterskyddslagen har betonats att lagen är avsedd att uppmuntra till nyskapande inom den hantverksmässiga och industriella formgivningen liksom att mönsterskyddet är ett rent utseendeskydd innefattande krav på utseendemässig distans. För mönsterskydd krävs därför en formgivning som skall vara i någon mån kvalificerad och inte helt betingad av användningsändamålet.
>
> Ansökningen avser ämne till en förpackning. Ämnet utgör ett förstadium till den förpackning som framkommer då ämnet viks samman på avsett vis. Det har icke visats att formgivningen av ämnet ägnats någon särskild omsorg utöver vad som erfordras för att ämnet skall kunna vikas ihop till en kartong eller att ämnets form eljest innehåller något skyddsvärt element.

Av det nu anförda följer att inte varje nyttomönster är registreringsbart. Därmed är naturligtvis inte sagt att alla nyttomönster undantas från skydd.[33] Regeringsrätten ståndpunkt är dock svår att förena med mönsterskyddslagens förarbeten. Det finns där inte något stöd för att göra en sådan skillnad mellan prydnadsmönster och nyttomönster, som de nu åberopade avgörandena av regeringsrätten ger uttryck för.

---

1 Se även mönsterskyddsförordningen (1970:486).
2 Bernitz m.fl. s. 109, Marianne Levin s. 315.
3 Prop. 1969:168 s. 58 f.
4 LU 1985/86:29 s. 10 f.
5 Prop. 1969:168 s. 60 f.
6 A.a. s. 58.
7 A.a. s. 49.
8 A.a. s. 128.
9 A.a. s. 144.
10 Se vidare a. st. och Bernitz m.fl. s. 110.
11 A. st.
12 Prop. 1969:168 s. 145.
13 SOU 1965:61 s. 106 ff. Prop. 1969:168 s. 65. Jfr Bernitz m.fl. s. 111, Marianne Levin s. 323 f, Godenhielm s. 169 f.
14 Prop. 1969:168 s. 73.
15 A.a. s. 74. Jfr SOU 1965:61 s. 122 ff.
16 Dessa frågor är omdiskuterade i nordisk doktrin, se bl.a. Ljungman, S, Mönsterlagen i praxis. NIR 1977 s. 46 f, Marianne Levin s. 339 f.

17 Prop. 1969:168 s. 74. Jfr Marianne Levin s. 328 f.
18 Prop. 1969:168 s. 159.
19 A.a. s. 108 f. Bernitz m.fl. s. 114.
20 A.a. s. 115.
21 Beträffande förprövningssystemet se Bernitz m.fl. s. 89, Marianne Levin s. 325 f.
22 Se avsnitt 3.2.1 vid not 14.
23 Materialet till framställningen under denna rubrik har i stor utsträckning hämtats från Marianne Levin s. 330 ff.
24 A.a. s. 331.
25 RÅ 1977 Ab 481. Se bild hos Bernitz m.fl. s. 112.
26 Även referat i NIR 1982 s. 164. Bild hos Bernitz m.fl. s. 113.
27 Marianne Levin s. 333.
28 RÅ 1982 2:9 samt RÅ 1982 Ab 69, 70 och 71.
29 RÅ 1982 Ab 167.
30 RÅ 1980 1:20 (med bilder) = NIR 1981 s. 417 och 419 (med bilder, gjutform och byggelement), RÅ 1982 Ab 44 = NIR 1982 s. 487 (stötfångarförpackning), RÅ 1982 2:56 (arbetsjacka).
31 Bernitz m.fl. s. 111 f, Pehrson i NIR 1983 s. 527 f och Marianne Levin s. 336 f.
32 RÅ 1984 2:65. Ett regeringsråd var skiljaktigt i fråga om motiveringen och yttrade bl.a. att han fann att syftet med mönsterskapandet inte bör vara avgörande för om mönstret är skyddsvärt.
33 Jfr LU 1985/86:29 s. 10 f betr. motion 1985/86:L 227 av Marianne Karlsson.

3.2.4 Varumärkesrätt

Regler om varumärken ges framför allt i varumärkeslagen (1960:644).[1] Varumärke definieras i 1 § första stycket som ett särskilt kännetecken för att från andras varor skilja sådana varor, som en näringsidkare tillhandahåller i sin rörelse.[2]

Till skillnad från vad som gäller för patent och mönster behöver ett varumärke inte registreras för att ensamrätt skall uppstå. Skydd kan nämligen uppstå, inte bara genom registrering (hos patent- och registreringsverket) utan också genom inarbetning. Registrering medför dock vissa fördelar för varumärkesinnehavaren.[3]

Alla typer av objekt kan fungera som kännetecken.[4] En näringsidkare kan genom registrering eller inarbetning vinna ensamrätt till figur, ord, bokstäver eller siffror eller "säregen utstyrsel av vara eller dess förpackning" (1 § andra stycket).

Genom inarbetning kan ensamrätt dessutom förvärvas till "slagord eller annat i näringen använt särskilt varukännetecken" (2 § andra stycket). Som exempel på slagord kan anges en slogan av typen "Ta't lugnt, ta en Toy".[5] "Annat särskilt varukännetecken" är t.ex. särskild utstyrsel av ett företags affärslokaler eller personaluniformer.[6]

Ett grundläggande krav för varumärkesrättslig ensamrätt till ett visst objekt är att detta har *särskiljningsförmåga* eller, med en i litteraturen vanligt förekommande term, *distinktivitet*. Detta krav gäller inte bara vid registrering, utan också vid inarbetning. I varumärkeslagens förarbeten och i litteraturen ges distinktivitetskravet en dubbel motivering:

1) Ett varukännetecken skall vara ägnat att uppfattas som ett kännetecken, dvs. ett individualiseringsmedel.
2) En näringsidkare bör inte kunna få ensamrätt till ett objekt, då denna rätt skulle på ett otillbörligt sätt inskränka en annan näringsidkares rätt att använda objektet. - Denna punkt är ett uttryck för det s.k. frihållningsbehovet, varom närmare nedan.[7]

Särskiljningsförmågan kan vara ursprunglig (inneboende) eller förvärvad.[8] Om märket har ursprunglig särskiljningsförmåga kan det enligt 13 § första stycket första meningen varumärkeslagen registreras. Enligt samma lagrums andra mening anses ett märke som uteslutande eller med endast mindre tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning etc. inte i och för sig äga - ursprunglig - särskiljningsförmåga. Men av lagrummets tredje mening framgår att märket genom användning kan visas äga särskiljningsförmåga. I varumärkeslagens motiv anges som exempel en vit prick mot en mörk bakgrund eller deskriptiva ord. Sådana ord kan få en *sekundärbetydelse* (secondary meaning) vid sidan av sin primära beskrivande innebörd. Sålunda har "Karlssons Klister", efter en omfattande användning registrerats som varumärke.[9]

Det grundläggande kravet på särskiljningsförmåga som förutsättning för varumärkesrätt gäller också beträffande en varuutstyrsel. Emellertid har distinktivitetskravet här förstärkts genom rekvisitet "säregen", 1 § andra stycket varumärkeslagen.[10] Vidare har frihållningsbehovet fått ett särskilt uttryck i den just för varuutstyrslar viktiga regeln i 5 § varumärkeslagen. Enligt denna paragraf innefattar ensamrätt till varukännetecken inte sådan del av kännetecknet som huvudsakligen tjänar att göra varan eller dess förpackning mera ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken. Regeln innebär att varumärkesskydd inte ges åt sådan formgivning vars funktionella inslag överväger.[11]

För att ett varumärke skall kunna registreras krävs alltså att märket har särskiljningsförmåga. Det får dock inte föreligga någon sådan omständighet som enligt 14 § varumärkeslagen medför hinder för registrering.[12] Bl.a. gäller att ett märke inte får registreras om det uppenbart är ägnat att vilseleda allmänheten (14 § 2). Härmed avses att märket t.ex. framkallar en oriktig föreställning hos avnämarna - konsumenter eller näringsidkare - beträffande varans beskaffenhet, användning, geografiska ursprung etc. Ett

exempel är varumärket "Fruktis" som beteckning för efterrätter helt och hållet framställda av konstgjorda essenser.[13]

Ytterligare registreringshinder är att ett varumärke inte får registreras om det är förväxlingsbart med en annan näringsidkares redan skyddade varumärke (14 § 6). Detta registreringshinder tillgodoser varumärkeshavarens intressen men innebär också ett skydd mot att allmänheten vilseleds om varors kommersiella ursprung.[14] Varukännetecken anses enligt 6 § första stycket varumärkeslagen vara förväxlingsbara endast om de avser varor av samma eller liknande slag, s.k. varuslagslikhet. För att två märken skall anses vara förväxlingsbara krävs således dels att de har en viss grad av likhet, dels används för varor som har en viss beröring med varandra, t.ex. garn/strumpor, skrivmaskiner/ färgband.[15]

Från kravet på varuslagslikhet görs i 6 § andra stycket a) varumärkeslagen undantag bl.a. då ett kännetecken är synnerligen starkt inarbetat och känt inom vida kretsar av allmänheten här i riket och det med hänsyn härtill skulle innebära ett otillbörligt utnyttjande av det tidigare märkets goodwill att använda det andra märket, den s.k. Kodakregeln.

Det hittills anförda har närmast avsett skydd som uppkommer genom *registrering*. Men enligt 2 § första stycket varumärkeslagen kan ensamrätt till varumärke också uppkomma, då märket blivit *inarbetat*. Och enligt paragrafens tredje stycke anses ett kännetecken inarbetat om det "här i riket bland dem, till vilka det riktar sig, är allmänt känt som beteckning för innehavarens varor". I den sålunda bestämda omsättningskretsen ingår såväl personer som kan tänkas köpa den ifrågavarande produkten som personer som är verksamma i den bransch det gäller.[16]

Det nämnda lagrummet anger således att ett kännetecken för att anses som inarbetat skall vara "allmänt känt". I betänkandet med förslag till varumärkeslag anges bl.a. att det inte kan fordras att en viss bestämd andel av personerna inom omsättningskretsen, t.ex. minst hälften, känner till ett visst kännetecken. Det måste emellertid alltid krävas att en så stor del av omsättningskretsen känner till kännetecknet att detta redan till följd därav har erhållit ett påtagligt good will-värde.[17] I litteraturen finns olika försök att ange den erforderliga inarbetningsgraden i procent.[18]

Om ett varumärke nu registrerats eller blivit inarbetat förvärvar innehavaren ensamrätt till märket. Detta betyder att ingen annan får använda ett märke som kan förväxlas med det skyddade i sin näringsverksamhet (4 §).

Varumärkesrätten är inte tidsbegränsad. Registreringen gäller visserligen endast tio år från registreringsdatum, men den kan förlängas för hur många tioårsperioder som helst. Skydd genom inarbetning upphör automatiskt när märket inte längre är allmänt känt.[19]

Om ett registrerat varumärke inte förnyas upphör varumärkesrätten, såvida inte skyddet kvarstår genom inarbetning.[20] Registrering kan också hävas av

domstol. Detta kan t.ex. ske om märket förlorat sin särskiljande förmåga genom s.k. degeneration. Ett exempel är "Earl Greys Tea".[21]

Intrång i varumärkesrätten kan medföra straff och skadeståndsskyldighet. Straff kan endast utdömas om intrånget sker uppsåtligen, medan skadestånd förutsätter oaktsamhet (37 och 38 §§). Detta innebär en skillnad jämfört med patent- och mönsterrätten, där ju skadestånd - i form av skälig ersättning för nyttjandet - kan komma i fråga även om gärningsmannen inte varit oaktsam.

Rätten till varumärke kan överlåtas eller upplåtas. Överlåts en rörelse till vilken ett varumärke hör, innefattas varumärket i överlåtelsen om inte annat har avtalats (32 §). En upplåtelse (licens) av ett varumärke sker oftast som en del av ett mer omfattande avtal som också innehåller t.ex. bestämmelser om licens av patent och/eller know-how.[22]

I samband med varumärkeslagens tillkomst var det tal om att införa möjlighet för domstol att meddela förbud mot varumärkesintrång. Sådana regler kom dock aldrig till stånd.[23] Däremot finns i 35 § regler om att domstol vid vite kan förbjuda användningen av vilseledande varukännetecken i olika situationer.

I 36 § föreskrivs att rätten i samband med utdömande av enligt 35 § förelagt vite kan förordna att det varukännetecken som förbjudits skall utplånas eller ändras så att det inte längre är vilseledande. Om det inte går på annat sätt, får rätten förordna att den märkta egendomen skall förstöras eller ändras.

Varken 35 eller 36 § har fått någon praktisk betydelse.[24] Användande av vilseledande varukännetecken strider efter tillkomsten av 1970 års MFL mot denna lag (numera 1975 års MFL). Till den praxis som här har vuxit fram återkommer vi nedan.

En bestämmelse om säkerhetsåtgärder i samband med varumärkesintrång finns i 41 §. Denna paragraf ansluter sig nära till 59 § patentlagen och 37 § mönsterskyddslagen.

Skydd för varuutstyrsel

Som nämnts kan ett varumärke enligt 1 § andra stycket bestå av "säregen utstyrsel av vara eller dess förpackning".[25]

Genom lagtextens uttryck "säregen" har varumärkeslagens grundläggande distinktivitetskrav förstärkts:

> Genom att i definitionen uttryckligen upptagits kravet att varuutstyrsel skall vara *säregen* har utredningen velat speciellt betona att fordringarna på särprägel eller distinktivitet böra ställas tämligen höga i fråga om varuutstyrslar. Kravet på särskiljningsförmåga gäller visserligen alla varukännetecken, men

> försiktigheten har ansetts bjuda, att fordringen på särprägel i detta fall ställes något högre än då det gäller figur- och ordmärken.[26]

Holmqvist har framhållit, att varumärkeslagens förarbeten inte ger uttryck för en extremt hög distinktivitet då det gäller varuutstyrslar. I stället kan sägas att det krävs en betryggande - en tillräckligt tydlig - distinktivitet.[27]

Kravet i 1 § på att en varuutstyrsel skall vara "säregen" är en betingelse för skydd genom registrering. Däremot ger lagen inte något uttryckligt besked, om det även för skydd genom inarbetning krävs att en varuutstyrsel är säregen. I princip bör detta inte vara nödvändigt. Finns det tvekan om kännetecknets säregna karaktär måste dock inarbetningen vara övertygande.[28]

Frågan om distinktivitetskravet för varuutstyrslar hänger nära samman med frihållningsbehovet, som fått ett särskilt uttryck i 5 § varumärkeslagen. Som redan nämnts ovan innefattar enligt denna paragraf ensamrätten till ett varukännetecken inte sådan del av kännetecknet, som *huvudsakligen* har ett funktionellt syfte. Emellertid har departementschefen i propositionen till varumärkeslagen uttalat, att det varumärkesrättsliga skyddet för varuutstyrslar måste begränsas till sådana moment i utstyrseln som *uteslutande* tjänar som varukännetecken.[29] Detta uttalande har orsakat problem, eftersom det inte går ihop med lagtexten. T.ex. skulle ett utstyrselmoment som är i lika grad funktionellt och icke-funktionellt komma att skyddas enligt lagtexten; ensamrätt utesluts enligt lagen nämligen endast om momentet är huvudsakligen funktionellt. Men enligt departementschefens uttalande skulle momentet ej skyddas; momentet är nämligen inte uteslutande av kännetecknskaraktär. Det har uttalats att departementschefens uttalande inte får läsas isolerat, utan bör ses mot bakgrund av vad denne eljest uttalat i propositionen. Därvid skulle man kunna dra den slutsatsen, att departementschefen inte har avsett något annat, än vad lagtexten ger vid handen.[30]

Praxis rörande registrering av varuutstyrslar är sträng. Dock ställer praxis högre krav på särskiljningsförmåga för egentliga varuutstyrslar än på förpackningsutstyrslar.

I flera fall har registrering av egentliga varuutstyrslar vägrats. Fallet RÅ 1966 s. 35 gällde registrering av den elektriska rakapparaten Philishave.[31] Regeringsrätten uttalade i sitt utslag följande:

> Enär rakapparatens form icke kan anses utgöra sådan säregen utstyrsel av vara som avses i 1 § varumärkeslagen, kan utstyrseln - oavsett vilken särskiljningsförmåga rakapparaten kan ha vunnit under marknadsföringen - icke registreras såsom varumärke. Regeringsrätten lämnar därför besvären utan bifall.

Philishave-målet har blivit föremål för flera tolkningar. En är att domstolen ansåg, att apparatens utformning främst var funktionellt betingad

och därmed utesluten från varumärkesskydd enligt 5 § varumärkeslagen. Den andra tolkningen är att domstolen menade att endast egentliga varuutstyrslar som i sig är säregna kan registreras och att en brist i detta hänseende inte kan botas genom användning.[32] Sistnämnda tolkning står emellertid i strid med vad som eljest gäller i varumärkesrätten.[33]

Ett annat ledande fall där inregistrering av en egentlig varuutstyrsel har nekats är RÅ 1974 A 319-320 (Rigelloflaskan).[34] Besvärsavdelningen vid patent-och registreringsverket avslog ansökan om registrering med följande motivering, som ej ändrades av regeringsrätten:[35]

> Vid bedömningen av särprägeln hos en varuutstyrsel måste hänsyn tagas till de varor för vilka kännetecknet är avsett. Besvärsavdelningen delar i princip den uppfattning som uttalats av varumärkesbyrån, nämligen att strängare krav på särprägel måste ställas när utstyrseln består av formen på själva den vara den avser än om den endast gäller förpackningen för vissa andra varor. Ifrågavarande utstyrsel uppfyller icke ett sådant strängare krav.

Det finns dock exempel på att egentliga varuutstyrslar har inregistrerats. Det gäller t.ex. tandkrämen Signal, som är röd-vit-randig då den kläms ur tuben.[36] Vidare kan nämnas en tvål utformad som ett björklöv och en glasspinne utformad som en rymdfarkost.[37] Beträffande dessa två sista fall anför Holmqvist att det i och för sig är möjligt att få registrerade egentliga varuutstyrslar, men detta synes enligt administrativ praxis förutsätta en formgivning som är helt associationsfri, dvs. formen får inte ha något begreppssamband med varans ändamål. I ett sådant fall krävs det inte att det visas inarbetning av utstyrseln.[38]

Vad gäller förpackningsutstyrslar är, som redan nämnts, praxis inte lika sträng som då det gäller de egentliga varuutstyrslarna. Exempel på förpackningsutstyrslar som inregistrerats är förpackningen för flytande tvål av märket Bliw[39] och kartongen för Melittas kaffefilterpåsar.[40]

Ytterligare en kategori är dekorutstyrslar. Dessa består av dekorelement på en vara, t.ex. ränder eller annan dekor, även sådan som helt täcker varan. Det kan röra sig om en sportsko med ränder. Beträffande denna utstyrseltyp är praxis mildare än för de övriga två utstyrselkategorierna. Detta sägs sammanhänga med dekorutstyrslars närhet till figurmärken.[41]

Den stränga registreringspraxis som gäller vid varuutstyrslar, speciellt då egentliga varuutstyrslar, beror alltså på rekvisitet "säregen" i 1 § varumärkeslagen och på regeln i 5 § som från varumärkesskydd undantar sådant som har huvudsakligen funktionell karaktär.

I praxis tycks lagstiftarens intentioner med 5 § varumärkeslagen främst ha kommit till uttryck genom en sträng bedömning av rekvisitet "säregen". I litteraturen har detta förhållande kritiserats. Pehrson har uttalat att det förhållandet att en varuutstyrsel är funktionellt betingad inte behöver medföra att utstyrseln saknar särskiljningsförmåga.[42] Holmqvist understryker att ett absolut frihållningsbehov endast föreligger då det

bara existerar *en enda* form för att åstadkomma en viss teknisk verkan. Men om en form kan *varieras* bör det inte föreligga något hinder att ge varumärkesrättslig ensamrätt, när denna form har visats äga särskiljningsförmåga genom inarbetning. Holmqvist understryker vidare att inarbetningen avser utstyrselns *helhet*. Denna kan ha distinktivitet och bör därvid åtnjuta varumärkesrättsligt skydd. Risken för monopolisering motverkas genom att konkurrenterna får tillgodogöra sig sådana delar av formgivningen som inte kan varieras.[43]

---

1 Vidare bl.a. i kollektivmärkeslagen (1960:645) och varumärkesförordningen (1960:648).
2 Pehrson s. 30 ff.
3 Bernitz m.fl. s. 126. Det noteras att varumärkeslagen skiljer på varumärke - som kan registreras - och varukännetecken - som avser både registrerbara och icke registrerbara kännetecken.
4 A.a. s. 124, Pehrson s. 150.
5 Bernitz m.fl. s. 125.
6 Holmqvist, *Bilaga.*
7 SOU 1958:10 s. 269, Pehrson s. 163, Holmqvist a.a.
8 Holmqvist, manuset, använder även termerna principiell resp. faktisk distinktivitet.
9 SOU 1958:10 s. 273 och Bernitz m.fl. s. 129, Holmqvist, *Bilaga*, understryker att distinktivitetsgraden inte ändras genom att varuvarumärket används. Vad som sker är att det *tydliggörs* att distinktivitetsrekvisiten är uppfyllda och att kännetecknet därför kan vara föremål för ensamrätt. Holmqvist understryker också att användning enligt 13 § första stycket tredje meningen varumärkeslagen inte kräver fullbordad inarbetning enligt lagens 2 § tredje stycket. Se vidare nedan.
10 SOU 1958:10 s. 218, prop. 1960:167 s. 49. Se närmare nedan.
11 Se vidare nedan vid not 29-30 och avsnitt 7.8.
12 Se SOU 1958:10 s. 280 f., Bernitz m.fl. s. 132 ff.
13 A.a. s. 132.
14 Jfr SOU 1958:10 s. 281 och prop. 1970:57 s. 90 samt Bernitz i NIR 1975 s. 194 f.
15 Bernitz m.fl. s. 135 f.
16 A.a. s. 126 f, Pehrson s. 155 ff.
17 SOU 1958:10 s. 222.
18 Pehrson s. 160. Se även Tengelin, S, Inarbetning av kännetecken. Tolkningsproblem och undersökningsmetoder. NIR 1975 s. 371 ff.
19 Bernitz m.fl. s. 118.
20 A.a. s. 143.
21 A.a. s. 144. Se vidare Holmqvist, L, Degeneration of Trade Marks, Malmö 1971.
22 Bernitz m.fl. s. 141.
23 SOU 1958:10 s. 331, prop. 1960:167 s. 175 ff.

24 Bernitz m.fl. s. 142.
25 A.a. s. 130 f.
26 SOU 1958:10 s. 218, jfr prop. 1960:167 s. 49.
27 Holmqvist, *Bilaga*. Jfr Bernitz m.fl. s. 130, Pehrson s. 185, densamme i NIR 1983 s. 529.
28 Holmqvist, *Bilaga*, Pehrson s. 185 f. Se dock vid not 31 nedan.
29 Prop. 1960:167 s. 49, jfr Pehrson s. 184, densamme i NIR 1983 s. 529 f.
30 Jfr Holmqvist, manuset.
31 Även referat i NIR 1966 s. 165 (med bild).
32 Pehrson s. 184 och 186.
33 A.a. s. 186. Jfr ovan vid not 28 samt Ljungman i sakkunnigutlåtande i varumärkesansökningarna 1977-3395/6/7, se Holmqvist, *Bilaga*.
34 Även referat i NIR 1974 s. 321 (med bild).
35 Rigelloflaskan har däremot registrerats som förpackningsutstyrsel. Se Holmqvist, manuset.
36 Patentverkets besvärsavdelning 33/1962.
37 Reg.nr 122 903 resp. 127 054. Uppgifterna hämtade från Holmqvist, manuset.
38 Holmqvist, *Bilaga* och densamme, manuset.
39 Reg.nr 127 109.
40 Patentverkets besvärsavdelning 28/1965.
41 Holmqvist, manuset.
42 Pehrson s. 195, densamme i NIR 1983 s. 510.
43 Holmqvist, *Bilaga*. - Eventuellt kan det krävas en s.k. disclaimer enligt 15 § varumärkeslagen.

3.3 Konkurrens- och marknadsrätt

Som redan har angivits i avsnitt 3.1 ovan ger svensk rätt - trots principen om immaterialrättslagstiftningens exklusivitet - ändå ett visst skydd mot otillbörlig efterbildning genom konkurrensrättslig lagstiftning. Framför allt är det MFL som ger detta kompletterande skydd. Men även lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens kan nämnas i detta sammanhang.

3.3.1 Lagen med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (IKL)[1]

IKL skyddar mot vissa konkurrensmetoder som är att anse som illojala.

Den centrala av de bestämmelser som lever kvar i IKL finns i 3 §.

I 3 § första stycket ges en regel som stadgar straff för en anställd som under den tid anställningsavtalet är gällande, i avsikt att bereda sig eller annan fördel eller att göra skada, obehörigen använder sig av eller yppar fabrikationssätt e.d. varom han under samma tid erhållit kännedom och som han vet utgör en arbetsgivarens yrkeshemlighet.

I lagrummets andra stycke sägs att detsamma gäller om någon i annat fall, i avsikt som anges i första stycket, obehörigen använder sig av eller ger annan del av ritning, mönster, modell, schablon eller dylik teknisk förebild, som han för utförande av arbete eller eljest för affärsändamål fått sig anförtrodd.

Enligt förarbetena till IKL menas med teknisk förebild ett föremål som varor skall tillverkas efter eller yrkesprestationer utföras efter. Även föremål som kan vara till ledning vid sådan tillverkning eller sådana yrkesprestationer innefattas. Lagen skall däremot inte tillämpas när en handelsresande, som av sin principal tagit emot en provkollektion varor som denne tillverkar, använder sig av proverna för tillverkning av samma slags varor. Motsvarande gäller det fall att en handlande, som från en fabrikant fått sig tillställd en med avbildningar försedd priskurant, använder sig av dessa avbildningar. Det gör ingen skillnad om varorna i fråga ännu inte har släppts ut på marknaden av den ursprunglige tillverkaren och därför inte direkt kan efterbildas.[2]

Under arbetet med förslaget till IKL var det på tal om att - som i 1909 års tyska Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - utsträcka skyddet att avse även "teknisk föreskrift". Så skedde dock inte. Utanför begreppet teknisk förebild faller därför metodbeskrivningar och apparaturanvisningar.[3]

I rättspraxis har som teknisk förebild - förutom ritningar[4] - ansetts en färdig produkt att användas som förebild vid tillverkning av nya apparater.[5]

Skyddet i andra stycket gäller gentemot såväl anställda som utomstående personer. Det krävs, som sagt, att vederbörande skall ha anförtrotts handlingen i kommersiellt syfte. Det krävs däremot inte att ägaren uttryckligen har inlagt sitt förbud mot förebildens obehöriga användande eller delgivande åt annan. Om inget annat sagts, kan man förutsätta, att förebilden endast får brukas för det avsedda ändamålet.[6]

Som exempel på fall då tekniska förebilder överlämnas till andra än anställda och då skyddet bör gälla, nämns i förarbetena bl.a.: En möbelhandlare låter tillverka sina möbler i främmande verkstäder, men efter egna ritningar eller modeller. Firmor inom vävnadsbranschen låter på beställning förfärdiga vävnader efter av dem överlämnade mönster.[7]

Till skillnad från vad som gäller enligt 3 § första stycket är skyddet för anförtrodd teknisk förebild enligt andra stycket inte tidsbegränsat.

Den brottsliga handlingen i 3 § andra stycket beskrivs som att någon obehörigen använder sig av eller ger annan del av den tekniska förebild, som han blivit anförtrodd. Härom anförs i förarbetena:

> Ett användande föreligger, icke allenast då t.ex. ett vävnadsmönster direkt begagnas för tillverkning av vävnader, utan även då mönstret kopieras och kopian begagnas för nämnda ändamål. Lämnar någon till annan en dylik kopia eller erforderlig beskrivning å mönstret, vare sig muntlig eller skriftlig, eller bereder han denne andre tillfälle att själv kopiera eller eljest förskaffa sig nödig kännedom om mönstret, har han därigenom givit den andre del av detsamma; tillåtes den senare direkt begagna originalet, är lagen också givetvis tillämplig. Den omständigheten, att avvikelser, vare sig större eller mindre, göras från originalet, utesluter icke straffbarhet.[8]

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 1970 s. 332 uttalat att under stadgandet i 3 § andra stycket IKL får anses ingå sådan obehörig användning av en teknisk förebild som består i försäljning av en med ledning av förebilden tillverkad produkt.

En förutsättning för straffbarhet är alltså att användandet etc. är obehörigt. Detta betyder att ett uttryckligt eller tyst medgivande från den som lämnar över förebilden utesluter straffbarhet.[9]

3 § IKL kompletteras av 5 § som reglerar ansvar för "häleri" av bl.a. teknisk förebild.

Enligt 5 § straffas den som i avsikt som sägs i 3 § obehörigen använder sig av eller ger annan del av yrkeshemlighet eller förebild, varom han vunnit kännedom genom ett honom lämnat meddelande, och han då han tog emot meddelandet ägde kännedom om de förhållanden, som gjorde detta otillåtet. Det framgår härav att endast den tredje man är straffbar som direkt har tagit emot bl.a. en teknisk förebild från den som gjort sig skyldig till brott mot 3 §.

Regeln om teknisk förebild i 3 § andra stycket IKL ger alltså ett - om än begränsat - skydd mot otillbörlig efterbildning. Men lagrummet täcker bara anförtrodda förebilder och träffar alltså inte det fallet att en näringsidkare kopierar en produkt som han har köpt på öppna marknaden.[10]

---

1 SOU 1983:52 s. 39 ff innehåller en utförligare redogörelse för IKL.
2 1915 års betänkande s. 324 f.
3 A.a. s. 324, Bernitz m.fl. s. 173.
4 NJA 1935 not B 21, NJA 1936 s. 75 och NJA 1967 s. 419.
5 NJA 1950 s. 164 (hyllremsmaskin) och NJA 1970 s. 332 (steriliseringsapparat).

6 1915 års betänkande s. 325.
7 A.a. s. 323.
8 A.a. s. 325.
9 A.a. s. 313.
10 Bernitz m.fl. s. 174.

3.3.2 Marknadsföringslagen

Utvecklingen fram till dagens rättsläge

I bl.a. tysk, dansk och norsk rätt gäller sedan länge att en konkurrensrättslig generalklausul kompletterar det rättsskydd som ges genom de immaterialrättsliga ensamrättslagarna.[1] I svensk rätt är bilden en annan. Varken i den lag som föregick IKL eller i IKL intogs någon generalklausul. Detta fick bl.a. till följd att plagiat - bortsett från regeln i 3 § andra stycket IKL om teknisk förebild - endast kunde angripas med stöd av immaterialrätten.

En uppmjukning skedde dock år 1942 genom införandet av den s.k. lilla generalklausulen i 9 § IKL. Paragrafen kom till i syfte att avhjälpa vissa brister i den dåvarande kännetecknenslagstiftningen.[2] Den innehöll i första stycket en bestämmelse om straff för den som i utövning av näringsverksamhet använde namn, firma, varumärke, utstyrsel eller annat kännetecken, som lätt kunde förväxlas med förut här i riket inarbetat kännetecken för annans näringsverksamhet eller däri utbjudna varor eller prestationer, under förutsättning att användandet skedde med uppsåt att framkalla förväxling.

9 § IKL skulle dock inte bli annat än ett provisorium. År 1949 tillsattes varumärkes- och firmautredningen, som hade till uppgift att dels revidera varumärkes- och firmalagstiftningen, dels överväga införandet av en mera omfattande generalklausul mot illojal konkurrens.[3]

Varumärkes- och firmautredningen avgav år 1958 betänkandet (SOU 1958:10) Förslag till varumärkeslag. Detta betänkande låg till grund för 1960 års varumärkeslag och kollektivmärkeslag. I samband med tillkomsten av dessa lagar tillades ett nytt andra stycke i 9 § IKL. Enligt detta skulle första stycket inte äga tillämpning, där det kännetecken som kunde förväxlas var skyddat enligt varumärkes- eller kollektivmärkeslagen. Härefter fungerade 9 § IKL enbart som ett komplement till firmarätten. År 1974 tillkom firmalagen (1974:156) och i samband därmed upphävdes 9 § IKL i sin helhet.

Sedan varumärkes- och firmautredningen år 1958 hade lagt fram sitt förslag till varumärkeslag, kvarstod spörsmålet om införande i svensk rätt av en "stor" generalklausul mot illojal konkurrens. Detta spörsmål kom att

utredas av utredningen om illojal konkurrens inom ramen för en allmän revision av lagstiftningen mot illojal konkurrens.[4]

1966 års betänkande

Utredningen om illojal konkurrens behandlade i betänkandet (SOU 1966:71) Otillbörlig konkurrens bl.a. spörsmålet om otillbörlig efterbildning. Efter redovisning av rättsläget i Sverige och utomlands uttalade utredningen:

> Vid revisionen av den immaterialrättsliga ensamrättslagstiftningen i Sverige har man utgått ifrån att något rättsligt objektskydd mot efterbildning utöver det dessa lagar ger inte skall förekomma. Man har med andra ord på varje särskilt rättsområde med beaktande av det samhällsekonomiska intresset vägt intressena av skydd och handlingsfrihet mot varandra.
>
> Såsom redan påpekats har detta kommit till särskilt tydligt uttryck vid revisionen av kännetecknenslagstiftningen. Man har arbetat utifrån den förutsättningen att kännetecknensskyddet skulle uttömmande regleras i speciallagstiftningen. Lagarna och motiven har givits en så "rund" utformning att någon komplettering i form av en "liten generalklausul" inte skulle behövas. I konsekvens härmed kommer 9 § IKL att föreslås upphävd. Inte heller har man räknat med att kännetecknensskyddet skulle kompletteras av en "stor" generalklausul.[5]

Utredningen påpekade, att man i Danmark, Norge och Finland inte har avsett att fullständigt reglera kännetecknensskyddet genom speciallagarna. Man kan t.ex. i dessa länder inte genom inarbetning förvärva ensamrätt till sådana särskilda varukännetecken som utstyrsel av annonser, affärsbrev, kataloger, utstyrsel av affärslokal, den anställda personalens särskilda klädsel o.d. Inte heller kan man såsom i Sverige förvärva ensamrätt till akustiska kännetecken.[6]

Utredningen om illojal konkurrens knöt vidare an till vad som förekom i Sverige vid tillkomsten av 1960 års upphovsrättslag. I propositionen var det bl.a. tal om att ge upphovsrättsligt skydd för "reklamalster, som bildmässigt sammanställts på ett särpräglat sätt". Detta förslag föll dock i riksdagen. Enligt vederbörande riksdagsutskott var rättsligt skydd utöver vad som följde av upphovsrättens och fotografirättens allmänna regler inte erforderligt eller lämpligt. Under sådana förhållanden borde enligt utredningens mening något ytterligare objektskydd för reklamalster inte heller beredas genom en lagstiftning mot otillbörlig konkurrens.[7]

Enligt utredningen om illojal konkurrens var det helt klart att i Sverige objektskyddet för kännetecken, uppfinningar samt litterära och konstnärliga verk skall bedömas enligt immaterialrättslagarna. Frågan ansågs mera tveksam i fråga om mönster. Mönsterskyddsutredningen hade i sitt betänkande föreslagit viss mönsterrätt, som inom textil- och konfektionsbranscherna inte ansetts tillfredsställa behovet av skydd.[8]

För att kartlägga problemen höll utredningen om illojal konkurrens ett sammanträde med representanter för textil- och konfektionsbranscherna. Situationen beskrevs på följande sätt:

> Företagen framställer minst ett par gånger om året kollektioner. Kostnaderna härför är betydande. Medan kollektionen byggs upp, har man små möjligheter att bedöma vad som kommer att säljas. Kollektioneringen måste därför göras så, att man får så stor chans som möjligt att träffa rätt, dvs. kollektionen måste göras mycket omfattande. Genom förhandsvisningar och provförsäljningar söker man därefter att minska kollektionen, men prognosproblemet kompliceras av att kunderna i stor utsträckning inte lämnar några fasta order på ett tidigt stadium av försäljningen utan nöjer sig med att "klippa prover" eller beställa s.k. kuponger för att först senare återkomma med sina order. Den avgörande utslagningen sker först vid den slutliga försäljningen, då ytterligare stora delar av kollektionerna visar sig vara icke säljbara i ekonomisk omfattning.
>
> Den täta frekvensen på kollektionerna och det stora antalet nyheter i förhållande till de närmast föregående kollektionerna kommer av kostnadsskäl i regel att göra det omöjligt för företagen att söka mönsterskydd. Normalt kommer det dessutom inte att vara möjligt att fastställa om ett objektivt nyhetsvärde föreligger eller ej.
>
> I denna situation ligger det nära till hands för ett mindre nogräknat företag att skära ned kostnaderna för såväl det aktiva skapandet som för tillverkning och provförsäljning av mönster genom att avvakta konkurrenternas marknadsföring av sina kollektioner och sedan plocka ut de delar av dessa, som visat sig ha framgång, och koncentrera sin egen tillverkning och marknadsföring till dessa. Företaget skär därigenom inte bara bort kostnaderna för skapandet av de sålunda valda mönstren utan också de ännu större kostnaderna för att skapa och pröva hela den kollektion, som omger de säljbara mönstren.
>
> En sådan efterbildning är inte ovanlig i dag. Den sker därvid oftast i den formen, att en svensk återförsäljare som finner någonting, som han tycker om, skickar detta till någon annan leverantör - merendels en utländsk sådan - med begäran om att denne skall tillverka och leverera samma vara. Detta förfarande åstadkommer avbräck för de svenska textil- och konfektionsindustrier, som utsätts för sådan efterbildning. Dessa industrier befinner sig i dag i ett pressat konkurrensläge i förhållande till motsvarande utländska industrier till följd av det mycket höga kostnadsläget i Sverige. Svensk industri har därför fått inrikta sig på att konkurrera med höga kvaliteter och god formgivning. Om den svenska industrins insatser på formgivningens område kan tillgodogöras av utländska konkurrenter i stort utan egna kostnader, leder detta till allvarliga konsekvenser för den svenska industrin. Tillkomsten av en stor gemensam marknad, som tullfritt öppnar Sverige för den utländska industrin med dess låga kostnader, kommer att accentuera detta problem.

> Ett visst återhållande moment finns för närvarande i att förfarandet anses strida mot god affärssed. Inom industrin fruktar man nu, att problemen skall bli väsentligt fler och mer svårbemästrade om det klart skulle framgå av de nya lagarna på ifrågavarande område, att det icke finns något skydd mot efterbildning av produkter, som inte åtnjuter någon form av ensamrättsskydd.[9]

Utredningen om illojal konkurrens ansåg för sin del att den tidigare redovisade principen, att objektskydd mot efterbildning helt skall regleras inom speciallagstiftningens ram, också bör gälla i fråga om mönster. Om ett vidare objektskydd än det av mönsterskyddsutredningen föreslagna anses rättspolitiskt önskvärt, får därför mönsterutredningens förslag ändras eller kompletteras på ett lämpligt sätt.[10]

Vad beträffar möjligheten att ingripa mot särskilt klandervärda förfaranden vid efterbildning av mönster hänvisade utredningen till de allmänna reglerna om förmögenhetsbrott i brottsbalken samt de av utredningen föreslagna reglerna om företagsspioneri, missbruk av företagshemlighet och bestickning i näringsverksamhet. Särskilt betonades vikten av stadgandet mot missbruk av teknisk förebild.[11] Utredningen konkluderade att det finns rättsliga möjligheter till ingripande mot olika otillbörliga förfaranden och metoder i samband med efterbildning av mönster. Den generella avvägning mellan otillåtet och tillåtet som här gjorts borde enligt utredningens mening inte rubbas.[12]

Utredningen diskuterade slutligen rent allmänt om syftet med en efterbildning kan vara sådant att förfarandet bör kunna betraktas såsom otillbörligt. Så kan tänkas vara fallet när efterbildningen sker i avsikt att spara egna omkostnader och eget arbete. Att hämta idéer och inspiration genom studium av varor, som andra producerat, kunde emellertid enligt utredningen inte vara klandervärt i och för sig. Avgörande bör vara om objektet är skyddat i ett eller annat avseende eller om de metoder, som möjliggjort efterbildningen, är angripbara enligt någon gällande eller föreslagen rättslig bestämmelse, exempelvis de nämnda i brottsbalken eller den av utredningen föreslagna lagen om otillbörlig konkurrens. Föreligger ingen av dessa omständigheter kunde efterbildaren enligt utredningen inte klandras för att han vill spara omkostnader och arbete.[13]

Utredningen menade dock att det inte är uteslutet att det finns särskilt odiösa metoder vid efterbildning, som till sin art är annorlunda än dem som behandlas i befintliga eller föreslagna straffstadganden och som ter sig lika etiskt klandervärda som dessa. Mot dylika metoder bör man kunna ingripa med stöd av en lagstiftning mot otillbörlig konkurrens. Däremot skulle det enligt utredningens mening inte vara möjligt att "summera" ett angrepp, vilket inte fullt når upp till en straffbar eller kontraktsrättsligt otillåten nivå, med ett objekt, som inte helt fyller förutsättningarna för ensamrätt, och sålunda utverka förbud enligt den av utredningen föreslagna lagstiftningen. En sådan reglering var enligt utredningen inte förenlig med intresset av fri konkurrens.[14]

Utredningen föreslog införande av en ny lag om otillbörlig konkurrens. Förslaget inleds med en generalklausul i 1 §, vilken förbjuder

konkurrensåtgärder som innebär att hederlighet och god affärsmoral åsidosätts gentemot konsumenter eller näringsidkare. 1 § skulle enligt förslaget endast tillämpas för vissa grava typfall av otillbörlig konkurrens, som är artskilda från dem som omfattas av den föreslagna lagens specialbestämmelser och av allmänna straffstadganden.[15]

I specialmotiveringen till förslaget till generalklausul tog utredningen åter upp frågan om skydd mot otillbörlig efterbildning. Om ett efterbildande av ett genom den immaterialrättsliga ensamrättslagstiftningen inte särskilt skyddat objekt görs med metoder, som ter sig lika etiskt klandervärda som dem som behandlas i befintliga eller föreslagna straffstadganden, men som är artskilda från dessa, skulle ingripande kunna ske med stöd av 1 §. Den allmänna bestämmelsen skulle däremot inte användas i fall, då ett förfarande nästan men inte helt täcks av ett straffstadgande. Inte heller skulle ett utsträckt objektskydd kunna åstadkommas med stöd av 1 §.[16]

1970 års marknadsföringslag

1966 års betänkande ledde inte till någon ny lag mot otillbörlig konkurrens. I stället tillkom, med betänkandet som grund men efter en genomgripande omarbetning, 1970 års MFL. I denna lag betonades konsumentskyddet mycket starkare än hos utredningen om illojal konkurrens. De delar av utredningens förslag som direkt skulle kunna användas mot otillbörlig efterbildning - regler om företagsspioneri, företagshemlighet, missbruk av teknisk förebild - ledde inte till lagstiftning.[17]

1970 års MFL är dock ingalunda ointressant vad gäller möjligheten att ingripa mot otillbörlig efterbildning. I propositionen diskuterade departementschefen sålunda den föreslagna generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring. Han kom då in på slavisk efterbildning, dvs. ett närgånget efterbildande av ett kännetecken, mönster eller annat objekt, som inte skyddas av någon ensamrätt enligt lag. Efter en redogörelse för nordisk rätt och den roll som den sedermera avskaffade 9 § IKL spelat i Sverige[18] anförde departementschefen:

> Under de senaste åren har en omfattande översyn av den immaterialrättsliga lagstiftningen företagits. Denna har resulterat i nya lagar om patent, upphovsrätt, rätt till fotografisk bild, varumärken och kollektivmärken. Ett förslag till mönsterskyddslag torde inom kort komma att föreläggas riksdagen, och betänkande med förslag till firmalag har, som jag nyss nämnde, lagts fram av firmautredningen. När lagstiftning har skett även på grundval av detta förslag kommer vi att ha en samling moderna lagar som täcker hela fältet av immaterialrättsliga ensamrätter.
>
> En vägledande princip vid revisionen av den immaterialrättsliga lagstiftningen har varit att de olika speciallagarna skall uttömmande reglera frågan om ensamrätternas omfattning. Syftet med lagarna har varit att, efter en avvägning mellan å ena sidan rättighetshavarens intresse av skydd för sin produkt eller sitt känne-

tecken och å andra sidan det allmänna intresset av att handlingsfriheten inte i oskälig mån inskränks, dra upp gränsen för vad som skall åtnjuta skydd mot intrång. Det synes inte väl förenligt med denna allmänna princip att genom en bestämmelse mot illojal konkurrens utvidga skyddet till andra objekt än sådana som omfattas av speciallagstiftningen.

Problemet om skydd mot slavisk efterbildning är särskilt aktuellt inom vissa branscher, i första hand textil- och konfektionsindustrin. Den i förslaget till mönsterskyddslag reglerade ensamrätten till mönster tillgodoser inte till fullo dessa branschers önskemål. Mönsterrätt uppkommer enligt förslaget genom registrering, men för att registrering skall kunna ske måste mönstret uppfylla vissa krav; bl.a. fordras att det väsentligen skiljer sig från vad som är känt tidigare. Under förarbetena till förslaget övervägdes om man inom mönsterlagstiftningens ram skulle kunna skapa någon form av kompletterande skydd mot slavisk efterbildning av mönster som inte är förenat med mönsterrätt i förslagets mening. Som framgår av uttalanden vid remissen till lagrådet har emellertid övertygande skäl ansetts tala emot en sådan med allmänna mönsterrättsliga grundsatser mindre väl förenlig ordning. Det har emellertid förutsatts att frågan skulle tas upp på nytt i samband med prövningen av förslaget till ny lagstiftning om illojal konkurrens.

En lagregel som skyddar sådana mönster, vilka inte är tillräckligt originella för att kunna få skydd enligt den föreslagna mönsterskyddslagen mot efterbildning, skulle kunna leda till en från den fria konkurrensens synpunkt betänklig monopolisering av även mycket enkla former och modeller. En sådan ordning synes mig inte kunna godtas. Att konstruera en regel som skyddar vissa mönster, vilka har en viss ehuru för registrering som mönster inte tillräckligt hög grad av originalitet, synes mig varken praktiskt genomförbart eller principiellt tilltalande. Jag ansluter mig därför till den ståndpunkt som utredningen om illojal konkurrens har intagit, nämligen att frågan om objektskydd mot efterbildning helt bör regleras inom den immaterialrättsliga speciallagstiftningen och att något kompletterande sådant skydd alltså inte bör skapas genom regler om illojal konkurrens.

Det nu sagda gäller givetvis inte bara mönster utan också andra immaterialrättsliga objekt. Vad beträffar det upphovsrättsliga området har Näringslivets opinionsnämnd i ett särskilt avseende gjort uttalanden som antyder att god affärssed skulle kräva skydd även för alster som inte åtnjuter sådant skydd enligt lag. Nämnden har nämligen, i överensstämmelse med äldre praxis, som stridande mot god affärssed stämplat efterbildning av reklamalster, oavsett om detta har varit inarbetat eller särpräglat och oavsett om förväxlingsrisk har förelegat. Nämnden har här gått längre än grundreglerna för reklam kräver. Med hänsyn till att tanken på ett särskilt objektskydd för reklamalster utöver vad som följer av upphovsrättens och fotografirättens allmänna regler avvisades vid den

gällande upphovsrättslagens tillkomst bör emellertid, såsom utredningen framhåller, något ytterligare objektskydd för sådana alster inte ges genom den nu aktuella lagstiftningen.

Även om alltså efterbildning i och för sig får anses tillåten så snart inte det efterbildade objektet är skyddat genom särskild lagbestämmelse utesluter detta givetvis inte, som utredningen påpekar, att ingripande kan ske mot själva det förfarande som har använts vid efterbildningen. Åtgärden kan sålunda exempelvis innebära kontraktsbrott. Den kan också vara straffbar, t.ex. enligt brottsbalkens bestämmelser om förmögenhetsbrott eller enligt reglerna om missbruk av yrkeshemlighet eller bestickning i lagen om illojal konkurrens. Utnyttjandet av en efterbildning i reklam och marknadsföring kan vidare vara ägnat att vilseleda genom att framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet. Ett sådant förfarande bör kunna bedömas som otillbörligt enligt den av mig föreslagna generalklausulen.

Enligt utredningen kan det möjligen tänkas förekomma förfaranden vid efterbildning som är artskilda från de förfaranden vilka är belagda med straff men ter sig etiskt lika klandervärda som dessa. Sådana metoder bör enligt utredningen kunna angripas med stöd av den generalklausul mot ohederliga konkurrensmetoder som utredningen föreslår. Det bör dock krävas att det är fråga om ett särskilt förkastligt förfarande. Det skall enligt utredningens mening inte vara möjligt att "summera" ett angrepp, vilket inte fullt når upp till en straffbar eller kontraktsrättsligt otillåten nivå, med ett objekt, som helt fyller förutsättningarna för ensamrätt, och på grundval därav meddela ett förbud.

Den generalklausul jag föreslår är tillämplig bara på reklam- och andra marknadsföringsåtgärder. Denna begränsning torde väsentligt inskränka möjligheterna att ingripa i det nu aktuella hänseendet. Utredningen har emellertid inte närmare utvecklat vilken typ av metoder som åsyftas med dess nyss återgivna uttalanden. Remissyttrandena synes mig inte heller ge någon belysning av denna fråga. Något skäl att med tanke på efterbildningsfall utvidga generalklausulens tillämpningsområde till andra konkurrenshandlingar än vad som är att hänföra till reklam och marknadsföring torde därför inte föreligga. I den mån det skulle förekomma förfaranden som strider mot god affärssed utan att vara straffbara och som ligger utanför reklam och marknadsföring synes det mig få överlämnas åt näringslivet att genom egna åtgärder försöka komma till rätta med dem.[19]

Sammanfattningsvis innebär det sagda att departementschefen avvisade att man genom konkurrensrättslig lagstiftning skapar ett kompletterande objektskydd mot otillbörlig efterbildning. Däremot menade han att generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring kan användas till att ingripa mot ett visst *förfarande* som har använts vid efterbildningen. Bl.a. nämnde departementschefen handlingar som innebär *förväxlingsrisk*. Utnyttjandet av en efterbildning i marknadsföring kan vara ägnat att vilseleda

genom att framkalla förväxling med en annan näringsidkares prestation. Departementschefen avvisade tanken på en bredare generalklausul som utredningen om illojal konkurrens hade föreslagit. Han ansåg inte att det finns skäl att med tanke på efterbildningsfallen utvidga generalklausulens tilllämpningsområde till konkurrenshandlingar utanför reklam och marknadsföring.

I specialmotiveringen till den föreslagna generalklausulen tog departementschefen åter upp skyddet mot otillbörlig efterbildning:

> Generalklausulen kan på olika sätt komma i beröring med den immaterialrättsliga lagstiftningen. Särskilt gäller detta varumärkeslagen, och jag skall uppehålla mig något vid förhållandet till den. Likartade problem kan uppkomma på andra områden.
>
> Enligt varumärkeslagen kan en näringsidkare genom registrering förvärva ensamrätt till varumärke, bestående av figur, ord, bokstäver eller siffror eller säregen varu- eller förpackningsutstyrsel. Skydd kan också vinnas genom inarbetning. Sådant skydd kan avse, förutom varumärke av nyss nämnt innehåll, även slagord eller annat i näringen använt särskilt varukännetecken. Det primära syftet med varumärkeslagen är att skydda kännetecknensinnehavarens ensamrätt till kännetecknet, men lagen avser också att skydda allmänheten mot vilseledande sådana kännetecken. Detta kommer till uttryck på flera ställen i lagen. Sålunda får enligt 14 § första stycket 2 varumärke inte registreras om det uppenbarligen är ägnat att vilseleda allmänheten. Motsvarande gäller enligt 33 och 34 §§ beträffande anteckning om överlåtelse eller licens i fråga om registrerat varumärke. Vidare kan enligt 25 § registrering av varumärke hävas om märket är vilseledande. I 35 § finns regler som ger domstol möjlighet att vid vite förbjuda användning av vilseledande varukännetecken.
>
> Ett viktigt syfte med den föreslagna lagen om otillbörlig marknadsföring är att skydda allmänheten mot framställningar som är vilseledande. Hit hör i och för sig även vilseledande varukännetecken. Med stöd av generalklausulen kan alltså marknadsrådet[20] vid vite förbjuda användning av sådana kännetecken, vare sig de åtnjuter varumärkesrättsligt skydd eller inte. Motsvarande förbud kan emellertid meddelas även av domstol enligt den nyss nämnda 35 § varumärkeslagen. Detta innebär att ett och samma förfarande kan bli föremål för två fristående vitesförbud på i stort sett samma grunder. Det kan också tänkas att myndigheterna kommer till olika resultat vid prövningen av identiska frågor, så att exempelvis marknadsrådet förbjuder användning av ett enligt rådets bedömning vilseledande varumärke trots att domstol vid prövning enligt reglerna i varumärkeslagen har funnit att märket inte kan anses vilseledande.
>
> Man kan tänka sig olika utvägar om man vill undvika en dubblering av detta slag. En möjlighet är att undanta frågor om vilse-

ledande varukännetecken från tillämpningsområdet för lagen om otillbörlig marknadsföring, en annan att ändra varumärkeslagen så att det enligt den inte tillmäts någon betydelse att ett kännetecken är vilseledande. Intetdera alternativet förefaller mig godtagbart. Det första skulle skapa stora gränsdragningsproblem och i betänklig mån minska möjligheterna att ingripa mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Det andra skulle innebära ett brott mot den s.k. sanningsgrundsatsen, vilken är en viktig princip inom den moderna varumärkesrätten, och dessutom göra det omöjligt att beivra vilseledande varukännetecken som används i andra sammanhang än vid marknadsföring. Jag har därför kommit till den uppfattningen att å ena sidan lagen om otillbörlig marknadsföring bör vara fullt tillämplig även på varukännetecken och att å andra sidan någon ändring i varumärkeslagen inte bör göras. Det dubbla systemet synes mig f.ö. inte vara förenat med några olägenheter av egentlig praktisk betydelse. Har ett vitesförbud meddelats av en myndighet bör den andra myndigheten anses förhindrad att förbjuda ett förfarande som helt täcks av det redan meddelade förbudet. Upplysning om detta kan som regel förutsättas vara tillgänglig i ärendet. Har den ena myndigheten avslagit begäran om vitesförbud innebär detta inte något hinder mot att den andra bifaller en motsvarande ansökan. Det praktiska resultatet härav blir att den myndighet som tillämpar de strängaste bedömningsnormerna får det avgörande ordet.

Det hittills sagda rör i huvudsak den situationen att ett varukännetecken påstås vara i och för sig vilseledande. En annan anmärkning som kan riktas mot användningen av ett varukännetecken är att åtgärden utgör intrång i en enligt varumärkeslagen skyddad ensamrätt. Frågor om varumärkesintrång prövas av domstol enligt reglerna i varumärkeslagen. Marknadsrådet bör i princip inte ge sig in på sådana frågor. Som grund för ett förbud enligt generalklausulen bör alltså inte kunna åberopas att åtgärden innebär intrång i en rätt till registrerat eller inarbetat varukännetecken. Däremot kan rådet förbjuda användning av ett visst kännetecken under hänvisning till att det kan förväxlas med ett av annan företagare använt kännetecken och därigenom vilseleda allmänheten angående varans kommersiella ursprung. Principiellt saknar det för denna bedömning betydelse om åtgärden också innebär intrång i en ensamrätt som enligt lag tillkommer den andre företagaren. Jag är emellertid medveten om att det i praktiken kan vara svårt att hålla isär de olika frågorna. Sålunda torde rådet för att kunna bedöma hur allvarlig förväxling är ofta vara nödsakat att pröva i vilken mån kännetecknet har blivit inarbetat i samband med den konkurrerande varan.[21]

Departementschefen upprepade här vad han tidigare sagt men med särskild inriktning på kännetecken. Generalklausulen i 2 § MFL kan alltså begagnas för att förbjuda användning av ett kännetecken, då det föreligger risk för förväxling med ett av en annan näringsidkare använt kännetecken och då allmänheten kan vilseledas angående varans kommersiella ursprung. Frågan om eventuellt intrång i ensamrätten till kännetecknet sägs i det sammanhanget vara irrelevant.

1975 års marknadsföringslag

År 1975 tillkom den nu gällande marknadsföringslagen (1975:1418). Den bygger i sina huvuddrag på 1970 års MFL.

1975 års MFL inleds med en "programförklaring". Enligt denna har lagen till ändamål att främja konsumenternas intressen i samband med näringsidkarens marknadsföring av varor, tjänster och andra nyttigheter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare.

MFL:s centrala bestämmelser utgörs av tre generalklausuler som rör otillbörlig marknadsföring (2 §), information (3 §) och produktsäkerhet m.m. (4 §).

2 § MFL anger bl.a. att om en näringsidkare vid marknadsföring av vara, tjänst eller annan nyttighet företar reklamåtgärd eller annan handling som genom att strida mot god affärssed eller på annat sätt är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare, kan marknadsdomstolen förbjuda honom att fortsätta därmed eller företa annan liknande handling.

3 § MFL uttalar bl.a. att om en näringsidkare vid marknadsföring av vara etc. underlåter att lämna information som har särskild betydelse från konsumentsynpunkt kan marknadsdomstolen ålägga honom att lämna sådan information.

I 4 § MFL sägs bl.a. att om en näringsidkare till en konsument för enskilt bruk saluhåller en vara som på grund av sina egenskaper medför särskild risk för skada på person eller egendom, kan marknadsdomstolen förbjuda honom att fortsätta därmed. Samma gäller om varan är uppenbart otjänlig för sitt huvudsakliga ändamål. Vad som sägs om saluhållande gäller i motsvarande fall även då nyttjanderätt till varor erbjuds mot ersättning eller tjänster tillhandahålls mot ersättning.

I 6-8 §§ MFL upptas bestämmelser rörande vissa straffbelagda förfaranden. Det gäller uppsåtligt vilseledande framställning (6 §), tilläggserbjudanden i form av rabattmärken e.d. (7 §) och s.k. kombinationserbjudanden (8 §).

I 5 § MFL sägs att förbud eller åläggande enligt 2-4 §§ skall förenas med vite, om detta inte av särskilda skäl är obehövligt. - 9 § MFL rör konflikten mellan vite och straff. Det sägs i denna paragraf att den som har överträtt ett vitesförbud inte får dömas till ansvar enligt lagen för gärning som omfattas av förbudet.

Ytterligare innehåller MFL handläggningsregler (10-13 §§), regler om förbudsföreläggande (15 §), tillsynsregler (16-18 §§), regler om skadestånd (19 §) och vissa övriga bestämmelser (20-22 §§).

Här skall särskilt noteras MFL:s skadeståndsregel. Enligt lagens 19 § skall den som bryter mot förbud enligt 2 § eller mot föreskrift i 6-8 §§ ersätta skada som därigenom uppkommer för konkurrerande näringsidkare. - Detta innebär att en handling som är att anse som otillbörlig marknadsföring inte i och för sig är skadeståndsgrundande.

När det gäller tillämpningen av MFL har konsumentverket och konsumentombudsmannen (KO) - som är verkets generaldirektör - en central ställning. Från början var KO en särskild myndighet, men i samband med att den nya MFL trädde i kraft - den 1 juli 1976 - slogs KO ihop med den centrala myndigheten för konsumentfrågor, konsumentverket. Det är konsumentverket som primärt ingriper och påtalar överträdelser av bestämmelserna i MFL. De flesta ärenden enligt MFL som konsumentverket behandlar grundas på anmälningar från allmänhetens sida.

Om konsumentverket anser att ett ingripande enligt 2 § MFL är påkallat, försöker man i första hand få till stånd rättelse på frivillig väg. Om det inte går att åstadkomma en uppgörelse, har KO att välja mellan att meddela ett s.k. förbudsföreläggande eller att ansöka om förbud vid marknadsdomstolen. Förbudsföreläggande får KO utfärda i ärenden som inte är av större vikt (14 §).

Ett godkänt förbudsföreläggande eller en dom av marknadsdomstolen utmynnar i allmänhet i att näringsidkaren vid vite förbjuds att fortsätta det olagliga förfarandet. Marknadsdomstolen tillämpade tidigare regelmässigt ett högt schablonbelopp, 100 000 kr. Numera tillämpas en mera nyanserad praxis och det händer inte så sällan att beloppen sätts lägre. Även högre vitesbelopp än 100 000 kr. kan förekomma. Då KO meddelar förbudsföreläggande, tillämpas ett vite i storleksklassen 10 000 - 50 000 kr.

Om ett förbud skulle överträdas, skall KO göra anmälan till åklagare, som sedan för talan vid allmän domstol för att få vitet utdömt. Oftast har dock företagarna lojalt åtlytt de förbud som har meddelats.

Den primära talerätten enligt MFL tillkommer som sagt KO. Enligt 10 § upptas fråga om förbud eller åläggande enligt 2-4 §§ efter ansökan av KO. Men om denne för visst fall beslutar att ej göra ansökan, får ansökan göras av sammanslutning av konsumenter, löntagare eller näringsidkare eller, beträffande förbud enligt 2 §, av näringsidkare som berörs av handlingen. Som skall framgå ytterligare nedan har KO i praktiken inte fört talan vid marknadsdomstolen beträffande efterbildningar av varor eller förpackningar. Däremot har ett icke ringa antal fall anhängiggjorts vid domstolen genom att enskilda näringsidkare har begagnat sig av den nyss nämnda subsidiära talerätten.

Rättspraxis angående otillbörlig efterbildning

Generalklausulen i 2 § MFL ger alltså, som har understrukits i lagens förarbeten, möjlighet att ingripa mot otillbörlig efterbildning. Här som i övrigt har konsumentskyddssynpunkterna prioriterats mycket starkt vid tillämpningen av MFL. Näringsidkarintresset har hamnat i bakgrunden; KO

brukar således inte föra talan i rena konkurrenstvister. I stället får i ett sådant fall en näringsidkare begagna sig av sin subsidiära talerätt enligt 10 § MFL. Det blir då två enskilda parter som står mot varandra i marknadsdomstolen.[22]

Innan vi går in på praxis enligt MFL skall först som bakgrund redovisas ett fall från Näringslivets Opinionsnämnd (NOp) som passar väl in i sammanhanget:

NOp 394/61 (Sunnan räkor)[23]

Konservfabriken S hade på marknaden introducerat ett smalt koniskt glas som förpackningstyp för konserverade räkor. Något år senare hade konkurrenten H börjat använda en nästan identisk typ av glas för samma vara.

Nämnden yttrade i ärendet bl.a.: Glaset utmärktes inte till formen av sådan originalitet att det på grund därav kunde anses åtnjuta skydd mot efter-bildning. Men S:s glas som förpackning för räkor ansågs i ej ringa mån inarbetat på marknaden, när H:s glas introducerades. Därför borde S:s glas åtnjuta skydd mot förväxling med andra glas som användes som förpackning för räkor. Eftersom den valda formen var i hög grad funktionsbetingad borde dock något skydd för själva formen inte kunna tillkomma S ur synpunkten av god affärssed. Däremot borde S kunna kräva att andra fabrikanter försåg sina förpackningar med sådan dekor att risk för förväxling ej kunde uppkomma hos allmänheten. Då emellertid konsumenten sällan direkt jämförde glasen, borde frågan om förväxlingsrisk avgöras på grundval av en bedömning av om förpackningarna kunde antas ge upphov till väsentligen samma minnesbild hos konsumenten. Med dessa utgångspunkter fann nämnden att H vid utformningen av dekoren på sin förpackning inte vidtagit betryggande åtgärder för att skilja sin förpackning från den av S använda. H:s förpackning var följaktligen inte förenlig med god affärssed.

Härefter följer - i kronologisk ordning - refererat av tretton fall från marknadsdomstolen rörande otillbörlig efterbildning av varor eller förpackningar.

MD 1972:10 (Catalina)

J saluförde i Sverige sportjackor av märket Catalina-Martin, vars inregistrerade varumärke utgjordes av en tecknad flygfisk och ordet "Catalina". Flygfisken utgjorde den huvudsakliga delen av mönstret i fodret. - T tillverkade jackor som till utseendet endast obetydligt skiljde sig från Catalina-Martin-jackorna. T-jackornas foder utgjordes av ett antal strömlinjeformade "kroppar", försedda med vingar.

J anmälde T:s förfarande för KO, som dock avskrev ärendet med motiveringen att risken för att konsumenten skulle vilseledas av

det påtalade förfarandet var ringa. J förde därefter själv talan hos dåvarande marknadsrådet där han yrkade förbud för T att marknadsföra kopior av de Catalina-jackor som J salufört de sista nio åren.

Marknadsrådet yttrade i sitt avgörande bl.a.: Generalklausulen i MFL ger inte utrymme för ett förbud att efterbilda prestationer eller kännetecken som är immaterialrättsligt oskyddade och lika litet för ett generellt förbud mot att marknadsföra efterbildade produkter. J:s yrkande kan därför, i den mån han avsett förbud gentemot varje marknadsföring av jackorna, inte bifallas. Ett utnyttjande i marknadsföringen av annan företagares varukännetecken har emellertid, när det är ägnat att vilseleda konsumenter eller näringsidkare om en varas kommersiella ursprung, av departementschefen anförts som exempel på en marknadsföringsåtgärd som kan förbjudas med stöd av generalklausulen. För marknadsrådets prövning av om ett sådant vilseledande föreligger saknar det principiellt sett betydelse huruvida åtgärden utgör varumärkes-intrång eller inte. För att förväxlingsrisk skall anses vara för handen förutsätts dock att de ifrågavarande kännetecknen blivit inarbetade för den vara som efterbildats.

Vad angår likheten mellan de i målet aktuella jackorna måste konstateras att de, såvitt avser den yttre utformningen, är praktiskt taget identiska. Enligt marknadsrådets bedömning innebär T:s utnyttjande på angivet sätt av ifrågavarande flygmärke ett förfarande som - sett mot bakgrunden av jackornas likhet i övrigt i fråga om utformning, färger och pris - uppenbart är ägnat att vilseleda konsumenterna angående jackornas kommersiella ursprung. Det bör i detta sammanhang beaktas att, såsom påpekats i förarbetena till varumärkeslagen, en köpare i allmänhet inte har möjlighet att samtidigt jämföra de ifrågavarande kännetecknen utan vanligen bara har en minnesbild av vid köpet av varan åsyftade kännetecken. I en situation där efterbildandet drivits så långt som skett i förevarande fall, kan risken för vilseledande inte anses vara tillfredsställande neutraliserad ens genom den märkning av jackorna som normalt förekommer. Begagnandet på angivet sätt av flygmärket vid marknadsföringen av ifrågavarande Tedder-jackor får sammanfattningsvis anses klart otillbörligt mot såväl konsumenter som näringsidkare.

Marknadsrådet förbjöd T vid vite av 100 000 kr. att - efter viss övergångstid - använda sig av det aktuella flygmärket som mönster i jackfodret eller att företa annan liknande handling.

MD 1974:5 (Blomin)

Barnängens AB lancerade på den svenska marknaden ett nytt växtnäringspreparat för krukväxter att användas vid varje vattning. Produkten marknadsfördes under eget namn, Blomin, och i en förpackning av typ apoteksflaska. Flaskan var gul. Den var försedd med

en likaledes gul etikett, med bl.a. ordet Blomin i en vit oval ram omgiven av en ranka av blommor. - Cirka ett år efteråt marknadsförd AB Buketten ett näringspreparat av samma typ med mycket likartad kemisk sammansättning under namnet Växt-Vital. Preparatet marknadsfördes i en gul flaska som var mycket lik Blomin-förpackningen. På en gul etikett fanns inuti en vit oval bl.a. varunamnet Växt-Vital. Ovalen var omgiven av en blomsterranka, som dock till formen skilde sig från Blomin-förpackningens.

Barnängens anmälde Bukettens förfarande till KO. Denne avskrev dock ärendet under motivering bl.a. att den risk för förväxling mellan produkterna som eventuellt kan uppkomma får anses betydelselös för konsumenterna eftersom det inte har framkommit att det förekommer någon från konsumentsynpunkt beaktansvärd skillnad mellan de båda produkterna.

Barnängen väckte talan i marknadsdomstolen och yrkade förbud för Buketten att vid marknadsföring av flytande växtnäring använda kopia av Barnängens förpackning.

Marknadsdomstolen yttrade i beslut bl.a.: Barnängens förpackning för Blomin har till sin form haft såsom förebild en allmänt känd flasktyp, men såvitt visats har denna flasktyp inte tidigare kommit till användning för det aktuella varuslaget. I stället framstår flasktypen såsom en kontrast till den förpackningsform som tidigare brukats för växtnäring. Också förpackningens gula grundfärg tilldrar sig uppmärksamhet såsom något som avviker från det gängse i färgval, och vad beträffar förpackningens övriga komponenter, dvs. etikettutformning och dekor, är den individuella prägeln särskilt framträdande. Kombinationen av alla dessa redan i sig speciella beståndsdelar hos Blomin-förpackningen föranleder att förpackningen såsom helhet kan i hög grad anses förtjäna omdömet att vara särpräglad.

Vid den tidpunkt då Bukettens nya Växt-Vital-förpackning kom ut på marknaden hade Barnängens Blomin-förpackning försålts under ett helt år. Utredningen ger vid handen att försäljningen av Blomin fram till angivna tidpunkt inte var obetydlig samt att en omfattande annonsering för produkten hade ägt rum. Med hänsyn härtill liksom till andra genom utredningen i ärendet framkomna omständigheter finner marknadsdomstolen att Blomin-förpackningen måste antas ha blivit tämligen väl känd på den svenska marknaden innan Buketten började marknadsföringen av nya Växt-Vital i dess förpackning.

Vad angår likheten mellan de i ärendet aktuella förpackningarna kan konstateras att de, såvitt avser den yttre utformningen, är nära nog identiska. Risken för förväxling mellan de båda produkterna måste därför bedömas såsom uppenbar. Att Bukettens förpackning är försedd med en i och för sig tydlig markering om det kommersiella ursprunget ändrar inte denna bedömning; så inte heller att dess produkt inte säljs annat än i Bukettens egna butiker eller att

dessa butiker endast marknadsför egna produkter, eftersom sistnämnda förhållanden inte rimligen kan vara kända för konsumenten i allmänhet.

Mot bakgrund av det anförda fann marknadsdomstolen att Bukettens ifrågavarande förfarande på ett sätt som måste bedömas vara otillbörligt i MFL:s mening är ägnat att vilseleda konsumenten om den ifrågavarande produktens kommersiella ursprung. Förbud meddelades.

MD 1976:11 (Kevi)

Kevi A/S konstruerade i samarbete med arkitekten R en typ av länkrulle. Konstruktionen var utförd i plast förutom en på undersidan sittande platta i metall med varumärket KEVI jämte viss text. - Några år efteråt marknadsförde AB Hillerstorp en länkrulle motsvarande Kevis. Hillerstorp-rullens konstruktion, material och färg överensstämde med Kevi-rullens; den under rullen sittande plattan saknade emellertid text. Det var ostridigt att de båda rullarna utseendemässigt var i det närmaste identiska och att delarna också var utbytbara.

Kevi anmälde Hillerstorps förfarande till KO. Denne avskrev dock ärendet med motivering *dels* att det inte påståtts att det förelåg någon från pris- och kvalitetssynpunkt beaktansvärd skillnad mellan produkterna *dels* att marknadsföringen endast riktade sig till näringsidkare *och dels* att det inte gjorts gällande att konsumenternas efterfrågan på de produkter där länkrullar anbringas skulle påverkas av rullens kommersiella ursprung.

Kevi förde därefter själv talan i marknadsdomstolen där Kevi yrkade förbud vid vite för Hillerstorp att fortsätta med marknadsföringen av de länkrullar som utgjorde efterbildningar av Kevi-rullen.

Domstolen yttrade i sitt avgörande bl.a.: Det är ostridigt att tillkomsten av Kevi-rullen, producerad sedan 1968, innebar att en hjulkonstruktion med särskiljande formgivning introducerades på marknaden. Likaså kan fastslås att den av Hillerstorp tillverkade rullen utformats med Kevi-rullen som förebild och att Hillerstorp-rullen såväl vad gäller modell som storlek motsvarar Kevis. Vid ett betraktande är de nära nog omöjliga att skilja åt.

I de tidigare ärendena rörande Catalina-jackan och växtnäringspreparatet Blomin utfärdade marknadsdomstolen förbud mot marknadsföring under uttryckligt åberopande av att det var fråga om ett utnyttjande av annans varukännetecken på sätt som var ägnat att vilseleda angående varans kommersiella ursprung. Såsom en förutsättning för att dylikt vilseledande skulle anses vara för handen angav domstolen i båda fallen - i överensstämmelse med ett uttalande i förarbetena till MFL - att varukännetecknet var att betrakta som inarbetat.

Det är alltså möjligt att under vissa betingelser ingripa mot marknadsföring av en efterbildad vara. Ett förbud mot Hillerstorps marknadsföring av länkrullarna, vilka ju konstaterats vara nära nog identiska med Kevis, förutsätter i så fall att Hillerstorps efterbildande av Kevis länkrullar är av ett sådant slag att det föreligger en förväxlingsrisk beträffande det kommersiella ursprunget. Härför fordras i sin tur att Kevi-rullen kan anses vara inarbetad i den s.k. omsättningskretsen. I ärendet har emellertid inte styrkts av Kevi att kunderna - i detta fall näringsidkare - speciellt efterfrågat Kevis produkt. Oaktat Kevis rullar får anses ha en särpräglad formgivning, kan varan följaktligen inte anses så väl känd att den uppfyller det mått av inarbetning som krävs för att förväxlingsrisk skall föreligga mellan länkrullarna. Också vad som framkommit beträffande kundernas inköpsmetoder talar mot att kunderna skulle anses ha blivit vilseledda angående varans kommersiella ursprung.

Marknadsdomstolen ogillade Kevis talan mot Hillerstorp.

MD 1976:19 (Philip Morris)

Philip Morris Incorporated sålde i Sverige sedan 1973 en cigarrett, Philip Morris International, i en platt pappförpackning i blått med gulddekor. Förpackningen registrerades som varumärke den 1 augusti 1975.

Sedan våren 1975 marknadsförde Tobaksbolaget en cigarrett Royal Blue Label i en platt förpackning med blå bakgrund och omgivande ramlinjer i guld. Tobaksbolaget hade varumärkesskydd för orden Royal Blue. Registrering skedde den 7 februari 1975. Royalförpackningen var något mindre än Philip Morris-förpackningen, och färgnyansen var något mörkare.

Philip Morris anmälde i augusti 1975 Tobaksbolagets förfarande till KO, som emellertid avskrev ärendet med motiveringen att de båda förpackningarna till storlek och dekor skiljer sig så mycket från varandra att användningen av Tobaksbolagets förpackning inte kan anses vara ägnad att vilseleda konsumenterna genom att framkalla förväxling mellan förpackningarna.

Philip Morris yrkade i marknadsdomstolen förbud för Tobaksbolaget att använda den aktuella förpackningen.

Marknadsdomstolen yttrade i sitt avgörande bl.a.: På cigarrettmarknaden synes ha utbildats vissa allmänt vedertagna mönster i fråga om utformning och utstyrsel av förpackningar. Det kan konstateras att de i ärendet aktuella förpackningarna trots skillnad i storlek företer stora likheter. Vid bedömningen av huruvida likheten är sådan att marknadsföringen av Royal är att betrakta som otillbörlig enligt MFL måste emellertid även andra synpunkter beaktas. Det finns på den svenska cigarrettmarknaden en hel

grupp cigarrettförpackningar vilka är inriktade på konsumenter för vilka viss elegans och status har betydelse vid valet av cigarretter. Mellan alla dessa förpackningar finns det påtagliga likheter som enligt vad nyss angivits föreligger i fråga om de båda i ärendet aktuella förpackningarna. Tydligt är alltså att den konstaterade överensstämmelsen mellan dessa är ett uttryck för den allmänna samstämmighet beträffande förpackningsutstyrsel vilken präglar cigarretterna inom denna lyxbetonade kategori. Av utredningen i ärendet kan anses ha framkommit att konsumenterna i stor omfattning har en hög märkeslojalitet och att märkesnamnet är vad som konsumenten i första hand identifierar vid särskiljandet av olika cigarrettmärken.

Mot bakgrund av det nu anförda föreligger trots likheten mellan de båda förpackningarna inte sådan risk för förväxling angående det kommersiella ursprunget att Tobaksbolagets marknadsföring i den påtalade förpackningen kan anses otillbörlig enligt MFL.

Marknadsdomstolen lämnade Philip Morris' talan mot Tobaksbolaget utan bifall.

MD 1977:25 (Fiskars)

År 1960 började den hos OY Fiskars AB anställde formgivaren B att skissera och utveckla en sax med plastöglor. B blev färdig med sitt formgivningsarbete 1963, och efter teknisk utveckling kunde saxen börja säljas 1968. Saxen tillverkas med skänklar av stål och med plasthandtag i två färger, orange för högerhänta och röd för vänsterhänta. Av saxens öglor är den ena utformad för att passa tummen och den andra för att rymma tre fingrar. Under hösten 1975 och fram till början av år 1977 importerade N en sax, tillverkad i Japan. Även denna sax, Cany-saxen, har plasthandtag av orange färg och är avsedd för högerhänta. Vid jämförelse framstår de båda saxarnas plastöglor som i det närmaste identiska.

Fiskars anmälde N:s ifrågavarande marknadsföring till KO, som avskrev ärendet med den huvudsakliga motiveringen att "förväxlingsfrågan får anses ha ringa betydelse från konsumentsynpunkt".

I målet åberopades från Fiskars sida bl.a. ett utlåtande från Svensk Forms Opinionsnämnd. Nämnden uttalade bl.a.: Cany-saxen framträder i alla för det konstnärliga resultatet betydelsefulla hänseenden som en närgången kopia av Fiskars-saxen. Den avvikande svängning i skänklarna, som förekommer hos den förmodligen senaste Cany-saxmodellen, innebär icke någon från formgivningssynpunkt väsentlig ändring. Nämnden anser så påtagliga likheter föreligga mellan parternas saxar att Canys saxar är att anse som olovliga efterbildningar av Fiskars-saxen.

I målet angav N bl.a.: Fiskars' sax utgör ingen ny utformning av en sax. Saxar med liknande handtag i stål, s.k. skräddarsaxar, har

funnits sedan lång tid tillbaka. Likheten mellan skräddarsaxen och Fiskars' sax framgår vid jämförelse med en typisk skräddarsax betecknad Canary.

Marknadsdomstolen yttrade i sitt avgörande bl.a.: Vad angår likheten mellan de i målet aktuella saxarna kan, såsom Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd uttalat, konstateras att den av N saluförda saxen framstår som mycket lik Fiskars' sax.

För att förbud mot N:s marknadsföring av ifrågavarande sax skall kunna meddelas erfordras emellertid, såsom ovan redovisats, i första hand att Fiskars' sax kan anses ha en särpräglad utformning. Vid jämförelse mellan den i ärendet såsom exempel på skräddarsax åberopade Canary-saxen och Fiskars' sax framträder klara likheter vad gäller utformningen av dessa saxars handtag. Om man bortser från dimensionerna framstår handtagen såsom i det närmaste identiska. Av formgivaren B:s redogörelser framgår att dimensionen på öglorna huvudsakligen bestämts av materialvalet. Enär plast i dagens läge måste betraktas som ett naturligt materialval kan därav betingade storleksskillnader inte medföra att Fiskars' sax skall anses ha en särpräglad utformning. Marknadsdomstolen finner att de utöver nu behandlade formgivningsdetaljer föreliggande skillnaderna gentemot skräddarsaxen inte är av sådan karaktär att Fiskars' sax kan anses ha en särpräglad utformning. N kan således inte vad gäller själva formgivningen av hennes sax underkastas ett med stöd av MFL meddelat förbud att marknadsföra saxen.

Vad härefter gäller den likhet beträffande färg som föreligger mellan de i ärendet aktuella saxarna är att beakta allmänna förhållanden rörande färgsättningen vid marknadsföring av hushållsartiklar. Sålunda tycks vissa färger vara vanligare än andra och fabrikanter av olika produkter synes använda i stort sett samma färgskala, i synnerhet vad gäller produkter av plast. Färgsättningen kan sålunda lika litet som själva formgivningen åberopas som grund för påståendet att Fiskars' sax skulle äga en särpräglad karaktär. Följaktligen föreligger inte heller i detta hänseende förutsättningar för att förbud utfärdas med stöd av MFL.

Marknadsdomstolen ogillade Fiskars' mot N förda talan.

MD 1977:28 (Canicum)

C importerade och sålde Triumph, ett ugnsbakat hundfoder. Fr.o.m. år 1966 t.o.m. hösten år 1975 marknadsfördes Triumph hundfoder i en gul papperssäck respektive i en gul påsförpackning. Säck- och påsförpackningarna hade likadan utstyrsel. Säcken rymde 20 kg, påsen 2 kg. Fr.o.m. hösten 1975 marknadsfördes Triumph i en gul-vitrandig säck respektive påse. Dessa förpackningar var till storlek och utseende i stort sett överensstämmande med de förut begagnade förpackningarna. - Sedan juni 1976 marknadsförde M ett jämförligt, i Sverige tillverkat, hundfoder under varumärket Pedigree Gold.

Pedigree Gold marknadsfördes i en helgul papperssäck, innehållande 20 kg, respektive en påsförpackning innehållande 2 kg. Förpackningarna hade gul bakgrundsfärg och brun dekor.

C anmälde M:s ifrågavarande marknadsföring till KO som emellertid avskrev ärendet med motiveringen att det från konsumentsynpunkt inte föreligger någon beaktansvärd skillnad mellan produkterna samt att det eljest från allmän konsumentsynpunkt "får anses vara av ringa betydelse att konsumentverket vidtar åtgärder i ärendet".

Marknadsdomstolen yttrade bl.a.: Vad först angår frågan huruvida de båda Triumph-förpackningarna har erforderlig särprägel beträffande färg, form och dekor eller i annat hänseende gör marknadsdomstolen följande bedömning. Färgkombinationen gult och brunt hos Triumph-förpackningarna kan inte i sig anses förläna särprägel åt förpackningarna. Att en sammanställning av bara två färger skulle kunna uppfattas såsom exklusivt förbehållen viss förpackning eller produkt måste betraktas såsom uteslutet. Också har av utredningen i ärendet framgått att denna färgkombination i viss utsträckning använts beträffande andra hundfoderförpackningar än de här aktuella. Beträffande Triumph-förpackningarnas utstyrsel i övrigt må erinras om att förpackningarna domineras av ett ovalt mittfält med varunamnet samt därunder beteckningen kibbled biscuit och benämningen Dog Food. Nu nämnda beståndsdelar i dekoren är varken betraktade var för sig eller sedda såsom en helhet ägnade att ge förpackningen en individuell särprägel. Det rör sig härvidlag enbart om mer eller mindre ofrånkomlig konsumentinformation. Det förhållandet, att förpackningarnas bakgrundsfärg hösten 1975 ändrades till nuvarande gulvitrandig och att samtidigt tillfogades en varudeklaration i s.k. flashning, har enligt domstolens mening inte förmått skänka förpackningarna erforderligt mått av särprägel. Förpackningarna måste sålunda konstateras vara i avsaknad av sådan.

I och med att Triumph-förpackningarna saknar särprägel är såsom redan antytts inte heller den nödvändiga grundvalen för det i ärendet yrkade förbudet för handen. Utan egen särprägel kan förpackningarna svårligen uppfylla villkoret om inarbetning, och därmed undanrycks också förutsättningen för att likartade förpackningar skulle kunna vålla vilseledande angående det kommersiella ursprunget.

Marknadsdomstolen ogillade C:s talan i ärendet.

MD 1981:2 (Conex)

L marknadsförde i Sverige sedan år 1971 klämringskopplingar med varubeteckningen Conex (Conex-Sanbra). Sedan år 1976 tillverkade S klämringskopplingar med varubeteckningen Stacke. Klämringskopplingar utgör en detalj i rörarmatur för vattenledningar och har till funktion att skapa erforderlig tätning i dessa. Såväl L:s som

S:s klämringskoppling är försedd med en mutter vars övre kant är avfasad och under vilken det finns sex parallella upphöjningar, som benämns rillor. På muttrar av större dimensioner är rillorna avrundade, medan de på mindre muttrar i regel är snett avfasade upptill och har en mera kantig form. Både L:s och S:s muttrar är märkta med respektive varubeteckning.

Sedan L anmält S:s marknadsföring av S:s klämringskoppling till KO, avskrev denne ärendet med den huvudsakliga motiveringen att "även om Conex-kopplingens utformning kan bedömas som särpräglad och därigenom utgöra ett kännetecken så torde detta knappast vara inarbetat hos personer som inte yrkesmässigt hanterar produkter av detta slag" och att det från konsumentsynpunkt var av ringa intresse att ingripa mot marknadsföringen av S:s koppling.

L yrkade förbud för S att vid marknadsföring av rörprodukter använda viss angiven utformning av rördelar.

Marknadsdomstolen yttrade i sitt avgörande bl.a.: Av MFL:s motiv framgår att ett förbud kan riktas mot en näringsidkare som i sin marknadsföring utnyttjar annans varukännetecken, om förfarandet är ägnat att vilseleda konsumenter eller näringsidkare om en varas kommersiella ursprung.

En förutsättning för att ett förbud av angivet slag skall komma i fråga är att det som utnyttjas har en särpräglad utformning. Vid bedömningen huruvida en viss varuutformning skall anses särpräglad bör det avgörande vara att utformningen huvudsakligen har en särskiljande funktion, dvs. har till ändamål främst att ge varan ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer den från andra varor. En varuutformning som huvudsakligen tjänar att göra varan ändamålsenlig och således är tekniskt eller funktionellt betingad kan däremot inte i detta sammanhang betraktas som särpräglad. En sådan utformning måste få vara tillgänglig för envar, om inte annat följer av särskild lagstiftning. Detta gäller även om alternativa tekniska lösningar står till buds. Marknadsrättsliga hinder bör alltså inte resas mot att näringsidkare utnyttjar tekniska och funktionella företeelser som är allmänt tillgängliga. Sådant utnyttjande kan naturligtvis i vissa fall leda till en produktlikhet som i och för sig kan medföra förväxlingsrisk. Detta är dock normalt i fråga om alla produkter av enhetlig karaktär och kan inte tillmätas särskild betydelse i förevarande sammanhang.

L har gjort gällande att Conex-kopplingens mutter försetts med rillor för att ge kopplingen ett särskiljande utseende. Utredningen i ärendet ger emellertid vid handen att muttrar och liknande produkter med upphöjningar i form av rillor förekommer på marknaden även inom åtskilliga andra områden än VVS-branschen. Detta talar för att dessa upphöjningar i första hand har en teknisk uppgift och inte en kännetecknsfunktion. Denna bedömning vinner stöd bl.a. av vad som blivit upplyst i ärendet om att rillor har en åtdragande

funktion. Marknadsdomstolen fann således att utformningen av Conex-kopplingens mutter var huvudsakligen tekniskt betingad och att den därför inte kunde anses särpräglad.

L:s talan lämnades av marknadsdomstolen utan bifall.

MD 1983:3 (Ajax)

C marknadsförde i Sverige sedan år 1963 ett flytande allrengörings-medel benämnt Ajax. Detta såldes i en vit plastflaska med röd skruvkork, den senare avsedd att användas som doseringsmått. Flaskan hade en inbuktning, en s.k. midja. Flaskans etikett hade ett fält som uppgavs illustrera en tornado. I nedre vänstra hörnet stod det "Gör rent som en vit tornado". - Våren 1981 introducerade S rengöringsmedlet Zak. Även detta såldes i en vit plastflaska med röd skruvkork. Flaskan var något längre än Ajax-flaskan, men hade liksom denna en inbuktning på mitten. Zak-flaskan hade fält som uppgavs illustrera en blixt.

S:s marknadsföring anmäldes till KO. Denne avskrev ärendet under motivering bl.a. att frågan om produktskydd genom ingripande mot slavisk efterbildning samt om intrång i immaterialrätter inte skulle prövas med stöd av MFL. KO fann att förväxlingsrisken hade ringa betydelse från konsumentsynpunkt.

C väckte talan i marknadsdomstolen och yrkade förbud för S att vid marknadsföring av flytande allrengöringsmedel använda en förpack-ning som är ägnad att åstadkomma förväxling med C:s förpackning för Ajax.

I sitt avgörande anförde marknadsdomstolen bl.a.: En förutsättning för att ett förbud mot utnyttjande av en efterbildning skall komma i fråga är - i enlighet med vad domstolen uttalat i tidigare beslut - att det efterbildade objektet är särpräglat och väl känt på marknaden. För att en viss varuutformning skall anses särpräglad krävs att utformningen huvudsakligen har en särskiljande funktion. En varuutformning som huvudsakligen syftar till att göra varan ändamålsenlig och således är tekniskt eller funktionellt betingad har inte funnits böra betraktas såsom särpräglad. Marknadsrättsliga hinder bör nämligen inte resas mot att näringsidkare utnyttjar tekniska och funktionella företeelser som är allmänt tillgängliga.

Det är utrett att flytande allrengöringsmedel säljs under ett tiotal olika varumärken i plastflaskor, företrädesvis vita till färgen, med stora kapsyler, att användas som doseringsmått, och ofta med någon form av inbuktning på förpackningen för att hindra att flaskan glider ur handen. Det har således utbildat sig ett visst mönster beträffande förpackningarnas form. Formgivningen av Ajax-förpackningen i enlighet med detta gängse mönster är enligt domstolens mening i huvudsak funktionellt betingad. Inte heller flaskans eller kapsylens färg, som även de är allmänt använda, ger förpackningen särprägel.

Av utredningen framgår att Ajax marknadsförts intensivt på olika sätt under ett flertal år i en i stort sett identisk förpackning, att Ajax har en osedvanligt hög marknadsandel och att en stor del av de personer som ingått i en i målet åberopad undersökning förklarat sig ha kännedom om Ajax. Med hänsyn härtill finner marknadsdomstolen att Ajax-förpackningen är väl känd på den svenska marknaden.

Bedömningen av risken för att de i ärendet aktuella Ajax- och Zak-förpackningarna förväxlas måste grundas på en jämförelse av de helhetsintryck förpackningarna ger. Vid en jämförelse mellan framsidesetiketterna framstår det som uppenbart att Zak-förpackningens etikett i väsentliga delar är utformad på ett likartat sätt som Ajax-etiketten.

Avgörande vid bedömningen av förväxlingsrisken är om likheten i fråga om utstyrseln är sådan att förpackningarna skapar i det väsentliga samma bestående minnesbild hos konsumenten. Om de båda förpackningarna sedda samtidigt kan skiljas åt är således av mindre betydelse. Allrengöringsmedel säljs ofta i självbetjäningsbutiker där konsumenten snabbt och rutinmässigt plockar till sig varor från hyllorna i butiken. Det kan antas att ibland själva namnet på produkten i sådana köpsituationer spelar en mindre roll vid identifikationen och att det helhetsintryck som förpackningens form, färg och etikett ger vid ett flyktigt påseende blir avgörande för valet av vara. Mot bakgrund av vad sålunda anförts finner domstolen att namnolikheten inte generellt utesluter förväxlingsrisk.

Marknadsdomstolen förbjöd S vid vite av 100 000 kr. att vid marknadsföring av flytande allrengöringsmedel använda den i ärendet aktuella förpackningen eller annan liknande förpackning som på samma sätt kan vilseleda om produktens kommersiella ursprung.

MD 1983:18 (Expressen)

Tidningen Expressen ges ut av Dagens Nyheters AB. Sedan början av 1970-talet har en ram i blå färg längs tre av förstasidans kanter bidragit till att identifiera Expressen. Vidare har tidningen sedan 1979 använt sig av gula plattor i den blå ramens övre del för att väcka köparnas uppmärksamhet på vissa av tidningens aktuella artiklar.

Till allhelgonahelgen 1981 utgav J ett nummer av tidningen Weekendpressen. Tidningen trycktes av L. Numret kopierade i flera hänseenden Expressens utformning.

Dagens Nyheter anmälde marknadsföringen av Weekendpressen för KO. Denne avskrev den 3 december 1981 ärendet med motiveringen att det från allmän synpunkt var av ringa intresse att marknadsföringen prövades.

Dagens Nyheter yrkade i marknadsdomstolen förbud för J och L att utge Weekendpressen eller annan tidning på ett sätt som innebär att förväxlingsrisk kan uppstå med Expressen.

Marknadsdomstolen uttalade bl.a.: Marknadsdomstolen prövar Dagens Nyheters talan såvitt den innebär påstående att användningen på Weekendpressens förstasida av den påtalade utformningen av tidningens namn, den blå ramen, de gula plattorna och pris- och datumuppgift innebär otillbörlig marknadsföring.

Det är enligt svensk rätt i princip tillåtet att efterbilda annan näringsidkares prestationer, kännetecken eller andra objekt när inte det efterbildade objektet är skyddat enligt den immaterialrättsliga speciallagstiftningen. Utnyttjande av en sådan efterbildning i marknadsföring kan emellertid utgöra otillbörlig marknadsföring. Av motiven till MFL framgår sålunda att förbud enligt 2 § denna lag kan riktas mot en näringsidkare som i sin marknadsföring utnyttjar en efterbildning på ett sätt som är ägnat att vilseleda genom att framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet.

En förutsättning för att ett förbud mot utnyttjande av en efterbildning skall komma i fråga är - i enlighet med vad marknadsdomstolen uttalat i tidigare beslut - att det efterbildade objektet är särpräglat och väl känt på marknaden. För att en varuutformning skall anses särpräglad krävs att utformningen huvudsakligen har en särskiljande funktion.

De stående typografiska inslagen på Expressens förstasida har uppenbarligen som väsentligt syfte att hos köparna skapa en minnesbild av tidningens utseende och att skilja tidningen såsom köpobjekt från övriga kvällstidningar. Förstasidan har enligt marknadsdomstolens mening tydlig särprägel genom namnets färg och stilsort, den blå ramen och de gula plattorna. Det måste tas för givet att de nyssnämnda särpräglade inslagen på Expressens förstasida av tidningsköparna förknippas med just Expressen och alltså är väl kända bland allmänheten.

Prövningen av om det finns risk för att Weekendpressen och Expressen förväxlas måste grundas på en jämförelse av det helhetsintryck tidningarnas förstasidor ger. En sådan jämförelse visar att tidningarna har en hög grad av likhet på grund av utformningen av namnet, den blå ramen och de gula plattorna. Förväxlingsrisken, som närmare belysts genom utredningen i ärendet, får enligt marknadsdomstolens mening anses uppenbar. Marknadsföringen av Weekendpressen med utnyttjande av kännetecken som är utmärkande för Expressen är alltså ägnad att vilseleda köparna i fråga om tidningens kommersiella ursprung och därmed otillbörlig enligt MFL.

Domstolen förbjöd J att vid marknadsföring av Weekendpressen använda en förstasida med titel, en blå ram och gula plattor i den

typografiska utformning som prövats i ärendet eller annan liknande utformning som kan föranleda förväxling med Expressen. Domstolen förbjöd också tryckeriet L att medverka vid marknadsföring av det beskrivna slaget.

MD 1983:22 (Budweiser)

A marknadsförde i Sverige sedan februari 1981 ett öl under varumärket Budweiser. Ölet såldes i från USA importerade burkar. Burkarna täcktes av två dekorfält och var försedda med text på engelska. Det dominerande i texten var varunamnet "Budweiser". - Sedan oktober 1980 marknadsförde F i Sverige ett öl under namnet St Louis Light. Detta öl såldes i en burk där nästan all text var på engelska. Burken hade två dekorfält i färgerna vitt, blått och rött. Överst på dekoren fanns en stiliserad rovfågel. I texten angavs bl.a. ordet "Genuine".

A anmälde F:s förfarande till KO som dock avskrev ärendet med bl.a. följande motivering: Frågor om produktskydd genom ingripande mot slavisk efterbildning samt om intrång i immaterialrätter skall inte prövas med stöd av MFL. Konsumentverket bedömer att fråga om förväxlingsrisk har ringa betydelse för en konsument.

A väckte talan i marknadsdomstolen under yrkande att denna skulle förbjuda F att använda dels namnet St Louis Light dels den i ärendet aktuella förpackningen. A påstod därvid att namnet och förpackningsdekoren gav konsumenterna intrycket att ölet framställs i USA och därigenom vilseleder om ölets geografiska ursprung. Vidare gjorde A gällande att namnet St Louis Light och förpackningsdekoren i så hög grad anknyter till A och en av A använd förpackning för ett öl kallat Budweiser, att F:s marknadsföring vilseleder konsumenterna om ölets kommersiella ursprung och sålunda skapar risk för att de båda produkterna förväxlas på marknaden.

Marknadsdomstolen yttrade i sitt beslut bl.a.: Namnet St Louis Light på ett öl framställt i Sverige kan inte i sig, och alltså oavsett under vilka omständigheter det används, anses vilseledande beträffande det geografiska ursprunget. Ett generellt förbud mot F:s användning av namnet kan således inte meddelas på denna grund.

A:s talan går emellertid även ut på att den påtalade förpackningen genom det helhetsintryck som förmedlas av förpackningsdekoren - vari också varunamnet ingår - vilseleder konsumenterna om varans geografiska ursprung. Detta intryck förstärks genom att förpackningsdekoren i övrigt upptar flera moment som alluderar till USA samt att texten till helt övervägande del är engelsk. Ovanför varunamnet är burkens innehåll angivet. "11,15 fl. OZ: (330 ML) 33 cl". På sidan av varunamnet står vidare: "GENUINE". Dessa särskilda moment samt övrig engelskspråkig text, färgval och dekor i förening med varubenämningen St Louis Light är enligt domstolens mening

ägnade att ge konsumenterna den felaktiga uppfattningen att varan kommer från ett bryggeri i USA. Marknadsdomstolen finner på grund av det anförda att F:s förpackning inte uppfyller det vederhäftighetskrav som ligger till grund för 2 § MFL.

A påstår även att förpackningen för St Louis Light är en efterbildning av A:s Budweiser-förpackning och att konsumenterna på grund av förpackningarnas likhet vilseleds om St Louis Light-ölets kommersiella ursprung. Som marknadsdomstolen påpekat i tidigare avgöranden i liknande ärenden kan förbud enligt 2 § MFL riktas mot en näringsidkare som i sin marknadsföring utnyttjar en efterbildning på ett sätt som är ägnat att vilseleda genom att framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet. En förutsättning för att förbud på grund av sådan förväxlingsrisk skall komma i fråga är bl.a. att det efterbildade objektet är särpräglat och väl känt på marknaden. Av utredningen framgår att Budweiser-ölet introducerades på den svenska marknaden i början av år 1981. A har gjort gällande att ölet Budweiser och dess förpackningsdekor är väl kända bland ölkonsumenter i Sverige. Även om utredningen ger stöd för uppfattningen att svenska konsumenter i viss utsträckning känner till öl av märket Budweiser, finner domstolen inte visat att utseendet på förpackningen för detta öl är i nämnvärd mån känt på den svenska marknaden. Med hänsyn till vad sålunda anförts kan något vilseledande i nu behandlat avseende inte anses föreligga.

Marknadsdomstolen lämnade yrkandet om förbud mot användning av varunamnet St Louis Light utan bifall, men förbjöd F vid vite av 100 000 kr. att vid marknadsföring av öl använda den i ärendet aktuella förpackningen eller annan liknande förpackning som genom varunamnet i förening med förpackningsdekoren i övrigt var ägnad att vilseleda om varans ursprung.

MD 1983:23 (Prince Pro)

C marknadsförde en tennisracket under märket Prince Pro. M marknadsförde racketen Bigxon Pro. M lät i början av år 1983 införa en annons med bl.a. följande text: "Somliga tror att det bara finns ett racket. Men här kommer Bigxon Pro från - - - . Som du kan se är Bigxon Pro helt lik ett annat racket, Prince Pro. Det gäller både till utseende och storlek. Och hittar du någon kvalitetsskillnad blir vi väldigt förvånade. Det som skiljer, och som är en mycket viktig detalj, är priset."

C anmälde den ifrågavarande marknadsföringen för KO. KO anförde i beslut bl.a. att risk för förväxling mellan de båda racketarna fick bedömas som relativt begränsad. Beträffande frågan om skillnad i kvalitet mellan produkterna ansåg verket, mot bakgrund av ärendets begränsade konsumentintresse och med beaktande av verkets tillgängliga resurser, att det inte var försvarligt att närmare utreda saken.

C yrkade i marknadsdomstolen förbud för M att marknadsföra Bigxon Pro i nu aktuellt utförande eller i annat liknande utförande som på samma sätt kan vilseleda om produktens kommersiella ursprung samt att vid marknadsföring av Bigxon Pro direkt eller indirekt påstå att det inte föreligger någon kvalitetsskillnad mellan Bigxon Pro och Prince Pro eller göra annat liknande påstående.

Marknadsdomstolen uttalade i beslut bl.a.: Enligt svensk rätt är det i princip tillåtet att efterbilda annan näringsidkares vara eller kännetecken när inte det efterbildade är skyddat enligt den immaterialrättsliga speciallagstiftningen. Som domstolen uttalat i tidigare beslut kan emellertid förbud enligt 2 § MFL riktas mot en näringsidkare som i sin marknadsföring utnyttjar en efterbildning på ett sätt som är ägnat att vilseleda genom att framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet. En förutsättning för att ett sådant förbud skall komma i fråga är bl.a. att den efterbildade produkten är särpräglad och väl känd på marknaden. För att en vara skall anses särpräglad krävs att dess utformning har en särskiljande funktion och inte huvudsakligen är tekniskt eller funktionellt betingad.

Prince Pros utformning får till stor del anses betingad av dess funktion som tennisracket. Emellertid finns hos Prince Pro element som har ett klart dekorativt syfte, främst guldslingan i ramen och färgsättningen i övrigt. Dessa faktorer är i och för sig ägnade att i förening med namnet "Prince" ge Prince Pro en viss särprägel.

Även om Prince Pro sedd som helhet kan anses ha en särpräglad utformning är emellertid inte klarlagt i vilken mån konsumenter förknippar denna med just Prince Pro. Det är således inte utrett att Prince Pro är känd på marknaden på sådant sätt att marknadsföringen av Bigxon Pro skapar en beaktansvärd risk för att konsumenterna förväxlar de båda racketarna och därigenom vilseleds om Bigxon Pros kommersiella ursprung. Särskilt gäller detta när, som i förevarande fall, racketarna har klart olika namn som anges på ett framträdande sätt på både racket och fodral.

Marknadsdomstolen finner sålunda inte att marknadsföringen av Bigxon Pro innebär att M otillbörligt utnyttjat en efterbildning av Prince Pro.

Vad gäller yrkandet rörande annonstexten sägs i denna text bl.a.: "Och hittar du någon kvalitetsskillnad blir vi väldigt förvånade." Denna formulering måste uppfattas som ett påstående om att det inte föreligger någon kvalitetsskillnad mellan Bigxon Pro och Prince Pro. Annonsen innehåller inte någon reservation som inskränker påståendet till att gälla frågan om spelegenskaper. Då M inte styrkt riktigheten av påståendet är marknadsföringen att bedöma som otillbörlig. Påståendet kan inte, som M synes göra gällande, anses godtagbart därför att det görs i indirekt form. Formuleringen kan snarast betecknas som något försåtlig. Marknadsdomstolen finner således att förbud skall meddelas i denna del.

Marknadsdomstolen lämnade yrkandet om förbud för M att marknadsföra Bigxon Pro utan bifall, men förbjöd M vid vite av 100 000 kr. att vid marknadsföring av Bigxon Pro direkt eller indirekt påstå att det inte föreligger någon kvalitetsskillnad mellan Bigxon Pro och Prince Pro.

MD 1984:17 (Segling)

Tidningen Segling, sedermera Segling & Windsurfing, utgavs sedan år 1979. På tidningens förstasida hade ordet Segling fått en karakteristisk utformning, kännetecknad av att ordet tryckts med kraftiga raka bokstäver tvärs över hela sidan.

År 1984 utkom Race & Cruising Segling med Surfing. På denna tidnings förstasida fanns ordet Segling i en utformning som företedde stora likheter med den äldre tidningen.

Marknadsföringen av den nya tidningen anmäldes för KO. Denne avskrev den 26 januari 1984 ärendet med motiveringen att det från allmän synpunkt var av ringa intresse att marknadsföringen prövades.

O och H yrkade vid marknadsdomstolen förbud för A att vid marknadsföring av tidningen Race & Cruising Segling med Surfing eller annan tidning använda en förstasida med en sådan utformning att risk kan uppstå för förväxling med tidningen Segling/Segling & Windsurfing.

Marknadsdomstolen uttalade bl.a.: Det är enligt svensk rätt i princip tillåtet att efterbilda en annan näringsidkares prestationer, kännetecken eller andra objekt när inte det efterbildade objektet är skyddat enligt den immaterialrättsliga speciallagstiftningen. Utnyttjande av en sådan efterbildning i marknadsföring kan emellertid utgöra otillbörlig marknadsföring. Av motiven till MFL framgår sålunda att förbud enligt 2 § denna lag kan riktas mot en näringsidkare som i sin marknadsföring utnyttjar en efterbildning på ett sätt som är ägnat att vilseleda genom att framkalla förväxling med en annan näringsidkares vara eller verksamhet.

En förutsättningför att ett förbud mot utnyttjande av en efterbildning skall komma i fråga är - i enlighet med vad marknadsdomstolen uttalat i tidigare beslut - att det efterbildade objektet är särpräglat och väl känt på marknaden. För att en varuutformning skall anses särpräglad krävs att utformningen huvudsakligen har en särskiljande funktion.

Ordet Segling på första sidan av den tidning som givits ut av AB Svensk Specialpress under namnet "Segling" eller "Segling & Windsurfing" har en karakteristisk utformning, kännetecknad av att ordet tryckts med kraftiga raka bokstäver tvärs över hela sidan. Enligt marknadsdomstolens mening har ordet - även med de variationer i stilsorter som förekommit - en enhetlig och särpräglad

utformning som är ett kännetecken för tidningen. Det måste anses uppenbart att detta kännetecken är väl känt bland seglingsintresserade läsare och av dem förknippas med just den tidningen.

Prövningen av om det finns risk för att Race & Cruising Segling med Surfing förväxlas med den äldre tidningen måste grundas på en jämförelse av det helhetsintryck tidningarnas förstasidor ger. Detta intryck bestäms i väsentlig utsträckning av hur ordet Segling utformats. Jämförelsen visar att de båda tidningarna har en hög grad av likhet på grund av detta ords utformning. Att förväxlingsrisk föreligger har närmare belysts genom utredningen i ärendet och måste enligt marknadsdomstolens mening anses uppenbart.

Marknadsföringen av Race & Cruising Segling med Surfing med utnyttjande av ett kännetecken som är utmärkande för tidningen Segling/ Segling & Windsurfing är alltså ägnad att vilseleda köparna i fråga om tidningens kommersiella ursprung och därmed otillbörlig enligt MFL.

Marknadsdomstolen förbjöd A vid vite av 100 000 kr. att vid marknadsföring av Race & Cruising Segling med Surfing eller annan tidning använda en förstasida med ordet Segling i den typografiska utformning som prövats i ärendet eller annan liknande utformning som på samma sätt kan föranleda förväxling med tidningen Segling/ Segling & Windsurfing.

MD 1985:5 (Perstorp)

Perstorp-koncernen har sedan 1930-talet marknadsfört ättiksyra i en glasflaska i åttkantigt tvärsnitt. Flaskan har haft samma utformning sedan 1914 och någon mera avgörande förändring av etiketten har inte skett sedan 1924. - Under våren 1983 introducerade CPC ättiksyra i en förpackning som är mycket lik Perstorp-flaskan.

KO avskrev anmälan mot marknadsföring av CPC-flaskan och anförde därvid bl.a. följande: Frågor om produktskydd genom ingripande mot slavisk efterbildning samt om intrång i t.ex. mönsterrätt skall i första hand bedömas enligt immaterialrättslig lagstiftning. Enligt verkets uppfattning är det väsentligt att ättiksyra av olika fabrikat förpackas i flaskor med enhetlig form. För övrigt anser verket att den förväxlingsrisk som kan uppstå på grund av etiketternas likhet är av ringa betydelse från konsumentsynpunkt.

H väckte talan vid marknadsdomstolen.

Domstolen yttrade i beslut bl.a.: Perstorp-förpackningen består av en ofärgad glasflaska i åttkantigt tvärsnitt med en röd skruvkork och med etiketter på fram- och baksida. Att förpackningen utgörs av en glasflaska med skruvkork får anses helt funktionellt betingat. Flaskans närmare utformning kan visserligen inte sägas vara direkt funktionellt betingad men ansluter nära till en av Sveriges

standardiseringskommission år 1966 fastställd standard och kan inte i och för sig anses särskiljande. Vid bedömningen av frågan om förpackningens särprägel har emellertid etiketten på flaskans framsida väsentlig betydelse. Det är uppenbart att denna etikett har en särskiljande funktion. Med hänsyn till det anförda måste förpackningen sedd som helhet anses ha särprägel.

I ärendet är helt klarlagt att Perstorp-förpackningen är väl känd på den aktuella marknaden.

CPC har i ärendet påpekat att förpackningar för en viss varutyp - särskilt på livsmedelsområdet - ofta är likartade och att detta är till fördel för konsumenterna. Konsumentverket har också vid sin prövning av den aktuella marknadsföringen uttalat att det är väsentligt att ättiksyra av olika fabrikat förpackas i flaskor med enhetlig form. Marknadsdomstolen delar uppfattningen att det kan vara till fördel för konsumenterna att förpackningarna för en viss varutyp uppvisar viss enhetlighet. Detta innebär dock inte att nya förpackningar får ges ett utseende som ligger så nära kända och särpräglade förpackningar att konsumenterna vilseleds om varans kommersiella ursprung.

En jämförelse mellan de aktuella flaskornas framsidesetiketter visar att CPC-flaskans etikett i väsentliga delar är utformad på ett liknande sätt som Perstorp-etiketten, även om bildinslaget är mera framträdande på CPC-etiketten. På grund av dessa likheter ger etiketterna tillsammans med material, form och färg på flaskorna och skruvkorkarna ett i hög grad likartat helhetsintryck.

Ärendet har betydande likheter med det ärende som marknadsdomstolen avgjorde i beslutet 1983:3 (Ajax). Det ärendet gällde varor som mestadels säljs i självbetjäningsbutiker där konsumenterna snabbt och rutinmässigt plockar till sig varor från hyllor i butiken. I beslutet anförde domstolen att det kan antas att i sådana köpsituationer det helhetsintryck som förpackningens form, färg och etikett ger vid ett flyktigt påseende blir avgörande för valet av vara. Domstolen fann att det därför fanns en risk för att de då prövade förpackningarna - trots varornas olika namn - direkt förväxlades av konsumenten. Risk för förväxling ansågs även föreligga på det sättet att, även om konsumenten uppmärksammade namnolikheten, produkterna på grund av förpackningarnas likhet uppfattades ha samma kommersiella ursprung. Samma synsätt gör sig gällande i det nu aktuella ärendet.

Marknadsdomstolen förbjöd CPC vid vite av 100 000 kr. att vid marknadsföring av ättiksyra använda den i ärendet aktuella förpackningen eller annan liknande förpackning som på samma sätt kan vilseleda om produktens kommersiella ursprung.

KO:s roll i efterbildningsfallen

I samtliga refererade fall från marknadsdomstolen har den näringsidkare som ansett sig drabbad av efterbildningen gjort anmälan till KO. Men KO har inte i något fall fört saken vidare till marknadsdomstolen[23a]. Den näringsidkare som drabbats av efterbildningen har därför själv fått föra talan om förbud, jämför 10 § MFL.

KO:s motivering för att ej föra frågor om efterbildning till marknadsdomstolen har växlat. I Blomin-fallet framhölls, att den risk för förväxling mellan produkterna som eventuellt kunde uppkomma fick anses betydelselös för konsumenten, eftersom det inte förekom någon från konsumentsynpunkt beaktansvärd skillnad mellan de båda produkterna. I Kevi-fallet angavs bl.a. att det inte påståtts att det förelåg någon från pris- och kvalitetssynpunkt beaktansvärd skillnad mellan produkterna. Att döma av Blomin- och Kevi-fallen menar alltså KO att risk för förväxling mellan original och efterbildning saknar betydelse från konsumentsynpunkt så länge ett köp av efterbildningen inte är en sämre affär för konsumenten än ett köp av originalet.[24]

Numera motiverar KO oftast sina avskrivningsbeslut med att den förväxlingsrisk som kan uppstå har ringa betydelse från konsumentsynpunkt. Jämför 22 § förordningen (1976:429) med instruktion för konsumentverket, där det bl.a. framgår att klagomål, som berör endast 2-4 §§ MFL, får lämnas utan åtgärd, om det från allmän synpunkt är av ringa betydelse att saken prövas.

Marknadsdomstolens praxis i efterbildningsfall

En grundläggande iakttagelse då det gäller marknadsdomstolens praxis i efterbildningsfallen är domstolens starka bundenhet vid uttalandena av departementschefen i 1970 års proposition.[25] Det är ju också klart att - eftersom 2 § MFL (i 1975 års lag, motsvarande 1 § i 1970 års lag) är en generalklausul - förarbetena får en stor betydelse vid tillämpningen av paragrafen.

Marknadsdomstolens praxis rörande efterbildning har uteslutande kommit att avse det i förarbetena angivna förväxlingsfallet. Inte i något fall har domstolen diskuterat otillbörlighet enligt andra i europeisk rätt klassiska otillbörlighetsgrunder, förtroendemissbruk, systematisk efterbildning, "unmittelbare Leistungsübernahme" etc. trots att förarbetena öppnar vissa möjligheter till ingripanden i annat än förväxlingsfall.[26] Som nedan kommer att framgå är marknadsdomstolens praxis i efterbildningsfallen vidare starkt präglad av ett varumärkesrättsligt synsätt.[27]

I det föregående har tretton fall från marknadsdomstolen refererats. Dessa har samtliga rört frågan huruvida marknadsföring av en efterbildning varit otillbörlig enligt 2 § MFL. Närmare bestämt har det gällt huruvida efterbildningen inneburit risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung.

De ovan refererade fallen har alla rört varor eller varors förpackningar. Det finns flera rättsfall där marknadsdomstolen har bedömt frågan om vilseledande om kommersiellt ursprung genom andra medel än varor eller förpackningar. Typexempel är MD 1976:18 (SparKronan) där användningen av beteckningen SparKronan på ett fastighetsförmedlingsföretag ansågs kunna leda till förväxling med bl.a. de av Stockholms Sparbank använda beteckningarna Ekkronan och Spareken. Ytterligare rättsfall av denna typ är MD 1972:8 (Svensk Rättshjälp) och MD 1973:15 (AGI).

Förväxling rörande kommersiellt ursprung

Varumärkeslagen skiljer mellan vilseledande och förväxlingsbara varumärken, se avsnitt 3.2.4 ovan. Vilseledande och förväxling kan emellertid äga rum samtidigt. Om konsumenterna känner till egenskaperna hos en vara av ett visst märke, men förväxlar detta med ett märke som betecknar produkter med andra egenskaper, kommer ju konsumenterna uppenbarligen att vilseledas när det gäller kvalitén på de sist nämnda produkterna. Ett exempel är fallet MD 1973:15 (AGI), där allmänheten av beteckningen AGI föranleddes att tro att det var fråga om ett sjukgymnastikinstitut med viss kvalificerad utbildning. Beteckningen AGI ledde till förväxling både angående kursernas kommersiella ursprung och vilseledande rörande deras omfattning.[28]

Då det gäller de tretton produktefterbildningsfallen har marknadsdomstolen endast i ett fall kommit in på frågan om kvalitetsskillnad mellan originalet och kopian, nämligen i Prince Pro-fallet, MD 1983:23. Här ansåg domstolen inte att det förelåg något vilseledande om kommersiellt ursprung. Ett uttalande i en annonstext stämplades däremot som otillbörligt: "Och hittar du någon kvalitetsskillnad blir vi väldigt förvånade". Det skall i detta sammanhang erinras om att KO i Blomin- och Kevi-fallen - MD 1974:5 och 1976:11 - avskrev anmälningar om efterbildning under motivering bl.a. att det inte förelåg någon kvalitetsskillnad mellan produkterna. Detta spörsmål berördes dock inte av marknadsdomstolen i de aktuella fallen.

Förväxlingsrekvisitet tar endast sikte på om ett utnyttjande av en efterbildning är *ägnat* att vilseleda konsumenterna om produktens kommersiella ursprung. Detta uttrycks också så att det skall finnas en *risk* för förväxling. Däremot krävs inte att en förväxling *faktiskt* har ägt rum. Men det är naturligt att om det i målet skulle ha visats att en förväxling har ägt rum, detta också är uttryck för att förväxlingsrisken är ett faktum. I SparKronan-fallet, MD 1976:18, fann marknadsdomstolen att det förelåg en klar risk för att konsumenterna genom annonserna skulle få uppfattningen att bolaget hade anknytning till sparbank. Det kunde i målet beläggas att en sådan missuppfattning hade ägt rum.[29]

Särprägel

En grundläggande förutsättning för vilseledande om kommersiellt ursprung är enligt marknadsdomstolen att originalet - varan eller dess förpackning -

har *särprägel*. I Blomin-målet, MD 1974:5, yttrade sålunda marknadsdomstolen att förpackningen som helhet kunde i hög grad anses förtjäna omdömet att vara särpräglad. Men inte förrän i senare avgöranden framgick det att särprägel ansågs vara ett absolut krav. Detta stod klart i och med Fiskars-fallet, MD 1977:25, där domstolen framhöll att det i första hand var av betydelse huruvida den efterbildade varan kunde anses ha särpräglad utformning. I Canicum-fallet, MD 1977:28, skärpte domstolen uttryckssättet ytterligare. Det sades här att om den efterbildade varan inte kunde anses ha särpräglad utformning, saknades själva grundbetingelsen för att vilseledande angående det individuella ursprunget skulle kunna uppstå.

Det var länge osäkert vad marknadsdomstolen egentligen menade med "särprägel". En närliggande hypotes var att domstolen avsåg detsamma som i varumärkesrätten kallas *särskiljningsförmåga* eller *distinktivitet*.[31] Detta antagande bekräftades i och med Conexfallet, MD 1981:2, där det bl.a. sägs att vid bedömningen huruvida en viss varuutformning skall anses särpräglad bör det avgörande vara att utformningen huvudsakligen har en särskiljande funktion, dvs. har till ändamål främst att ge varan ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer den från andra varor.[31]

Det är uppenbart att marknadsdomstolens resonemang har nära anknytning till varumärkesrätten. Terminologin avviker dock från den i varumärkeslagen, där termen särpräglad inte förekommer. I 13 § varumärkeslagen sägs att ett varumärke får registreras om det är ägnat att särskilja innehavarens varor från andras, jämför lagens 1 § första stycket. I 1 § andra stycket anges att varumärke bl.a. kan bestå av säregen utstyrsel av vara eller dess förpackning.

I betänkandet med förslag till varumärkeslag återfinns emellertid begreppet särprägel:

> Genom att i definitionen uttryckligen upptagits kravet att varuutstyrsel skall vara *säregen* har utredningen velat speciellt betona att fordringarna på särprägel eller distinktivitet böra ställas tämligen höga i fråga om varuutstyrslar.[32]

I betänkandet likställs alltså termerna särprägel och distinktivitet. Det kan antas att marknadsdomstolen i anknytning till 1958 års betänkande inte menar annat än distinktivitet i allmänhet när det ställs krav på särprägel i efterbildningsfall. Lämpligheten av ett sådant språkbruk har ifrågasatts.[33]

Tekniska och funktionella element

Som har framgått av avsnitt 3.2.4 ovan ger 5 § varumärkeslagen - särskilt då det gäller varuutstyrslar - uttryck för det s.k. frihållningsbehovet. Enligt detta lagrum utesluts ensamrätten till varukännetecken vad gäller sådan del av kännetecknet som huvudsakligen tjänar att göra varan eller dess förpackning mera ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken. Av de refererade fallen att döma tycks marknadsdomstolen lägga denna regel till grund vid avgörande av efterbildningsfall enligt 2 § MFL.

I Conex-fallet, MD 1981:2, yttrar marknadsdomstolen att en teknisk/funktionell varuutformning måste få vara tillgänglig för envar. Detta gäller enligt domstolen även om alternativa tekniska lösningar står till buds. Denna ståndpunkt torde ligga nära varumärkesrätten såsom denna framgår av registreringspraxis. I litteraturen har emellertid kritiserats den synen att det skulle vara tillåtet att kopiera varje form som är tekniskt betingad, trots att formen kan varieras.[34]

Inarbetning

Marknadsdomstolen kräver inte bara att det efterbildade objektet skall ha särprägel, utan ställer också krav på inarbetning. Redan i Catalina-ärendet, MD 1972:10, dyker detta rekvisit upp. Marknadsdomstolen yttrar där att det, vid bedömande av om vilseledande föreligger, principiellt sett saknar betydelse huruvida åtgärden utgör varumärkesintrång eller inte. Men för att förväxlingsrisk skall anses vara för handen, förutsätts dock att ifrågavarande kännetecken blivit *inarbetade* för den vara som efterbildats. I fortsättningen konstaterar domstolen att originalets varumärke, en flygfisk, sedan lång tid är inregistrerat och inarbetat som kännetecken för originaljackorna.

I Catalina-fallet angav domstolen inte vilken grad av kännedom som krävdes för att inarbetning skulle vara för handen. Detta framgår däremot av Blomin-ärendet, MD 1974:5, där domstolen utvecklade vilken kännedomsgrad som originalet vunnit. Domstolen kom fram till att Blomin-förpackningen måste antas ha blivit *tämligen väl känd* på marknaden innan kopian började marknadsföras.

Lokutionen "tämligen väl känd" i Blomin-fallet skall jämföras med den kännedomsnivå som kommer till uttryck i 2 § tredje stycket varumärkeslagen. Enligt detta lagrum krävs för att ett kännetecken skall anses inarbetat, att kännetecknet är "allmänt känt". I senare fall, t.ex. Perstorps-fallet, MD 1985:5, använder domstolen uttrycket "väl känd", vilket uttryck nära motsvarar vad som anges i nyss nämnda lagrum.

I Canicum-fallet, MD 1977:28, har domstolen kopplat ihop kraven på särprägel och inarbetning. Domstolen uttalar i detta hänseende följande:

> Utan egen särprägel kan förpackningarna svårligen uppfylla villkoret om inarbetning, och därmed undanrycks också förutsättningen för att likartade förpackningar skulle kunna vålla vilseledande angående det kommersiella ursprunget.

I senare fall, t.ex. i Perstorps-fallet, uttrycks saken så att en förutsättning för förväxlingsrisk är "att det efterbildade objektet är särpräglat och väl känt på marknaden". Detta bör tolkas som att domstolen kräver att båda rekvisiten särprägel och inarbetning skall vara för handen.[35]

Likhet mellan original och kopia

I propositionen till 1970 års marknadsföringslag talar föredragande departementschefen om "s.k. slavisk efterbildning". Härmed åsyftas ett *närgånget efterbildande* av ett kännetecken, mönster eller annat objekt, som inte skyddas av någon ensamrätt enligt lag.[36]

Marknadsdomstolen kommer in på frågan om likhet mellan original och kopia i de flesta av de ovan refererade fallen rörande efterbildning. Det är dock att notera att marknadsdomstolens prövning är relaterad till förväxlingsrisken. Visserligen skall domstolen pröva om en efterbildning enligt 2 § är otillbörlig, men detta sker så att säga indirekt, via frågan huruvida marknadsföring av produkten B medför risk för att denna produkt förväxlas med produkten A. Detta är något annat än om likheten skulle bedömas från synpunkten t.ex. att det är otillbörligt att göra en kopia av annans produkt för att därigenom spara utvecklingskostnader.

Exempel på det sagda kan hämtas från Ajax-fallet, MD 1983:3. Marknadsdomstolen fann att bedömningen av risken för att de i ärendet aktuella Ajax- och Zak-förpackningarna skulle kunna förväxlas måste grundas på en jämförelse av de helhetsintryck som förpackningarna ger. Domstolen fann att etiketterna på de båda flaskorna företedde en betydande likhet och att material, form och färg på Zak-flaskan och dess kapsyl förstärkte det intryck av gemensamt kommersiellt ursprung som etiketterna gav. Att flaskorna hade olika namn ansågs - med hänsyn bl.a. till sättet för försäljning i snabbköp - inte generellt utesluta förväxlingsrisk.

---

1 Se kap. 4 nedan.
2 SOU 1966:71 s. 19 f och 225.
3 Bernitz i NIR 1975 s. 180.
4 SOU 1966:71 s. 9.
5 A.a. s. 236 f.
6 A.a. s. 237.
7 A.a. s. 237 f.
8 A.a. s. 238.
9 A.a. s. 239 f.
10 A.a. s. 240.
11 A.a. s. 240 f.
12 A.a. s. 241.
13 A.a. s. 241 f.
14 A.a. s. 242.
15 A.a. s. 252 f.
16 A.a. s. 255.
17 Svensson, C A, Skydd mot slavisk efterbildning av produkter? NIR 1971 s. 302 f.
18 Jfr ovan vid not 3.
19 Prop. 1970:57 s. 75 ff.

20 Numera marknadsdomstolen.
21 Prop. 1970:57 s. 89 f.
22 Bernitz m.fl. s. 164 och densamme i Festskrift till Hellner s. 131 ff.
23 Materialet till referatet är hämtat från SOU 1966:71 s. 231 f och Bernitz i NIR 1975 s. 206 f.
23a Jfr Thomas Utterströms särskilda yttrande s. 280.
24 KO:s resonemang har kritiserats av Bernitz i NIR 1975 s. 202, jfr densamme i Festskrift till Hellner s. 133.
25 Bernitz a.a. s. 129.
26 Prop. 1970:57 s. 76.
27 Bernitz a.a. s. 139 ff.
28 Pehrson s. 293 f.
29 Jfr a.a. s. 301.
30 Jfr a.a. s. 194 f, Pehrson i NIR 1983 s. 531 f.
31 Här bortses till en början från det förhållandet att marknadsdomstolen inte anser som särpräglad en utformning som huvudsakligen är tekniskt eller funktionellt betingad. Se vidare nedan.
32 SOU 1958:10 s. 218.
33 Holmqvist, *Bilaga.*
34 Se närmare avsnitt 7.8 nedan.
35 Marknadsdomstolens ståndpunkt i detta hänseende kritiseras i avsnitt 7.5 nedan.
36 Prop. 1970:57 s. 74.

3.3.3 Konkurrenslagen

Utgångspunkten för det ekonomiska system som gäller i Sverige - liksom i andra västeuropeiska länder - är att det skall råda fri konkurrens. Men konkurrensfriheten modifieras i praktiken på olika sätt. Lagstiftningen sätter upp ramar inom vilka konkurrensen får utövas. Och marknadsekonomin medför i praktiken ofta inskränkningar i konkurrensen. Man brukar därför ofta tala om en effektiv eller fungerande konkurrens.[1]

Vad gäller de rättsregler som begränsar konkurrensen skall framför allt noteras lagstiftningen mot otillbörliga konkurrensåtgärder. Reglerna i fråga finns främst i IKL och MFL. Men även immaterialrättslagstiftningen kommer in i bilden. Visserligen kan det sägas att immaterialrätterna i ett långsiktigt perspektiv är konkurrensfrämjande. Men att de i vart fall under en övergångsperiod är konkurrensbegränsande är tveklöst. Det gäller i synnerhet i fråga om patent och varumärken.[2]

Riktad mot konkurrensbegränsningar är konkurrenslagen (1982:729). Dess ändamål är enligt lagens 1 § att främja en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet genom åtgärder mot skadliga konkurrensbegränsningar.[3]

Det kan synas att det ligger en inneboende konflikt i detta förhållande. I vart fall borde det uppstå problem rörande samordningen av de båda lagkomplexen.

I själva verket kan dock denna motsättning sägas vara skenbar. Som redan inledningsvis har antytts är det inte lagstiftarens syfte att åstadkomma en absolut fri konkurrens genom att beivra varje typ av konkurrensbegränsning. Vad man vill komma åt är endast sådana åtgärder som är samhällsskadliga.[4] Men framför allt skall den skadliga verkan av konkurrensbegränsning enligt 1 § konkurrenslagen föranledas av näringsidkare. Detta innebär att lagreglerade ingrepp i den fria konkurrensen inte träffas av konkurrenslagens regler.[5]

Det sagda framgår redan av förarbetena till 1970 års MFL. Föredragande departementschefen framhöll där att generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring inte får tillämpas så att den kommer i konflikt med de principer som ligger bakom konkurrensbegränsningslagstiftningen. Det är samtidigt viktigt att denna princip om en fri konkurrens inte får så stor räckvidd att den lämnar utrymme för otillbörliga konkurrensmetoder. För att undvika risken av konflikt mellan konkurrensbegränsningslagstiftning och marknadsföringslagstiftning lades den dömande funktionen på ett och samma organ, det som först kallades marknadsrådet, men som så småningom bytte namn till marknadsdomstolen.[6]

Vad nu har sagts är av intresse då det gäller möjligheterna att ingripa mot otillbörlig efterbildning. Utgångspunkten bör vara att det skall råda frihet att konkurrera med efterbildningar av andras produkter. En producent bör kunna låta sig inspireras av konkurrenternas produkter som kommit ut på marknaden. Här markerar dock de immaterialrättsliga lagarna och MFL en gräns för vad som är tillåtet. Inskränkningarna i friheten att efterbilda är redan enligt gällande rätt betydande. Vår syn på den rättspolitiska avvägningen mellan konkurrensintresset å ena sidan och den förfördelade näringsidkarens intresse att inte utsättas för plagiat å den andra, kommer att utvecklas närmare i avsnitt 7.1 nedan.

---

1 SOU 1978:9 s. 70, Bernitz, Svensk marknadsrätt, s. 46 ff.
2 Bernitz m.fl. s. 177.
3 För ett kortfattat referat av reglerna i konkurrenslagen, se SOU 1983:52 s. 90 ff.
4 Jfr Grönfors, K & Sundquist, Å, Konkurrensen, samhället och lagen. 3 uppl. Stockholm 1977 s. 5.
5 SOU 1983:52 s. 93 f. Se vidare Bernitz m. fl. s. 177.
6 Prop. 1970:57 s. 61 och 64, Grönfors & Sundquist a.st.

3.4 Påföljder och säkerhetsåtgärder

Här följer en redogörelse för sanktionssystemet i immaterial- och konkurrensrätten. Inte endast påföljder i klassisk mening som straff och skadestånd utan också säkerhetsåtgärder tas med. Vidare behandlas det på vårt område allt viktigare förbudsinstrumentet.

3.4.1 Straff

I immaterialrättslig lagstiftning är *straff* en allmänt förekommande påföljd. Straff är enligt 1 kap. 3 § brottsbalken (BrB) "böter eller fängelse".

Straffbestämmelser finns i 57 § patentlagen, 53 § upphovsrättslagen, 16 § fotografilagen, 35 § mönsterskyddslagen och 37 § varumärkeslagen. Upphovsrättslagen och fotografilagen har de högsta straffskalorna, böter eller fängelse i högst två år. I övriga nämnda lagar är strafflatituden lägre, böter eller fängelse i högst sex månader.

Att en gärning är straffbelagd har betydelse i olika hänseenden. Om fängelse kan följa på gärningen, kan det också dömas till villkorlig dom eller skyddstillsyn, 27 och 28 kap. BrB. Detta anses gälla även om gärningen är straffbelagd inom specialstraffrätten. Det får dock antas att sådana utbytespåföljder i praktiken saknar betydelse vad gäller intrång i immaterialrättigheter.

3.4.2 Straffprocessrättsliga säkerhetsåtgärder

Till kriminaliseringen är också kopplad möjligheten att använda s.k. straffprocessuella tvångsmedel. Dessa brukar delas in i personella, bl.a. häktning samt reella, bl.a. kvarstad och beslag.

Häktning kan enligt huvudregeln i 24 kap. 1 § rättegångsbalken (RB) ske där någon är på sannolika skäl misstänkt för brott, för vilket är stadgat fängelse i ett år eller däröver.

Av större intresse för utredningen är säkert de olika reella tvångsmedlen. Vad gäller *kvarstad* regleras denna påföljd i 26 kap. RB. För kvarstad är inte angivet några särskilda förutsättningar beträffande straffskalan. Det räcker enligt 26 kap. 1 § RB att någon är skäligen misstänkt för brott. Om det skäligen kan befaras att den misstänkte genom att avvika eller genom att undanskaffa egendom eller annars undandrar sig att betala bl.a. värdet av förverkad egendom eller ersättning till en målsägande, som kan antas komma att på grund av brottet ådömas honom, får förordnas om kvarstad på så mycket av den misstänktes egendom att fordringen kan antas bli täckt vid utmätning.

Om *beslag* ges regler i 27 kap. RB. I kapitlets 1 § anges att föremål som skäligen kan antas äga betydelse för utredning om brott eller vara genom brott någon avhänt eller på grund av brott förverkat, får tas i beslag. Inte heller för beslag finns det krav på en särskild straffskala.

Detta är däremot fallet i fråga om *husrannsakan*. Denna åtgärd får enligt 28 kap. 1 § RB endast ske då det förekommer anledning att det har förövats brott, vará fängelse kan följa. Ytterligare krav för husrannsakan är att det gäller eftersökande av föremål som är underkastat beslag eller att det eljest gäller utrönande av omständighet, som kan äga betydelse för utredning om brottet.

Sammanfattningsvis kan beträffande de tre reella tvångsmedlen kvarstad, beslag och husrannsakan sägas följande. Kvarstad tjänar att säkerställa en misstänkt persons ekonomiska förpliktelser, vare sig mot det allmänna eller mot enskild person. Beslag och husrannsakan däremot tjänar framför allt ett utredningssyfte. Men därutöver tjänar alla tre tvångsmedlen - direkt eller indirekt - till att säkerställa ett *förverkande*. Regler beträffande denna sistnämnda åtgärd finns i 36 kap. BrB, där förverkande inordnas under rubriken "särskild rättsverkan av brott".

Den principiella skillnaden mellan kvarstad, beslag och husrannsakan, å ena sidan, och förverkande, å den andra, kan sägas vara att de förstnämnda åtgärderna är av provisorisk - interimistisk - karaktär, medan förverkande är en slutlig åtgärd.

Förverkande innebär att egendom tas ifrån innehavaren utan vederlag och, som regel, tillfaller staten. Beslut om förverkande kan antingen innebära sakkonfiskation - viss egendom förklaras förverkad - eller värdekonfiskation - viss person förpliktas att utge ett visst belopp. Förverkande enligt 36 kap. 1 och 2 §§ kommer enligt lagtexten endast i fråga vid brott enligt BrB. Övriga lagrum i kapitlet gäller även då det är fråga om specialstraffrätt.

Enligt 36 kap. 1 § skall utbyte av brott enligt BrB, som ej motsvaras av skada för enskild, förklaras förverkat, om det ej är uppenbart obilligt. Detsamma gäller förlag för brott eller dess värde, om förlaget har mottagits och mottagandet utgör ett brott enligt BrB.

36 kap. 2 § innehåller bestämmelser om möjlighet att besluta om förverkande av tre kategorier egendom:

a) hjälpmedel vid brott enligt BrB,
b) brottsprodukter, dvs. sådant som frambragts genom brott enligt BrB samt
c) egendom, om användande av eller annan befattning med egendomen utgör brott enligt BrB.

36 kap. 3 § avser bl.a. förverkande av föremål som på grund av sin särskilda beskaffenhet och omständigheterna i övrigt kan befaras komma till brottslig användning. Här kan nämnas sådant som dyrkar, falska mynt, kartor och teckningar som tillkommit i spionerisyfte, falska skuldebrev m.m. Det räcker inte att ett föremål är sådant att det kan komma till brottslig användning, utan det måste också finnas risk för att det används på detta sätt. Domstolen skall bedöma om förverkande är påkallat i varje särskild situation. Det fordras inte att något brott verkligen har begåtts.

Regeln i 36 kap. 5 § om åtgärd till förebyggande av missbruk kan tillämpas utanför BrB, men endast då förverkande är särskilt föreskrivet.

Bestämmelser om förverkande finns på många håll inom specialstraffrätten och även i de immaterialrättsliga lagarna. Förverkandereglerna där är sammanvävda med bestämmelser om civilprocessrättsliga säkerhetsåtgärder och behandlas lämpligen i samband med dessa.

3.4.3. Civilprocessrättsliga säkerhetsåtgärder

I 15 kap. RB finns civilprocessrättsliga motsvarigheter till de straffprocessuella tvångsmedlen i 24 och följande kapitel i RB. Skillnaden är dock den att åtgärderna på den civilprocessrättsliga sidan inte är till för att underlätta utredning, utan endast har till funktion antingen att säkerställa exekution av ett yrkande från kärandens sida eller att söka åstadkomma att käranden genast kommer i åtnjutande av sin rätt.

I 15 kap. 1 och 2 §§ ges bestämmelser om *kvarstad*. Den förstnämnda paragrafen rör det fall att någon visar sannolika skäl för att han har en fordran och den andra paragrafen att någon har bättre rätt till viss egendom.

Större betydelse för utredningen torde 15 kap. 3 § RB ha. Detta lagrum har följande lydelse:

> Om någon, i annat fall än som avses i 1 eller 2 §, visar sannolika skäl för att han mot någon annan har ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde, får domstol förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt.
>
> En åtgärd enligt första stycket får innebära förbud vid vite att utöva viss verksamhet eller företa viss handling eller annat föreläggande vid vite att beakta sökandens anspråk eller förordnande av syssloman eller meddelande av en föreskrift som är ägnad att på annat sätt förebygga intrång i sökandens rätt.

I propositionen till de ändringar i 15 kap. RB som skedde år 1981 anges att paragrafen avses medge *inte endast* att verkställigheten av en blivande dom säkerställs, *utan också* att sökanden genast skall komma i åtnjutande av sin rätt. Det görs dock det tillägget att det även utan en särskild föreskrift är tydligt att ett provisoriskt ordnande av rättsförhållandet mellan parterna, innan saken har prövats av domstolen eller i annan ordning, inte bör ske utan starka skäl.[1] I paragrafens andra stycke sägs bl.a. att en åtgärd enligt första stycket får innebära förbud vid vite att utöva viss verksamhet eller företa viss handling.

I betänkandet Företagshemligheter diskuterade vi om 15 kap. 3 § RB - i ett mål där talan gäller vitesförbud - kan ligga till grund för ett interimistiskt beslut om förbud.[2] Patentprocessutredningen hade då lagt fram förslag om en särskild bestämmelse om interimistiskt vitesförbud. Vi fann oss böra göra detsamma. Uppfattningen att 15 kap. 3 § RB är ett tillräckligt stöd för talan om interimistiskt beslut i den aktuella situationen har dock starka skäl för sig.

Åtgärder enligt 15 kap. 3 § RB kan i vissa hänseenden sägas motsvara det straffprocessrättsliga tvångsmedlet beslag. Några allmänna civilprocessrättsliga regler som motsvarar förverkandereglerna i straffrätten finns emellertid inte i RB eller BrB. Men däremot finns regler om säkerhetsåtgärder i de olika immaterialrättsliga lagarna. Dessa regler ligger nära reglerna om förverkande etc. i 36 kap. BrB.

Regler om säkerhetsåtgärder finns i 59 § patentlagen, 55 § upphovsrättslagen, 18 § fotografilagen, 36 och 41 §§ varumärkeslagen och 37 § mönsterskyddslagen.

Av dessa bestämmelser är de i upphovsrättslagen och i fotografilagen de modernaste. De tillkom år 1982 och trädde i kraft den 1 juli detta år. I mycket har dock de skilda bestämmelserna ett gemensamt innehåll. 55 § upphovsrättslagen lyder:

> Den som vidtager åtgärd som innebär intrång eller överträdelse varom i 53 § sägs är skyldig att, såvitt det finnes skäligt, mot lösen avstå egendom med avseende på vilken intrång eller överträdelse föreligger till upphovsmannen eller hans rättsinnehavare. Detsamma gäller i fråga om trycksats, kliché, form och liknande hjälpmedel, som kan användas endast för framställning av egendom som nu har sagts.
>
> I stället för att förordna om inlösen enligt första stycket får rätten, på yrkande av upphovsmannen eller hans rättsinnehavare, efter vad som finnes skäligt föreskriva, att egendom som där avses skall förstöras eller på visst sätt ändras eller att andra åtgärder skall vidtagas med den till förebyggande av missbruk. Sådan talan får väckas även av åklagare, om det är påkallat ur allmän synpunkt. Föreskrift som här avses skall inte meddelas, om förverkande eller åtgärd till förebyggande av missbruk skall beslutas enligt brottsbalken.
>
> Bestämmelserna i första och andra styckena gäller ej mot den som i god tro förvärvat egendomen eller särskild rätt till den och ej heller om det olagliga förfarandet bestått i utförande av byggnadsverk.
>
> Har annat föremål än som avses i första stycket använts som hjälpmedel vid sådan framställning av exemplar av verk som utgör brott enligt denna lag, får föremålet eller dess värde förklaras förverkat, om det är påkallat till förebyggande av brott eller annars

särskilda skäl föreligger. Vad som nu har sagts skall tillämpas också i fråga om föremål, som har använts vid försök till brott som avses här, eller som omfattas av åtgärd som utgör förberedelse till sådant brott.

Paragrafen laborerar med en blandning av civilprocessrättsliga och straffprocessrättsliga åtgärder. De civilprocessrättsliga är a) avstående mot lösen och b) förstörelse, ändring eller annan åtgärd till förebyggande av missbruk. Dessa båda slag av åtgärder regleras i första respektive andra stycket. I paragrafens förarbeten tas upp förhållandet mellan dess första och andra stycke, å ena sidan, samt bestämmelserna om förverkande i 36 kap. 3 § BrB, å den andra.[3]

I 55 § tredje stycket upphovsrättslagen ges en regel om godtrosförvärv av sådan egendom som anges i första och andra stycket. Motsvarande bestämmelser finns i 59 § patentlagen och 37 § mönsterskyddslagen. Reglerna överensstämmer med allmänna principer i svensk rätt om godtrosförvärv.[4]

Fjärde stycket i 55 § upphovsrättslagen avser förverkande. Vad som kan bli föremål för avstående eller säkerhetsåtgärder enligt paragrafens första och andra stycke är främst s.k. piratupplagor av böcker, grammofonskivor, kasettband etc, men dessutom t.ex. klichéer som kan användas endast för framställning av ytterligare exemplar av det utnyttjade verket. Däremot avser inte första och andra stycket t.ex. inspelningsapparater, som har använts vid olaglig framställning av exemplar av andra verk. Att vidga upphovsmannens privaträttsliga anspråk till att omfatta även egendom av detta slag ansågs inte böra komma i fråga. Däremot öppnade man en möjlighet till förverkande av egendom av detta slag eller av värdet av sådan egendom.[5]

---

1 Prop. 1980/81:84 s. 230.
2 SOU 1983:42 s. 279 och 281.
3 Prop. 1981/82:152 s. 30.
4 Prop. 1960:17 s. 297. Se vidare SOU 1984:16.
5 Prop 1981/82:152 s. 24 f. och 31.

3.4.4. Förbud

Enligt svensk civilprocessrätt är det möjligt för en part att yrka ett förbud för motparten att företa en viss handling. Talan härom torde vara att betrakta som fullgörelsetalan enligt 13 kap 1 § RB. Det har ansetts att det skall föreligga fara för upprepning av svarandens handlande för att talan om förbud skall kunna bifallas.[1]

Men bortsett härifrån måste det naturligtvis finnas en materiellrättslig grund för att ett yrkande om förbud skall kunna bifallas. Denna grund kan bestå i att svaranden har en kontraktsrättslig skyldighet att avhålla sig från ett visst handlande.[2] Om det inte finns en avtalsförpliktelse för en person att avhålla sig från ett visst handlande, måste ett förbud för vederbörande att agera på visst sätt ha stöd i lag.

Som angivits ovan i avsnitt 3.2.4 saknar varumärkeslagen regler om förbud i samband med varumärkesintrång.[3] Däremot finns regler i 35 och 36 §§ varumärkeslagen om förbud mot användning av vilseledande kännetecken. Dessa paragrafer har dock hittills saknat praktisk betydelse. - IKL saknar bestämmelser om förbud.

I 1970 års MFL infördes regler om förbud, se ovan avsnitt 3.3.2. Enligt 5 § 1975 års MFL skall förbud förenas med vite, om detta ej av särskilda skäl är obehövligt. I och med införande av MFL gjordes avsteg från principen att vitesförbud inte kan meddelas mot ett förfarande som är straffbelagt. I 1975 års MFL är flera av de förfaranden som kan förbjudas vid vite också straffbelagda. Dock gäller enligt lagens 9 § första stycket att den som har överträtt vitesförbudet ej får dömas till ansvar för en gärning som omfattas av förbudet.

De centrala förbudsbestämmelserna i lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare kan också nämnas. Eftersom dessa lagar inte innehåller några straffbestämmelser aktualiseras här inte konflikten mellan straff och vite. Från konkurrensrättens område skall också nämnas konkurrenslagen (1982:729), som innehåller flera förbudsregler.

I immaterialrätten kom genombrottet för förbudssanktionen i och med firmalagen (1974:156).[4] Enligt denna lags 18 § döms den som uppsåtligen gör firmaintrång till böter eller fängelse. Enligt 15 § första stycket gäller, att om ett näringskännetecken eller dess användning strider mot goda seder eller allmän ordning eller är vilseledande, kan domstol vid vite förbjuda innehavaren att använda kännetecknet. Förbud får enligt 15 § andra stycket även meddelas, om någon gör intrång i annans rätt till näringskännetecken (firmaintrång). Talan om förbud får föras av var och en som lider förfång av kännetecknet eller dess användning. Då det gäller förbud enligt första stycket får talan föras även av åklagare och av sammanslutning av berörda näringsidkare. Talan om utdömande av vite förs av den som har ansökt om förbudet eller, om det gäller förbud enligt första stycket, av åklagare. På motsvarande sätt som i MFL föreskrivs i 18 § andra stycket firmalagen

att den som har överträtt vitesförbud som meddelats enligt 15 § andra stycket inte får dömas till straff för intrång som omfattas av förbudet.

Patentlagen saknade tidigare regler om förbud. Genom 1986 års ändringar har emellertid införts regler härom. Se avsnitt 3.2.1. Däremot saknar alltjämt mönsterskyddslagen regler om förbud. Upphovsrättslagen ger endast möjlighet till förbud i samband med klassikerskyddet, se avsnitt 3.2.2. Fotografilagen saknar bestämmelser om förbud.

I betänkandet Företagshemligheter föreslog vi införande av regler om förbud i en ny lag om företagshemligheter.[5]

---

1 Larsson, S, Fullgörelsetalan. Festskrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972 s. 466 f. Jfr Gärde s. 131 och Ekelöf II s. 108 f.
2 SOU 1983:52 s. 277.
3 Se vidare a.st.
4 Prop. 1974:4 s. 188 och 220.
5 SOU 1983:52 s. 341 ff och 396 ff.

3.4.5 Vite

I allmänhet är ett förbud som en domstol eller en annan myndighet meddelar kombinerat med ett vite. Denna kombination av förbud och vite kallas allmänt *vitesförbud*.

Förfarandet vid vitesförbud innebär, att ett rättssubjekt av domstol eller myndighet förbjuds att handla på ett visst beskrivet sätt. Förbudet förenas med vite till ett angivet belopp. Erläggande av vitet aktualiseras vid överträdelse av förbudet. Vitet kan då komma att dömas ut. Det utdömda vitet blir en påföljd för ohörsamhet mot det ålagda vitesförbudet.

Det finns olika former av viten. Framför allt är att nämna s.k. förfarandeviten och materiella viten. *Förfarandeviten* används av en domstol eller annan myndighet t.ex. för att få en person att infinna sig vid myndigheten eller att få honom att lämna vissa uppgifter som myndigheten behöver för att fatta ett beslut.

Materiella viten används för att ge eftertryck åt en myndighets beslut.

Om förfarandeviten finns det bestämmelser i 9 kap. 8 § RB. Om materiella viten finns det bestämmelser utspridda i en rad olika författningar. För utredningens del är naturligtvis av särskilt intresse de regler härom som

finns i immaterialrätt och konkurrensrätt. Dessa regler har redan nämnts under avsnitt 3.4.4 ovan om förbud.

Tidigare fanns inga allmänna lagbestämmelser om vite. Den 1 juli 1985 trädde emellertid lagen (1985:206) om viten i kraft. Viteslagen gäller enligt lagens 1 § alla viten som enligt lag eller annan författning får föreläggas av myndigheter. Det sägs dock att lagen inte skall tillämpas i den mån annat följer av vad som är särskilt föreskrivet.

Enligt 2 § viteslagen skall ett vitesförbud vara riktat till en eller flera namngivna fysiska eller juridiska personer. I specialmotiveringen till paragrafen anges att myndigheten fritt kan bestämma om ett föreläggande skall riktas mot en juridisk person som sådan eller mot en eller flera fysiska personer som dess ställföreträdare. Det sägs att avsikten inte är att rubba den praxis som har utbildats på det marknadsrättsliga området.[1] Inget hindrar, då det gäller en juridisk person, att ett föreläggande riktas till såväl den juridiska personen som sådan som till en företrädare för denna.[2]

3 § i lagen reglerar hur vitesbeloppet skall bestämmas. I paragrafen sägs bl.a. att, när vite föreläggs, det skall fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå honom att följa det föreläggande som är förenat med vitet.

I motiven anges att den nyss angivna bestämmelsen är formad efter mönster av 9 kap. 8 § första stycket RB. Det sägs vidare bl.a. att i motiven till 1970 års MFL och till konkurrenslagen har gjorts en del speciella motivuttalanden angående principen för vitesbeloppets bestämmande. Dessa uttalanden som rör bestämmande av vite inom det marknadsrättsliga området gäller även i fortsättningen.[3]

I 4 § viteslagen har introducerats s.k. löpande vite. Sådant vite får enligt paragrafen användas om det är lämpligt med hänsyn till omständigheterna.

Av särskilt intresse är, att det enligt 4 § andra stycket viteslagen vid vitesföreläggande som innefattar ett förbud eller någon liknande föreskrift, kan bestämmas att vitet skall betalas för varje gång föreskriften överträds.[4]

I specialmotiveringen till 4 § anger departementschefen att det är naturligt att löpande vite används med en viss försiktighet. Vad gäller det marknadsrättsliga området ankommer på marknadsdomstolen att utbilda en lämplig praxis. Löpande vite bör på detta område lika litet som i övrigt användas schablonmässigt, utan först efter prövning i det enskilda fallet.[5] Närmast torde löpande vite aktualiseras i situationer då det finns skäl att befara att näringsidkaren i fråga kan komma att åsidosätta domstolens beslut upprepade gånger. Vederbörandes tidigare beteende, marknadens särskilda beskaffenhet och säljformen kan inverka på denna bedömning.[6]

6 § viteslagen rör utdömande av vite. Här ges en huvudregel om att frågor om utdömande av viten prövas av länsrätt på ansökan av den myndighet som har förelagt vitet. Emellertid anges i lagens 7 § några undantagsfall när frågor om utdömande av vite prövas av tingsrätt.

Av särskilt intresse för utredningen är 7 § punkten 3, enligt vilken tingsrätten skall handlägga frågan bl.a. om rätten själv förelagt vitet. Härom sägs i specialmotiveringen att regeln i punkten 3 blir tillämplig även i ett sådant fall som avses i exempelvis 15 § firmalagen. Enligt denna paragraf kan användandet av visst kännetecken under vissa förutsättningar vid vite förbjudas av "domstol". Det ankommer då även på allmän domstol att pröva frågan om vitets utdömande.[7]

I avsnitt 3.4.4 ovan har nämnts frågan om förhållandet mellan straff och vite. Denna fråga är inte berörd i själva viteslagen, men däremot i dess motiv. Lagrådet tog upp saken i sitt yttrande och framhöll därvid att svensk rätt länge intagit ståndpunkten att det inte bör vara möjligt att ingripa med straff och vitespåföljd mot samma förfarande. Lagrådet hänvisade härvid till 9 kap. 8 § RB och NJA 1982 s. 633. Då avsteg från denna princip har gjorts i lagstiftningen på senare tid, har samtidigt införts bestämmelser om att den som har överträtt ett vitesförbud inte också får dömas till ansvar för en gärning som omfattas av föreläggandet.[8]

---

1 Prop. 1984/85:96 s. 47.
2 A.a. s. 86, 90 och 103.
3 A.a. s. 49.
4 A.a. s. 50.
5 Se numera MD 1986:2, 1986:9 och 1986:14.
6 Prop. 1984/85:96 s. 51, jfr s. 105.
7 A.a. s. 54.
8 A.a. s 87.

3.5 Tullregler

Som redan har antytts i avsnitt 2.5 och som kommer att framgå ytterligare i det följande, har i den internationella debatten frågor om möjligheten att stoppa import av "counterfeit goods" genom tullprocedurer fått en framträdande plats. Detta har lett till att vi ansett oss här böra lämna en kortfattad redogörelse för dels några tidigare, dels några nu gällande bestämmelser som belyser detta spörsmål.

Tidigare gällde två särskilda lagar angående oriktiga geografiska ursprungsbeteckningar. Dessa var lagen (1913:159) angående förbud mot införsel till riket av varor med oriktig ursprungsbeteckning och lagen (1914:422) angående förbud i vissa fall mot varors förseende med oriktig ursprungsbeteckning och saluhållande av oriktigt märkta varor.

Enligt 1913 års lag var det förbjudet att till Sverige för försäljning importera en vara som var försedd med en beteckning som gav sken av att varan hade tillverkats i Sverige. Om en sådan vara kom in till riket ålåg det tullpersonalen att ta varan i beslag. Beslaget skulle skyndsamt underställas generaltullstyrelsens prövning. Om beslaget befanns vara lagligen grundat, skulle den oriktiga ursprungsbeteckningen utplånas eller neutraliseras. Om detta inte var möjligt, utan att varan förstördes, skulle varan förklaras "förbruten". Om det inte fanns något hinder mot neutralisering, skulle varuägaren föreläggas att inom viss tid oskadliggöra den oriktiga beteckningen under tillsyn av tullpersonal. Dessutom skulle varuägaren föreläggas att betala en på visst sätt beräknad straffavgift. En sådan avgift skulle dock inte tas ut, om varuägaren kunde visa att varan blivit obehörigen märkt mot hans förbud. Kungl. Maj:t kunde, under förutsättning av ömsesidighet, förordna att bestämmelserna i 1913 års lag skulle tillämpas även på införsel i försäljningssyfte av en vara som försetts med oriktig ursprungsbeteckning, genom vilken varan direkt eller indirekt angivits vara tillverkad i en främmande stat.

Enligt 1914 års lag var det straffbart att här i landet förse utländsk vara med beteckning som gav sken av att den tillverkats i Sverige. Detsamma gällde om någon saluhöll en utländsk vara, som genom en sådan beteckning eller genom beteckning på anslag eller i annons etc. gav sken av att ha tillverkats i Sverige. Förutsättning för straffbarhet var att gärningsmannen handlade i avsikt att vilseleda om varans ursprung.

Utredningen om illojal konkurrens kritiserade i betänkandet Otillbörlig konkurrens de båda nämnda lagarna hårt. Bl.a. påtalades deras bristande kongruens. Vid import kunde varorna tas i beslag, medan inom landet beslag i princip inte kunde förekomma. Det gällde olika subjektiva rekvisit. Enligt 1913 års lag skedde ingripande av en administrativ myndighet, medan 1914 års lag tillämpades av allmän domstol.[1]

Ett tungt vägande argument mot 1913 års lag var enligt utredningen om illojal konkurrens att det moderna tulltaxeringsförfarandet inte möjliggjorde en konsekvent tillämpning av lagen. Redan nu, sade utredningen, kunde minst hälften av alla såsom oriktiga ansedda ursprungsbeteckningar passera obeaktade genom tullen; detta hade lett till att det ofta inträffade att en varuimport som länge pågått opåtalad, plötsligt drabbades av beslag.[2]

I propositionen till 1970 års MFL instämde föredragande departementschefen i den framförda kritiken. Han yttrade bl.a. att förekomsten av ett särskilt varukännetecken på en vara i första hand uppfattades som en upplysning om varans kommersiella och inte om dess geografiska ursprung. Förbudet enligt 1913 års lag mot import av varor med oriktig ursprungsbe-

teckning kunde lätt kringgås genom att en vara importerades omärkt och försågs med en vilseledande ursprungsbeteckning sedan den förts in till Sverige. Slutligen kunde beträffande 1913 års lag anföras att det numera, med hänsyn till det sätt på vilket tulltaxeringen sker, i hög grad blir beroende av en slump om en oriktig märkning upptäcks eller inte och att tillämpningen av lagen därför blir mycket inkonsekvent. Enligt departementschefen borde 1913 och 1914 års lagar upphävas; någon särskild lagstiftning om oriktiga ursprungsbeteckningar vid sidan av den föreslagna lagen om otillbörlig marknadsföring behövdes inte.[3] - De båda lagarna upphävdes härefter i samband med tillkomsten av 1970 års MFL.

I ett meddelande från generaltullstyrelsens kanslibyrå år 1971 angavs att tullverket inte hade ålagts någon skyldighet att övervaka efterlevnaden av MFL. Emellertid, sades det vidare, hade KO framfört önskemål om viss medverkan från tullverkets sida i fråga om rapportering till KO av vissa oriktiga ursprungsbeteckningar som uppdagades i samband med tullbehandling av importgods. Detta innebar att, om oriktiga ursprungsbeteckningar påträffades som syntes vara i strid mot bestämmelserna i MFL, vederbörande tullmyndighet skulle meddela detta direkt till KO. Det framhölls att en tulltjänsteman inte hade befogenhet att hålla kvar eller besiktiga gods i huvudsakligt syfte att kontrollera efterlevnaden av bestämmelserna i MFL. Rapporteringen till KO angående oriktiga ursprungsbeteckningar kunde därför endast komma i fråga i den mån tullpersonalen råkade träffa på sådana beteckningar i samband med en i annat syfte vidtagen okulärbesiktning av godset. De oriktiga ursprungsbeteckningar som borde bli föremål för rapportering till KO var i huvudsak beteckningar av typ "Svensk tillverkning" eller beteckning genom vilken varan oriktigt angavs vara tillverkad i viss främmande stat. Rapporteringen skulle inte ske beträffande svenska varumärken och svenska firmabeteckningar. Med hänsyn till denna inskränkning, sades det slutligen, torde antalet fall som skulle rapporteras bli mycket få.[4]

Utredningen om illojal konkurrens och föredragande departementschefen framhöll alltså båda att kontroll från tullmyndighetens sida av märkning passade dåligt ihop med det moderna systemet för tulltaxering. Sedan dessa yttranden avgivits har systemet ytterligare utvecklats. I den tullprocedur som infördes från den 1 januari 1974 gäller nämligen det s.k. hemtagningssystemet. Enligt 3 § andra stycket tullagen (1973:670) får den som bedriver importverksamhet, om tullmyndigheten medger det, ta hand om och i övrigt förfoga över vara utan hinder av att den ej förtullats.

När en hemtagare vill ta hand om en vara, måste han själv eller genom ombud till tullmyndigheten lämna en hemtagningsanmälan. Härefter skall haninom viss tid till den s.k. kontrolltullanstalten lämna en tulldeklaration med de uppgifter som behövs för förtullningen. Kontroll av att tulldeklaration lämnas för alla hemtagna sändningar sker med hjälp av särskilda kontrollistor som upprättas centralt.

Enligt uppgift hanteras tre fjärdedelar av importsändningarna, representerande cirka 90 % av importvärdet, inom ramen för hemtagningssystemet. Förresterande import lämnas tulldeklaration utan föregående hemtagning, i regel i samband med att varorna passerar gränsorten.[5]

Här skall också nämnas lagen (1982:736) om ursprungsmärkning av kläder. Denna är en s.k. bemyndigandelag. Med stöd av lagen har utfärdats förordningen (1982:910) om ursprungsmärkning av kläder. Enligt förordningens 2 § får kläder inte saluhållas yrkesmässigt till förbrukare inom landet, om de inte tydligt och otvetydigt är märkta med uppgift om det land där kläderna har tillverkats (ursprungsland).

I den utredning som låg till grund för lagstiftningen diskuterades om det skulle krävas att kläder som importerades borde vara märkta med uppgift om ursprung redan vid införseltillfället. Som skäl för en sådan ordning hade enligt utredningen gjorts gällande att kontrollen att kläderna är märkta på föreskrivet sätt härigenom blir effektivare. Utredningen anförde bl.a. att tullmyndigheterna redan i dag ägnar särskild uppmärksamhet åt tekovaror därför att de är importreglerade. Men, fortsatte utredningen, den fysiska godskontrollen begränsas i Sverige - till skillnad från i andra länder - av att tullproceduren är uppbyggd på ett system (hemtagningssystemet) som innebär att varor kan tas hem av importören efter en anmälan. Någon kontroll av att kläderna är märkta kan i praktiken inte göras förrän efter hemtagningen, vare sig av importören eller tullmyndigheterna, annat än i undantagsfall. Om det då visar sig att kläderna är omärkta, uppkommer komplikationer. Bl.a. kommer bestämmelser om märkning redan vid införseltillfället att medföra en ökad administration och arbetsbelastning för såväl näringslivet som tullmyndigheterna.[6]

Departementschefen anslöt sig till utredningens förslag att kläder skall vara märkta först när de saluhålls och att någon märkning alltså inte skall krävas vid importtillfället. Departementschefen yttrade härvid att förutom att ett system med krav på märkning först vid saluhållandet är enklare och mindre resurskrävande, grundar sig hans bedömning också på handelspolitiska åtaganden; den kritik som har förekommit i internationella sammanhang har ofta baserats på fall där ursprungsmärkning har krävts redan vid införseltillfället. Departementschefen slutar med att säga att vunna erfarenheter av systemet får visa om det av kontrolltekniska skäl eller av andra orsaker kan vara motiverat att senare övergå till ett system med krav på märkning vid införseltillfället.[7]

---

1 SOU 1966:71 s. 276 ff.
2 A.a. s. 278.
3 Prop. 1970:57 s. 110 f.
4 KSM (kanslibyråns meddelande) Tullverkets 1971:1 Författningshandböcker VIII:2 (2338:3).
5 Översyn av tullagstiftningen Del 1 Överväganden och motiv. Betänkande (Ds UD 1985:4) av beredningsgruppen för tullagstiftningsfrågor s. 30. Se även Tulldeklarationshandledning och Att vara hemtagare, utgivna av Generaltullstyrelsen 1985.
6 Ursprungsmärkning av kläder Betänkande (Ds H 1981:1) av utredningen om märkning av kläder s. 123 ff, prop. (1981/82:148) om åtgärder för tekoindustrin m.m. s. 26.
7 Anförda prop. s. 26 f.

4 UTLÄNDSK RÄTT

4.1 Dansk rätt

Inledning

Immaterialrätten i de nordiska länderna vilar på en gemensam grund. De olika lagarna har i stor utsträckning vuxit fram i nordiskt samarbete. Allt detta har lett till att de nordiska upphovsrätts-, mönster- och varumärkeslagarna är nära nog likalydande. På konkurrensrättens område är situationen annorlunda. Här finns visserligen många gemensamma drag men också påtagliga skillnader.

I dansk rätt gäller att det i princip är tillåtet att efterbilda andras prestationer som inte skyddas genom de immaterialrättsliga lagarna. Därutöver gäller att den danska rätten genom konkurrensrättsliga regler ger ett långtgående skydd mot efterbildning. Den grundläggande tanken är att den som gör en "erhvervsmaessig indsats" skall åtnjuta skydd för denna. Detta konkurrensrättsliga skydd bygger på allmänt hållna generalklausuler.[1]

Immaterialrätt

I dansk immaterialrätt är Mogens Koktvedgaards insatser av grundläggande betydelse. Enligt honom bestäms immaterialrättigheten genom en jämförelse mellan de fysiska fenomen - t.ex. en bok - i vilka en prestation kommer till uttryck. Avgörande för rättsskyddet är om fenomenet B upplevs som identiskt med fenomenet A. "Identitetsoplevelsen er ophavsrettens alfa og omega, og sammenligningen er retsdisciplinens livsnerve."[2]

Upphovsrätt

Upphovsrätten är i dansk rätt reglerad i Lov nr. 158 av den 31 maj 1961 om ophavsretten til litteraere og kunstneriske vaerker, ophavsretsloven.

I lagens § 1 sägs att den som frambringar bl.a. "brugskunst" har upphovsrätt till verket. Vad gäller verksbegreppet överensstämmer dansk rätt med svensk rätt såtillvida att kravet på verkshöjd inte innebär några som helst kvalitetskrav. Också konst av dålig kvalitet skyddas.[3] Men det krävs att prestationen skall vara resultatet av en skapande insats och vara präglad av upphovsmannens individualitet.[4]

Dansk rätt synes tämligen generös då det gäller att medge upphovsrätt för brukskonst. Det räcker med att det är en konstnärlig prestation som uppfyller de allmänna kraven på verk i lagens mening. Skyddet inträder även om hänsynen till den funktionellt riktiga formgivningen spelat en avgörande roll vid utformningen av bruksföremålet.[5]

I praktiken blir dock skyddsomfånget snävt och skyddet begränsat till att gälla mot närgångna efterbildningar.[6]

Icke desto mindre förefaller dansk rätt ändå att ge ett ganska effektivt upphovsrättsligt efterbildningsskydd.

Som exempel kan nämnas UfR 1978 s. 944 där det hade skett en avgjutning i plast av en jolle av trä. Sø- og handelsretten ansåg båten ha en "ydre udformning, der virker tiltalende og saerpraeget" och fann därför båten omfattad av ophavsretslovens regler. Att efterbildaren företagit vissa ändringar speciellt i fråga om kölen, ansågs oväsentligt i förhållande till skrovets uppbyggnad och utseende. Plagiatören ansågs också ha överträtt § 1 markedsføringsloven genom att ha använt originalet till direkt avgjutning.[7]

I NIR 1979 s. 347 (Vestre landsrets dom den 31 mars 1976) rörde det sig om plagiat av möbler i läder och stålrör. Dessa ansågs av Vestre landsret ha en sådan självständig utformning och ny design att de åtnjöt upphovsrättsligt skydd som brukskonst. De mycket närliggande efterbildningarna ansågs innefatta upphovsrättsintrång.[8]

UfR 1969 s. 851 rörde en kaffekvarn med namnet "Caravel Automatic". Denna ansågs av højesterets majoritet vara så särpräglad och ha så ny utformning att den åtnjöt skydd enligt ophavsretsloven. En liknande kvarn benämnd "Flying Kvaerne" ansågs utgöra upphovsrättsintrång. En minoritet av domstolen ville i stället tillämpa konkurrensrättsliga regler.[9]

Men det finns också exempel på att upphovsrättsligt skydd har nekats. I UfR 1982 s. 987 ansågs en viss glasservis åtnjuta skydd som brukskonst enligt ophavsretsloven. Svarandens servis ansågs dock skilja sig i sådan utsträckning att upphovsrättsintrång inte förelåg. Svarandens förfarande ansågs dock strida mot "god markedsføringsskik", varför förbud meddelades enligt markedsføringsloven.[10]

I flera fall har i praxis nekats upphovsrättsligt skydd på grund av bristande nyhet.[11]

Mönsterrätt

I Danmark gäller mønsterloven, Lov nr. 218 av den 27 maj 1970.

Mönsterlagarna i de nordiska länderna har vuxit fram i nordiskt samarbete. Detta hindrar inte att det finns skillnader mellan den danska och den svenska mönsterrätten.

Det system med s.k. förprövning i samband med registreringsförfarandet som infördes i den samordnade nordiska lagstiftningen var något nytt i Danmark. I praktiken är dock nyhetsgranskningen i dag begränsad till - förutom ikraftvarande registreringar och oavgjorda ansökningar - mönster "der er registreret i medfor af loven og udslettet inden for de sidste 5 år fra ansøgningens indleveringsdato at regne".[12]

Då det gäller skillnadskravet ställer Danmark i praxis lägre krav på vad som skall betraktas som väsentlig skillnad än vad som gäller i Sverige.[13]

I fråga om synen på banala mönster finns en viss skillnad mellan Sverige och Danmark. Visserligen anges i det danska betänkande som ligger till grund för mønsterloven att "helt almindelige mønstre ikke skal kunne opnå beskyttelse". Men i Danmark krävs, för att registreringsmyndigheten skall vägra registrering, att det görs invändning om att mönstret inte är nytt.[14]

Varumärkesrätt

I dansk rätt finns regler om varumärken i Lov nr. 211 om varemaerker og faellesmaerker av den 11 juni 1959, varemaerkeloven.

Liksom i övriga nordiska länder tycks det i Danmark finnas små möjligheter att använda varumärkesrätten som efterbildningsskydd.[15]

Det har i denna fråga uttalats bl.a. att det verkar långsökt att tala om kännetecken, då det i realiteten gäller att skydda själva varan.[16]

Konkurrensrätt

Medan immaterialrättigheterna primärt skyddar "verket", är det vid den konkurrensrättsliga prövningen fråga om att bedöma ett *beteende*. Avgörande är om efterbildaren i alltför hög grad har tillägnat sig resultatet av annans insats i stället för att göra insatsen själv.[17] I dansk rätt har det vuxit fram ett konkurrensrättsligt skydd av en sådan fasthet, att man kan tala om ett självständigt efterbildningsskydd baserat på konkurrensrättsliga principer.[18]

Tidigare gällde i Danmark 1918 års lov om uretmaessig konkurrence og varebetegnelse, konkurrenceloven. I lagen insattes år 1937 en generalklausul (15 §). På grundval av denna bestämmelse växte det fram en omfattande praxis, där över hälften av fallen rörde skydd mot efterbildning.[19]

Efter nordiskt samarbete ersattes konkurrenceloven av Loven den 4 juni 1974 om markedsføring, markedsføringsloven. I samband härmed tillkom också den danske forbrugerombudsmanden. Till skillnad från den svenska MFL innehåller markedføringsloven inte bara konsumentinriktade, utan också traditionellt konkurrensrättsliga regler.[20]

Det konkurrensrättsliga efterbildningsskyddet kom efter markedføringslovens tillkomst att grundas på generalklausulen i lagens § 1. Detta lagrum har följande lydelse:

> § 1. Loven gaelder i privat erhvervsvirksomhed og offentlig virksomhed, som kan sidestilles hermed. Der må i såden virksomhed ikke foretages handlinger, som strider mod god markedsføringsskik.

Dessutom finns den "lilla" generalklausulen i § 5 markedsføringsloven som supplerar kännetecknsskyddet enligt varemaerkeloven och firmaloven.

§ 5. Erhvervsdrivende må ikke benytte forretningskendetegn og lignende, der ikke tilkommer dem, eller benytte egne kendetegn på en måde, der er egnet til at fremkalde forverksling med andres.

I Danmark finns inte någon central privat nämnd som uttalar sig i konkurrensrättsliga frågor. Det finns dock en del branschanslutna plagiatnämnder.[21] Enligt § 13 markedsføringsloven föreskrivs att mål enligt lagen skall tas upp vid Sø- og handelsretten i Köpenhamn. Enligt § 14 kan denna domstol förbjuda handlingar i strid mot lagen. Sø- og handelsrettens avgöranden kan överklagas direkt till højesteret.[22]

Skydd mot efterbildning

För att ett konkurrensrättsligt skydd mot efterbildning skall aktualiseras krävs till en början att efterbildningen har skett i ett - föreliggande eller för framtiden tänkbart - *konkurrensförhållande*.[23]

Enligt § 1 markedsføringsloven får det i privat näringsverksamhet inte företas handlingar, som strider mot *"god markedsføringsskik"*. Detta uttryck syftar på existerande sedvana eller kutym inom näringslivet. Bedömningen enligt paragrafen försvåras av att det ibland saknas fast sedvana och att sedvanan kan ändras med tiden.[24]

En efterbildning anses inte otillbörlig som sådan. Den måste på något sätt kvalificeras för att anses stridande mot "god markedsføringsskik". Detta innebär bl.a. att en ren efterbildning av enklare ting vanligtvis inte anses rättsstridig. Det blir fråga om en helhetsbedömning, där en rad faktorer spelar in.[25]

För att ett konkurrensrättsligt skydd mot efterbildning skall aktualiseras, måste det verkligen vara fråga om en *efterbildning*. Markedsføringsloven har inte ansetts ge skydd mot en fristående dubbelprestation. Højesteret uttalade således i UfR 1982 s. 1081 att "det ikke ved lighederne mellem de to borde er godtgjort, at instaevnte har tilstraebt en efterligning af appellantens bord".[26]

Förväxlingsfallet

Förväxlingsrisken spelar en viktig roll vid bedömningen om en efterbildning är rättsstridig eller inte. För att förväxlingsrisk skall anses föreligga, krävs naturligtvis likhet mellan original och kopia. Visserligen krävs inte absolut likhet, men det förefaller ändå som om dansk rätt här ställer ganska stora krav.[27] Det som fordras är marknadsmässig identitet. Det avgörande är om produkterna är så lika att efterbildningen kan ersätta originalet. Koktvedgaard kallar denna princip för substitutionsläran.[28] Andra faktorer är omsättningskretsens storlek och möjligheterna för denna att skilja mellan originalet och kopian. Bedömningen kan därför bli olika beroende på om det gäller näringsidkare eller om det gäller konsumenter.[29]

Det fordras vidare att originalprestationen har kommersiell särprägel eller - rättare sagt - särskiljningsförmåga. Det som är helt banalt saknar särskiljningsförmåga och förväxlingsrisken är då utesluten. Däremot krävs inte originalitet i immaterialrättslig mening. I ett antal fall har produkter inte ansetts vara tillräckligt originella för att åtnjuta upphovsskydd men efterbildandet har ändå bedömts som illojal konkurrens.[30]

Något självständigt krav på att originalet skall vara inarbetat ställs inte i dansk rätt. Detta hindrar naturligtvis inte att inarbetningen kan spela in vid bedömningen av om förväxlingsrisk föreligger eller ej.[31]

Vad som i förväxlingsfall krävs på den subjektiva sidan är svårare att få grepp om. Förmodligen måste gärningsmannen alltid ha en någorlunda klar kännedom om de faktiska förhållandena. Däremot krävs inte skadeavsikt. Grövre former av medveten oaktsamhet torde också täckas.[32] Jämför fallet NIR 1969 s. 281 där Sø- og handelsretten lade en efterbildare till last att han inte ansträngt sig för att undersöka om de smycken han kopierat fanns framtagna på marknaden.

Enligt god affärssed fordras tydligen av en näringsidkare att han försöker undvika en förväxlingsbar formgivning om detta är tekniskt möjligt.[33] Om formgivningen trots allt är förväxlingsbar bör förväxlingsrisken neutraliseras genom lämpliga åtgärder. Jämför UfR 1957 s. 598 där Sø- og handelsretten uttalade att det åligger efterbildaren "ved iøjnefaldende anbringelse av sit maerke - - - at tilstraebe at formindske muligheten for forveksling".

Dansk rätt tycks dock göra skillnad mellan de subjektiva kraven vid förbud å ena sidan och skadestånd å den andra. Kan bristande aktsamhet inte styrkas i ett förväxlingsfall kan ett förbud mot fortsatt marknadsföring komma i fråga. Något skadestånd döms emellertid inte ut.[34] Uppfattningen vinner stöd av rättsfallet UfR 1972 s. 277.

> En person B importerade och sålde lampetter tillverkade i Indien. Dessa befanns vara i allt väsentligt identiska med av A tillverkade lampetter. De indiska lampetterna ansågs utgöra "tilstraebte, naermest slaviske efterligninger" av A:s lampetter. Rätten fann saluhållandet av de indiska lampetterna vara i strid med "god markedsføringsskik" och förbjöd fortsatt försäljning. I skadeståndsdelen uttalades däremot bl.a. att det inte var utrett att B känt till att de indiska lampetterna var rättsstridiga efterbildningar av A:s lampetter samt att det inte kunde läggas B till last att denne inte gjort sådana undersökningar före importen av lampetterna att man blivit klar över att de var efterbildningar. På denna grund ogillades skadeståndstalan.

Andra efterbildningsfall

- Förtroendemissbruk. Det finns en rad rättsfall som illustrerar att ett brott mot förtroende i en kontraktsrelation är en omständighet som kvalificerar efterbildningen som otillbörlig. Ett

exempel är UfR 1959 s. 965, där A till B hade levererat specialverktyg för tillverkning av bokhyllor av stålrör, vilka bokhyllor B tillverkade. Det ansågs stridande mot "god forretningsskik" att A själv började framställa samma slags hyllor med användande av verktyg liknande dem han levererat till B.[35]

Ett viktigt fall är då en f.d. arbetstagare utnyttjar material eller kunskap som han förvärvat hos sin f.d. arbetsgivare. Här tangerar man reglerna i 9 § markedsføringsloven, som handlar om "erhvervshemmeligheder".[36]

- Företagsspioneri. Ett angrepp på en företagshemlighet - eventuellt materialiserad i ett dokument - kan fångas upp av föregående punkt, förtroendemissbruk. Men angreppet kan ske också utanför en avtalsrelation. Om till grund för en efterbildning ligger ett sådant utomkontraktuellt angrepp på en företagshemlighet, är det otvivelaktigt en sådan omständighet som kvalificerar efterbildningen som otillbörlig.[37]

- Avgjutning. Som redan tidigare har sagts anses en efterbildning, även om den är "slavisk", inte såsom i och för sig otillbörlig. Men det hindrar inte att efterbildningens närhet är en central punkt vid bedömningen. Har en efterbildning skett genom avgjutning är detta ett kvalificerande moment.[38]

- Särskilt offensiv marknadsföring. En efterbildning kan förenas med en särskilt stötande form av bortträngning av originalkreatörens produkter från marknaden. Denna kombination kan göra efterbildningen otillbörlig.[39]

Tidsfaktorn

De konkurrensrättsliga reglerna används för att komplettera de immaterialrättsliga skyddsmöjligheterna. Detta medför att en prestation kan skyddas även efter utgången av en immaterialrättslig skyddstid. Konkurrensrätten är ju inriktad på det otillbörliga i förfarandet och skyddar inte objektet i och för sig. Tidsfaktorn kan emellertid ha betydelse vid otillbörlighetsbedömningen. Ett utnyttjande av en annans produkt som sålts sedan 10-15 år tillbaka anses sålunda knappast som otillbörligt.[40]

Avslutande synpunkter

Medan det konkurrensrättsliga skyddet enligt svensk rätt är starkt accentuerat till fallet rörande risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung, intar förväxlingskriteriet inte alls samma centrala roll i dansk rätt. Utmärkande för det danska efterbildningsskyddet är en individualiserande metod och en därav följande motvilja att precisera kraven för ingripande i olika fall. Det konkurrensrättsliga skyddet har sagts vara ett utflöde av handlingens "berigelsepraeg". Från detta begrepp kan olika klassiska situationer, förväxlingsrisk, slavisk efterbildning i snäv betydelse och systematisk efterbildning, härledas. Den slutliga bedömningen

blir alltid en värdering, där det är avgörande huruvida efterbildaren i alltför hög grad har tillägnat sig resultatet av en annans insats.

---

1 Krüger Andersen s. 265 och 281 f, Koktvedgaard s. 345 ff, Marianne Levin s. 361 f.
2 Koktvedgaard s. 3 f, 118 f, 184 f. Jfr Krüger Andersen s. 268.
3 Krüger Andersen s. 269, Marianne Levin s. 292, Weincke s. 32 f.
4 Weincke a. st. Jfr Marianne Levin s. 291 f.
5 Weincke s. 42, Karnov s. 2691, Marianne Levin s. 299.
6 Weincke s. 42 f, Marianne Levin s. 299.
7 Jfr NIR 1982 s. 120, Marianne Levin s. 300.
8 Jfr a.st.
9 Jfr NIR 1970 s. 198, Marianne Levin a.st.
10 Jfr a.st.
11 Se t.ex. UfR 1979 s. 588, NIR 1982 s. 111.
12 Karnov s. 2760.
13 Marianne Levin s. 338.
14 Betaenkning nr. 417/1966 s. 62, Carlsen, R, Skal der indføres et banalitetsbegreb i nordisk mønsterret?, NIR 1974 s. 158 ff, Sandgren i SvJT 1976 s. 355. Jfr Marianne Levin s. 339 ff.
15 A.a. s. 360 f, Koktvedgaard i NIR 1983 s. 513 ff.
16 A.a. s. 515.
17 Krüger Andersen s. 138.
18 A.st.
19 Koktvedgaard s. 347, Krüger Andersen s. 283.
20 A.a. s. 77 och 142 f, Marianne Levin s. 361.
21 Jfr SOU 1983:52 s. 217 f.
22 Krüger Andersen s. 106. Jfr Bernitz i Svensk rätt i omvandling s. 75.
23 Krüger Andersen s. 283, Koktvedgaard s. 28 f och 360, Marianne Levin s. 363.
24 Krüger Andersen s. 126 ff, Marianne Levin a.st.
25 Krüger Andersen s. 283 f, Koktvedgaard s. 358 ff, Marianne Levin a. st.
26 Se vidare a.a. s. 364 jämte i not 37 angivna rättsfall.
27 Krüger Andersen s. 287 f, Koktvedgaard s. 367.
28 A.a. s. 390 ff. Jfr Pehrson s. 132.
29 Krüger Andersen s. 283.
30 Jfr Koktvedgaard s. 368, Krüger Andersen s. 284 samt Marianne Levin s. 365 jämte not 54 och där angivna rättsfall.

31 A.a. s. 365, Koktvedgaard s. 361 och UfR 1961 s. 46. Se också Krüger Andersen s. 286 och UfR 1960 s. 414.
32 Jfr Koktvedgaard s. 365 f.
33 Marianne Levin s. 364 vid not 41, Krüger Andersen s. 288.
34 Marianne Levin s. 363 f, annorlunda Koktvedgaard s. 365.
35 Jfr a.a. s. 275 ff och 292. Krüger Andersen s. 292.
36 SOU 1983:52 s. 221, jfr Krüger Andersen s. 292.
37 A.a. s. 283 f, Koktvedgaard s. 307 ff.
38 Krüger Andersen s. 286.
39 A.a. s. 264 f och 284.
40 Marianne Levin s. 366.

4.2 Norsk rätt

Inledning

Den norska rättens syn på efterbildningsproblematiken ligger nära den tyska rättens. I princip anses det tillåtet att efterbilda andras prestationer. Denna princip begränsas dock genom reglerna i den immaterialrättsliga lagstiftningen.[1] Men därjämte accepterar den norska rätten ett långtgående supplerande skydd mot efterbildning genom regler av konkurrensrättslig karaktär. Detta sistnämnda skydd har byggts kring en allmänt hållen generalklausul.[2]

Upphovsrätt

Den norska upphovsrätten regleras framför allt i loven om opphavsrett till åndsverk m.v. av den 12 maj 1961.

En förutsättning för att ett verk skall åtnjuta upphovsrättsligt skydd är att upphovsmannen genom prestationen har frambragt något nytt och att prestationen har en viss individuell prägel, s.k. verkshöjd.[3]

Bland de verk som enligt lagens § 1 åtnjuter upphovsrättsligt skydd märks "billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og konstindustri". Dvs. skydd ges för vad som enligt den svenska upphovsrättslagen benämns brukskonst.

I förarbetena till åndsverksloven betonades att det inte var meningen att skydda prestationer med alltför låg verksnivå. Den kommitté som utarbetade lagförslaget uttalade bl.a. att man

> håper å unngå at den nedre grense for hva man vil betegne som åndsverk senkes for å gi plass for arbeider som bør få en viss beskyttelse, men som ikke er resultat av noen åndelig innsats ut over et helt vanlig, om enn omfattende og tidskrevne rutinearbeid.[4]

I samband med mønsterlovens (se nedan) tillkomst några år senare underströks att det var

> grunn till å vente at domstolene vil opprettholde de relativt strenge krav om kunstnerisk og individuelt preg som hos oss har vaert stilt til den brukskunst som skal gis opphavsrettslig vern.[5]

Norsk praxis intar alltså en sträng attityd då det gäller att skydda brukskonst genom upphovsrätt.[6]

Skydd för brukskonst har bl.a. nekats för en mönsterstickad tröja. I ett avgörande av en underrätt om s.k. kålunge-dockor anförde domstolen att den aktuella dockan inte representerade någon ny docktyp och därför inte gav intryck att vara tillkommen som ett "åndsverk". Däremot ansågs i ett annat fall ett smidesbeslag för bl.a. nyckelhål vara upphovsrättsligt skyddade. Upphovsmannen hade givit beslagen en sådan egenartad personlig utformning att de skilde sig från tidigare kända former och representerade en konstnärlig skapande insats.[7]

Mönsterrätt

Mönsterrätten är i norsk rätt reglerad genom lov om mønster av den 29 maj 1970.

Liksom enligt svensk rätt förstås med mönster enligt den norska lagen "forbildet for en vares utseende eller for et ornament". Mönsterrätten skyddar härvid såväl estetiskt som funktionellt betonad formgivning.[8]

Medan upphovsrätten uppkommer utan några formaliteter, krävs för mönsterrätt registrering hos "Patentstyret". I likhet med vad som gäller i Sverige föreskriver den norska mønsterloven att registrering får ske bara när mönstret skiljer sig väsentligt från vad som var känt före dagen för ansökningen om registrering, dvs. ett skillnadskrav och ett nyhetskrav.

De nordiska länderna enade sig i samband med 1970 års lagstiftning om ett system där registreringsmyndigheten prövade om förutsättning för mönsterrätt var för handen (förprövningssystem). Detta var för Norges del en nyhet. Där hade man tidigare endast haft ett system med anmälan av mönster (anmälningssystem).[9]

Då det gäller nyhetskravet torde Norge inta en mildare bedömning än Sverige. Detta sammanhänger med att den norska nyhetsgranskningen i princip endast sker mot tidigare mönsterregistreringar, medan den svenska nyhetsgranskningen sker även mot sådant som myndigheten i övrigt kan ha kännedom om.[10]

Vad sedan gäller skillnadskravet ställer norsk praxis låga krav jämfört med svensk på att ett registrerbart mönster skall skilja sig från vad som tidigare är känt. T.o.m. kombinationer av gamla element har accepterats.[11]

Även i ett annat hänseende synes norsk praxis inta en annan ståndpunkt än svensk. Det gäller synen på s.k. banala mönster. Enligt de svenska förarbetena är sådana mönster för det mesta uteslutna från skydd. Något motsvarande undantag gäller inte i Norge.[12]

Varumärkesrätt

Regler om varumärken finns i norsk rätt i lov om varemerker av den 3 mars 1961.

På motsvarande sätt som i svensk rätt kan varumärkesrätt uppkomma genom registrering eller genom inarbetning. Som varumärke räknas bl.a. "saerlig utstyr for en vare eller dens innpakning", § 1 andra stycket. Liksom i den motsvarande svenska lagen undantas enligt § 5 huvudsakligen funktionella element från varumärkesrättsligt skydd.

I Norge, liksom i övriga nordiska länder, råder en restriktiv praxis då det gäller att tillerkänna formgivning varumärkesrättsligt skydd. Lagförarbetena tycks dock inte innebära något hinder mot en mera liberal tillämpning.[13]

Konkurrensrätt[14]

I Norge har den uppfattningen sedan länge varit förhärskande att de konkurrensrättsliga reglerna bör ge ett supplerande skydd mot otillbörligt utnyttjande av annans prestation utanför ramen för immaterialrätternas skyddsområde. Man har menat att den immaterialrättsliga lagstiftningen har stela gränser och en del luckor. Snyltning på annans prestationer eller marknadsföring av produkter som medför förväxlingsfara kan framstå som oacceptabel, även om tillvägagångssättet i och för sig inte står i strid mot immaterialrättsliga regler.[15] I norsk rätt har - liksom i dansk - skett en omfattande rättsutveckling när det gäller att skapa skydd för immaterialrättsligt oskyddade prestationer. Detta skydd hade ursprungligen sitt stöd i generalklausulen i 1922 års konkurranselov.[16]

I Norge kom i väsentlig grad näringslivet själv att stå för hanteringen av reglerna om otillbörlig konkurrens.[17] År 1969 samordnades olika organ i Naeringslivets Konkurranseutvalg. I samband med tillkomsten av 1979 års markedsføringslov tillskapades ett Markedsråd och ett Forbrukerombud. Dessa båda myndigheter skall dock enligt markedsføringslovens förarbeten inte pröva frågor som uteslutande rör förhållandet mellan näringsidkare.[18] Det är Naeringslivets Konkurranseutvalg som i praktiken tar hand om efterbildningsfallen.[19]

Om efterbildning finns numera en uttrycklig bestämmelse i 9 § markedsføringsloven. Denna har följande lydelse:

> Det er forbudt i naeringsvirksomhet å anvende etterliknede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling.

Det citerade lagrummet rör endast efterbildning som medför förväxlingsrisk. Paragrafen är härigenom snävare än praxis på grundval av generalklausulen i § 1 markedsføringsloven, vars första stycke säger:

> I naeringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk naeringsdrivende imellom eller er urimelig i forhold till forbrukere.

Inget hindrar att man vid rättstillämpningen samtidigt använder sig av såväl § 1 som § 9. Därvid kan även äldre praxis få betydelse.[20]

§ 9 markedsføringsloven

§ 9 markedsforingsloven rör inte bara produkter, utan även andra "frembringelser". I paragrafen räknas upp kännetecken, kataloger och reklammetoder. Det torde förhålla sig så att "frembringelser" skall tolkas i vidsträckt mening och omfatta alla typer av prestationer och kännetecken.[21]

För att det skall var tal om "etterligning" krävs att någon har använt en annans prestation som förebild. Detta innebär att en fristående parallellskapelse inte träffas av § 9.[22] En efterbildning kan vara identisk, men det kan också föreligga skillnader i detaljer av mindre betydelse.[23]

För att en prestation skall vara skyddad mot efterbildning måste den vara originell. Detta betyder att det skall vara en självständig insats, utan att dock upphovsrättens skyddskrav behöver vara uppfyllda. En kombination av tidigare kända och banala element kan skyddas enligt § 9. Den som själv efterbildat en prestation har däremot inte i sin tur krav på skydd. Något absolut krav på nyhet ställs inte för konkurrensrättsligt skydd. Det som tidigare varit glömt, men som plockats fram ur gömmorna och blivit föremål för en speciell insats, kan komma att betraktas som skyddsvärt.[24]

Kravet på "urimelig utnyttelse" av annans prestation är svårt att precisera. Precis som i tysk rätt kan man peka på en rad omständigheter som kan göra efterbildningen otillbörlig. Till sist blir det ändå fråga om totalvärdering av alla omständigheter i det aktuella fallet.[25]

En efterbildning som är "slavisk", t.ex. en ren avgjutning, anses i regel oacceptabel. Vad gäller textilområdet har det konstaterats att efterbildning inte är ovanlig och att man därför i många fall inte kan stämpla den som otillbörlig. Dock reagerar man även här mot exakta eller mycket närgångna kopior.

För att en efterbildning skall anses otillbörlig, räcker det inte att efterbildaren utnyttjar en originalprestation som har skapats med möda och kostnader. Det krävs ytterligare omständigheter för att efterbildningen skall anses otillbörlig. Gundersen-Bernitz räknar - i anslutning till rättsfallet Rt 1940 s. 327 - upp följande punkter.

a) *Varaktigt* och *systematiskt* utnyttjande av annans insats eller arbetsresultat.
b) *Förtroendemissbruk.* - Som exempel nämns omständigheterna i fallet Rt 1959 s. 712, som rörde efterbildning av en reklamskylt.[26]
c) *"Ljusskyggt förfarande"* i samband med efterbildning. Dvs. handlingar som ligger nära bestickning, spionage, missbruk av företagshemligheter e.d.
d) Fall då en produkt begagnas direkt för *avgjutning.*
e) I fråga om efterbildning av kännetecken, *snyltning på* den *goodwill* som den efterbildade har byggt upp.[27]

Hänsyn måste också tas till branschkutym. Tillverkning av reservdelar tolereras i viss utsträckning inom industrin. Efterbildning av årets modeller då det gäller mode kan vara otillbörlig, men kopiering av fjolårets modeller kan kanske accepteras. Man bör också beakta vilka intressen som står på spel, t.ex. att en omfattande goodwill har byggts upp eller att det föreligger en dyrbar inarbetning. En sådan omständighet kan kompensera det förhållandet att originaliteten kanske inte är så stor.[28]

I viss mån kan efterbildning av tekniska och funktionella element godtas. Finns det variationsmöjligheter är det dock risk för att nära imitationer av t.ex tekniskt utförande, dekor eller emballage betraktas som otillbörliga.[29]

För att förbud enligt § 9 markedsføringsloven skall kunna meddelas måste det vara tal om både "urimelig utnyttelse" och "fare for forverksling".

I svensk rätt anses som bekant en efterbildning som otillbörlig om den medför risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung. Om det för norsk del enbart är en sådan förväxlingsrisk som avses eller om det också gäller risk för andra slag av varuförväxling, framgår inte klart.[30] Förväxlingsrisken bedöms ur köparens synvinkel Det är det helhetsintryck som varan eller förpackningen ger som är avgörande för bedömningen av om det föreligger förväxlingsrisk eller ej.[31]

Risk för förväxling är ett objektivt rekvisit. En subjektiv bedömning kommer dock in i den komplementregel som också återfinns i tysk rätt, nämligen att en näringsidkare anses göra sig skyldig till illojal konkurrens då han inte har gjort något försök att undvika förväxlingsrisken.[32]

§ 1 markedsføringsloven

Det är möjligt att ingripa mot en efterbildning även om rekvisiten enligt § 9 inte är uppfyllda. Det blir då fråga om tillämpning av generalklausulen i § 1 markedsføringsloven.

Främst kan denna paragraf tillämpas då en efterbildning anses otillbörlig, men förväxlingsrekvisitet enligt § 9 är inte uppfyllt. I ett sådant fall krävs en särskilt kvalificerad snyltning på annans insats, t.ex. då det föreligger förtroendemissbruk eller renommésnyltning.[33]

Man kan också tänka sig fall där det föreligger förväxlingsfara, men det inte kan bevisas att det rör sig om en aktiv, medveten efterbildning. Som exempel kan anges ett fall där en producent av elektriska värmepaneler hade utformat sin produkt mycket lik en konkurrents vara. Industriforbundets Konkurranseutvalg fann att medveten efterbildning inte kunde styrkas. Dock borde svaranden ha sökt att eliminera förväxlingsrisken, vilken kunde ha skett till relativt blygsam kostnad.[34]

---

1 Gundersen-Bernitz s. 456.
2 A.a. s. 426 f, 447 f, Bull-Løchen s. 46 ff.
3 Gundersen-Bernitz s. 428.
4 Innst. 0.XI (1960-61) s.12. Marianne Levin s. 292 vid not 51.
5 Innst. 1967 s. 39. Marianne Levin s. 294 jämte not 66 och s. 302 jämte not 141.
6 Gundersen-Bernitz s. 432. Marianne Levin s. 302 f.
7 Marianne Levin s. 303 f.
8 Gundersen-Bernitz s. 432, Lassen s. 613.
9 Marianne Levin s. 316 och 326.
10 A.a. s. 337.
11 A.a. s. 338.
12 Röed s. 64 ff. Marianne Levin s. 339 ff.
13 A.a. s. 360. Villars-Dahl s. 520.
14 Se även SOU 1983:52 s. 211.
15 Gundersen-Bernitz s. 448.
16 A.a. s. 454.
17 A.a. s. 334.
18 Ot. prp. 57/1971-72 s. 28 f.
19 Bull-Løchen s. 14 f och 173. Marianne Levin s. 379.
20 Gundersen-Bernitz s. 455, Bull-Løchen s. 115 f.
21 Gundersen-Bernitz a.st.
22 Bull-Løchen s. 118 f, Gundersen-Bernitz, s. 455 f.
23 A.a. s. 456.
24 Bull-Løchen s. 118. Marianne Levin s. 377 med not 166.
25 Bull-Løchen s.119, Marianne Levin s. 377.
26 Se om detta fall Gundersen-Bernitz s. 454. Även refererat i NIR 1960 s. 120.
27 Gundersen-Bernitz s. 456 ff.
28 Bull-Løchen s. 120 f.
29 A.a. s. 119 och 123.
30 Jfr Gundersen-Bernitz s. 457 och 459 ff.
31 A.a. s. 457. Bull-Løchen s. 121.
32 Gundersen-Bernitz a.st.
33 A.a. s. 458.
34 Bull-Løchen s. 128 f.

4.3 Finsk rätt

Inledning

Finsk rätt har liksom dansk och norsk rätt, men i motsats till svensk, en generalklausul mot otillbörlig konkurrens. På grundval av denna har det vuxit fram ett konkurrensrättsligt skydd mot efterbildning, som kompletterar det skydd som ges enligt de immaterialrättsliga lagarna.

Immaterialrätt

Finland har nu upphovsrätts-, varumärkes- och mönsterlagar, som är mycket lika motsvarande lagar i Danmark, Norge och Sverige.[1]

Upphovsrätt

Tidigare gällde i Finland en lag från 1927 om upphovsmannarätt till alster av andlig verksamhet. Här stadgades samma skyddstid - 50 år efter upphovsmannens dödsår - för "konsthantverk" som för övriga verk.[2]

Numera gäller upphovsrättslagen av den 8 juli 1961, nr 404. Även alster av konsthantverk eller konstindustri omfattas. Den 50-åriga skyddstiden behölls oförändrad också för denna kategori av verk.

I motsats till vad som gällde i Sverige hade de finska domstolarna redan före tillkomsten av den nya upphovsrättslagen tillämpat stränga krav för att ge "alster av konsthantverk eller konstindustri" upphovsrättsligt skydd. Denna stränga praxis upprätthölls även efter den nya lagens tillkomst.[3]

I NIR 1966 s. 139 ansågs ett smycke i form av ett armband till följd av sin konstnärliga utformning åtnjuta upphovsrättsligt skydd såsom konsthantverksprodukt. Tillverkning och försäljning av efterbildningar med väsentligen likadan utformning ansågs utgöra upphovsrättsintrång.[4]

Samma utgång blev det i NIR 1971 s. 196, där hovrätten och högsta domstolen utan närmare motivering ansåg en ny matta utgöra ett konstnärligt verk.

I HD 1976 II 48 ansågs en prydnadsarmatur som formgivits av en konstnär inte som ett upphovsrättsligt skyddat verk. Armaturen var inte tillräckligt självständig och egenartad. Att den var tillverkad enligt en av upphovsmannen utvecklad metod, ansågs i och för sig inte påverka bedömningen.[5]

I NIR 1976 s. 302 ansågs inte heller ett soffmöblemang, formgivet av en inredningsarkitekt, vara skyddat enligt upphovsrättslagen. Den ifrågavarande modellen var inte så egenartad att den kunde anses som en självständig konstindustriprodukt. De möbler som ingick i möblemanget skilde sig inte heller väsentligen och tagna som helhet från de möbler som tidigare allmänt fanns i handeln.

I de svenska och danska förarbetena till 1960 års upphovsrättslagar har framhållits att vid bedömningen av om ett alster skall åtnjuta upphovsrättsligt skydd får det inte göras någon konstnärlig värdering av alstret. Även dålig konst skyddas.[6] Något motsvarande uttalande finns inte i de finska förarbetena. Detta synsätt tycks också främmande för finsk praxis. T.ex. knöt domstolarna i NIR 1966 s. 139 uttryckligen det upphovsrättsliga skyddet till att armbandet representerade en konstnärlig formgivning. I ett annat fall, HD 1980 II 3, framhöll högsta domstolen att vissa föremål representerade en konstnärlig egenart.[7]

I svensk upphovsrätt ställs inte något uttryckligt krav på att ett alster skall vara nytt för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd.[8] I det finska kommittébetänkandet sägs att det som frambragts "ovillkorligen bör vara någonting nytt och särpräglat". Detta synes högsta domstolen ha tagit fasta på då den i fallet NIR 1976 s. 302 uttalade, att möblerna inte "skilde sig från möbler som tidigare allmänt fanns i handeln".[9]

Mönsterrätt

I Finland gäller mönsterrättslagen den 12 mars 1971, nr. 221. Finland saknade tidigare en mönsterlag.

Det torde numera inte råda några stora skillnader mellan finsk och svensk mönsterrätt. Liksom i svensk rätt laborerar man med ett absolut nyhetskrav och ett krav på väsentlig skillnad i förhållande till vad som tidigare är känt. Skillnadskravet ses i Finland, liksom i Sverige, som ett krav på viss kvalificerad nyhet.[10]

Liksom i Danmark ställs i Finland inte så höga krav på skillnad.[11] Registreringsmyndighetens utredningsskyldighet är begränsad och kravet på väsentlig skillnad torde vara lätt att uppfylla. Detta medför den nackdelen att det alltid föreligger risk för att en konkurrent väcker nullitetstalan mot ett registrerat mönster. Skyddsområdet blir snävt och det finns en risk att enbart identiska plagiat kan förhindras.[12]

I den finska propositionen med förslag till mönsterrättslag talas inte uttryckligen om banalitet men det sägs bl.a. att en "förnuftig tillämpning av skillnadskravet bör kunna fylla samma funktion som en fordran på egenart".13 Godenhielm konstaterar att det gäller att utestänga sådana mönster från skydd som har en påfallande likhet med redan tillgängliga mönster eller är helt banala.[14]

Registrering av banala mönster skall vägras oavsett om invändning görs eller inte.[15]

Varumärkesrätt

Regler om varumärken finns i finsk rätt i varumärkeslagen den 10 januari 1964, nr 7. Den överensstämmer i stort med motsvarande lagar i de andra nordiska länderna. I 5 § i den finska lagen anges sålunda att ensamrätt till varukännetecken inte innefattar sådan del av kännetecknet, som

huvudsakligen tjänar till att göra varan eller dess förpackning mera ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken.

Även i Finland har förts fram den uppfattningen att det i varumärkeslagens 1 § använda uttrycket "säregen utstyrsel av varan eller dess förpackning" innebär att det bör ställas strängare krav än normalt på en varuutstyrsels distinktivitet.[16] Som utstyrsel av förpackning har i Finland registrerats flaskor med kosmetiska produkter samt vissa livsmedelsförpackningar, nämligen saftflaskor.[17]

Konkurrensrätt

Tidigare gällde i Finland en lag från 1930 mot illojal konkurrens. I denna lags 1 § angavs att i "näringsverksamhet må ingen i konkurrenssyfte företaga handling, vilken strider mot god sed". Detta stadgande motsvaras numera av 1 § lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet den 22 december 1978, nr 1061. Här sägs att i näringsverksamhet inte får användas förfarande som strider mot god affärssed eller eljest är otillbörligt mot annan näringsidkare. Jämför också konsumentskyddslagen den 20 januari 1978, nr 38, 2 kap. 1 §, där det anges att det vid marknadsföring inte får användas förfarande som strider mot god sed eller eljest är otillbörligt mot konsumenterna.[18] Att man på detta sätt har skilda lagregler för konsumentrelationer och för näringsidkarrelationer är säreget för Finland.[19]

Ärenden rörande förbud enligt konsumentskyddslagen och lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet handläggs av den finska marknadsdomstolen. Praxis från denna domstol är tunnsådd. Detta kan sammanhänga med att det i Finland alltjämt existerar ett organ för näringslivets självjustis, Centralhandelskammarens Opinionsnämnd för affärssed (ON). Hos denna nämnd har det under åren handlagts bl.a. fall som rör efterbildning. Antalet fall rörande produktefterbildning har dock inte varit särskilt många.[20] Inte heller hos den finska högsta domstolen har det handlagts särskilt många efterbildningsfall.

Efterbildning

Finsk rätts grundläggande ståndpunkt är - liksom många andra länders rätt - att de prestationer som inte är skyddade genom immaterialrättslig lagstiftning får efterbildas fritt.[21] Endast i undantagsfall kan ett visst förfarande förbjudas på konkurrensrättsliga grunder. Slavisk efterbildning som sådan är alltså inte otillåten. Det krävs särskilda omständigheter för att så skall vara fallet.[22] Härvid tycks finsk rätt inta en försiktig hållning. Av tänkbara otillbörlighetssituationer är det enbart förväxlingsfallet som tydligt framträder.

Förväxlingsrisk

Som nämnts är efterbildningsfallen inte särskilt många i finsk praxis. Men detta hindrar inte att de som finns ger en ganska god bild av de krav finsk rätt uppställer för att ett plagiat skall anses medföra förväxlings-

risk. Samtliga fall rör tillämpning av generalklausulen i 1 § lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet. Till skillnad mot svensk rätt tycks inte bara förväxling av kommersiellt ursprung kunna beaktas.[23] Bedömningen av om det föreligger förväxlingsrisk bygger på kännetecknensrättsliga principer.[24] Anknytningen till kännetecknensrätten kommer till uttryck i två hänseenden. För det första krävs en viss originalitet hos objektet för efterbildningen, vilket motsvarar varumärkeslagens krav på distinktivitet. För det andra har i praxis - trots förväxlingsrisken - skydd inte givits om en varas utsyrsel är betingad av varans funktion.[25]

Då det gäller de rekvisit som uppställs för att förväxlingsrisk skall anses föreligga, ställs krav på originalets särprägel eller egenart. T.ex. yttrade opinionsnämnden i ON 558/1980 rörande efterbildning av en förpackning bl.a. att svaranden hade efterbildat dominanterna på kärandens i och för sig *egenartade* förpackning.[26] I fallet ON 597/1982 vägrade nämnden skydd för en förpackning för knäckebröd enär "bilden på sökandens produktförpackning inte som sådan innehåller något synnerligen *egenartat* eller kännetecknande just för sökandens produkt."[27]

Den finska marknadsdomstolen avgjorde i MD 1980:9 ett fall rörande efterbildning av roddbåtar. Efterbildningen ansågs inte strida mot 1 § lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet. Domstolen framhöll bl.a.:

> Dessutom är båtarna Test-Mar 460 och 380 till sin typ i Finland allmänt förekommande roddbåtar, vilkas utformning ej har visats vara så egenartad att den på ett särskilt sätt skulle ha avvikit från andra liknande båtar. Det har inte visats, att Kieksi och Nyman vid sin marknadsföring skulle ha föranlett risk för förväxling vad gäller av Kieksi tillverkade båtars ursprung och ej heller har det visats att marknadsföringen skulle ha varit ägnad att inverka på efterfrågan av Test-Mar Kommanditbolag Rahijärvis båtar eller utbud eller att skada kommanditbolagets näringsverksamhet.[28]

Om en varas utförande är styrd av dess funktion anses efterbildningen inte strida mot god affärssed. Detsamma gäller om en varas utstyrsel väsentligen beror på det tillverkningssätt som har använts.[29] En tekniskt betingad formgivning kan dock skyddas om det finns utrymme för en utseendemässig variation. Detta framgår av ett opinionsnämndsfall - ON 607/1982 - som från svensk synpunkt är mycket intressant, därför att samma produkt har prövats av den svenska marknadsdomstolen med motsatt utgång.[30] Det gäller efterbildning av den s.k. Fiskars-saxen.

> Opinionsnämnden för affärssed konstaterar, att även om utformningen av sökandens sax grundar sig på ergonomi, utgör detta det oaktat inget hinder för att de inte samtidigt vore egenartade. Ifall de ergonometriska synpunkterna entydigt skulle leda till endast en strukturell form, skulle produkten sakna originalitet. Så är emellertid inte fallet i detta fall. Enligt nämnden representerar formgivningen av sökandens sax även kreativ industriell design i synnerhet i saxens handtagsdel, vilken även som ett resultat av en omfattande försäljning är kännetecknande just för sökanden. Den

särskilda färg, som var förknippad just med denna utformning, var likaledes kännetecknande för sökanden. Efterbildningen av en dylik kombination av form och färg kan kränka god affärssed även som utstyrseln inte skulle åtnjuta skydd med stöd av industrirättslig speciallag, då risk föreligger att efterbildningen på marknaden kan förväxlas med den ursprungliga.

I detta fall påminner utformningen av svarandens sax jämte färger till den grad om sökandens motsvarande, att risken för förväxling är uppenbar. På grund härav och med betraktande av att försök inte ens gjorts att undvika förväxling och då efterbildningen av utstyrseln skett i syfte att dra nytta av den goodwill kärandens produkt har, anser opinionsnämnden för affärssed försäljningen av den svaranden tillverkade saxen som otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.[31]

Nämnden lägger här svaranden till last att man inte har gjort något försök att undvika förväxling. Att en sådan neutralisering kan medföra att förväxlingsrisk inte längre föreligger, framgår av ytterligare tre fall rörande plagiat av Fiskars-saxen. I två fall hade plagiaten förpackats i en "produkten tydligt särskiljande försäljningsförpackning" och i ett tredje fall hade dessutom på själva saxen satts ut svarandens eget varumärke. Detta ledde i dessa tre fall till att förväxlingsrisken ansågs utesluten.[32]

I fråga om kravet på inarbetning av originalvarorna tycks den finska rätten inta en nyanserad ståndpunkt. Det har uttalats, att man bör lägga vikt vid hur länge den ursprungliga produkten varit i marknaden utan att dock ställa några som helst anspråk på inarbetning i varumärkesrättslig mening. Det har ansetts vara av väsentlig betydelse vilken grad av kännedom som allmänheten har om förebilden, dvs. hur väl inarbetad den är. Om produkten är helt okänd, kan ju inte förväxlingsfara uppstå.[33]

Vad gäller likheten mellan original och kopia förefaller finsk praxis inta samma ståndpunkt som svensk. De båda produkterna behöver inte vara identiska. Det räcker att dessa i sådan grad påminner om varandra att det finns risk för att konsumenten i en praktisk köpsituation väljer kopian i stället för originalet. Konsumenten har ju inte i praktiken möjlighet att jämföra de båda produkterna sida vid sida.[34]

En ytterligare synpunkt som har belysts i finsk praxis är avnämarkretsens betydelse. I HD 1978 II 27 gällde det efterbildning av klädhängare. Domstolen ansåg ej förväxlingsrisk föreligga och grundade detta bl.a. på att svarandens klädhängare hade marknadsförts enbart till affärsföretag, inte direkt till privatpersoner.[35]

Andra omständigheter

Finsk rätt är som sagt starkt koncentrerad på förväxlingsrisken. Konkurrensrättsliga ingripanden mot efterbildningar har dock skett i några andra fall. I ON 84/1952 och ON 157/1959 rörde det sig sålunda om förtroende-

missbruk.[36] Vidare har opinionsnämnden i fallet ON 229/1964 uttalat, att slavisk efterbildning kan vara otillåten då efterbildandet är systematiskt. Originellt för finsk rätt är att även den systematiska efterbildningen ses ur känneteckensrättslig synvinkel. I fallet ON 341/1970 framhölls som argument för otillbörlighet att "efterbildningen konsekvent omfattar en hel serie produkter med därpå följande risk för att den köpande allmänheten blir vilseledd".[37]

---

1 Godenhielm s. 14 f, Virpi Tiili s. 173.
2 Kivimäki-Ylöstalo s. 59 ff, Marianne Levin s. 289 och 299. - Till skillnad från Sverige som tidigare hade ett 10-årigt skydd för brukskonst. Se Marianne Levin s. 288 f.
3 Godenhielm s. 120 f, Marianne Levin s. 289, 299 och 301 f.
4 Dom av Åbo hovrätt år 1961. HD ej prövningstillstånd.
5 Referat efter Godenhielm s. 118.
6 Jfr avsnitten 3.2.2 och 4.1 ovan.
7 Marianne Levin s. 302, Godenhielm s. 118 f.
8 Jfr prop. 1960:17 s. 379, Bernitz m.fl. s. 26, Marianne Levin s. 297.
9 Godenhielm s. 119 och 127.
10 A.a. s. 171, Marianne Levin s. 338 vid not 231.
11 A.a. s. 338.
12 Virpi Tiili s. 182 f.
13 Den finska regeringens proposition nr 113 med förslag till mönsterrättslag s. 48. Citerat efter Ljungman i NIR 1977 s. 48. Jfr Röed i NIR 1974 s. 65 och Marianne Levin s. 339.
14 Godenhielm i JFT 1974 s. 8.
15 Jfr Ljungman i NIR 1977 s. 47.
16 Virpi Tiili s. 176 jämte hänvisningen i not 9, Marianne Levin s. 360.
17 Se Virpi Tiili s. 177 (jämte bild).
18 Jfr betr. finsk rätt även SOU 1983:52 s. 221 ff.
19 Denna uppdelning har kritiserats av Bernitz i Svensk rätt i omvandling s. 96 och i Festskrift till Hellner s. 124.
20 Mäenpää s. 57 ff och 291 ff, Pirkko-Liisa Aro s. 30 ff, Marianne Levin s. 369.
21 Mäenpää s. 65.
22 Finska marknadsdomstolens dom 1980:9, refererad hos Virpi Tiili s. 191, Mäenpää s. 66, Pirkko-Liisa Aro s. 34, Marianne Levin s. 371.
23 Jfr Mäenpää a.st.
24 Finne s. 36 ff, jfr Mäenpää s. 66, Pirkko-Lisa Aro s. 38 och Virpi Tiili s. 187.
25 A.a. s. 198. Se dock rörande Fiskars-fallet nedan.
26 A.a. s. 189 (bild). Kursiverat här.
27 A.a. s. 190 (bild). Kursiverat här.
28 Referat efter a.a. s. 191.
29 Finne s. 39, Mäenpää s. 68 f. Virpi Tiili s. 191 f, Marianne Levin s. 372.
30 Det svenska fallet MD 1977:25.

31 Referat efter Virpi Tiili s. 192 f.
32 ON 604, 605 och 606/982. Virpi Tiili s. 193 f.
33 Finne s. 40, Mäenpää s. 66, Marianne Levin s. 372.
34 Se fallen ON 585/1981 och 619/1983 refererade hos Virpi Tiili s. 194 ff.
35 A.a. s. 191 f.
36 Pirkko-Liisa Aro s. 32 f.
37 A.a. s. 35.

4.4 Tysk rätt

Inledning

Då det gäller skydd mot efterbildning intar västtysk rätt samma grundläggande ståndpunkt som den svenska rätten. Skyddet ges av de immaterialrättsliga lagarna. En prestation som inte åtnjuter ett sådant skydd får fritt efterbildas ("Nachahmungsfreiheit").[1]

Men likafullt ger den tyska rätten i icke ringa utsträckning ett skydd mot efterbildning genom konkurrensrättsliga regler. Medan immaterialrättigheterna ger ett skydd för prestationen *som sådan*, skyddar konkurrensrätten mot vissa såsom otillbörliga ansedda *handlingar* för bedrivande av konkurrens. Den konkurrensrättsliga bedömningen knyter sig alltså till de *metoder* som har begagnats i samband med att en annans prestation har efterbildats. Immaterialrätten och konkurrensrätten har olika innebörd och skyddsobjekt och tillämpning av det ena regelkomplexet utesluter inte tillämpning av det andra.[2]

Problemet slavisk efterbildning behandlas i tysk rätt till allt övervägande del inom ramen för § 1 i 1909 års Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Immaterialrätt

På motsvarande sätt som i fransk rätt gör man i tysk rätt åtskillnad mellan "gewerblicher Rechtsschutz" (industriellt rättsskydd) och "Urheberrecht" (upphovsrätt). De rättigheter som innehålles i de lagar som rör dessa båda ämnen betecknas som "Immaterialgüterrechte".

Upphovsrätt

I Västtyskland gäller "Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte" från den 9 september 1965.

I lagens § 2 första stycket finns en uppräkning i sju punkter av sådana verk ("Werke") som skyddas enligt lagen.

Av speciell betydelse är första styckets punkt 4. Enligt detta lagrum skyddas

> Werke der bildenden Künste einschliesslich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke.

Allmänt sett torde för skydd enligt § 2 krävas följande. Det skall vara en skapelse av en människa. Det krävs *nyhet*, men inte mer än subjektiv sådan. Dvs. verket skall från upphovsmannens synpunkt framstå som något nytt. Det räcker att verket genom sitt innehåll och sin form kommer med något sådant nytt, att det skiljer sig från vad som förut är känt.[3]

Verket skall vara resultatet av en andlig skapelse ("eine geistige Schöpfung"). Vidare skall det vara präglat av upphovsmannens personlighet. Denna skall komma till uttryck i verket och där gå att känna igen.[4]

Den tyska upphovsrättslagen avser inte att skydda alldagliga massprodukter. Härmed är dock inte sagt att det skall företas någon avgränsning med hänsyn till verkets konstnärliga värde. Men detta hindrar inte att rättspraxis fordrar att verkets estetiska innehåll måste "einen so bescheidenen Grad erreicht haben, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch von Kunst gesprochen werden könne".[5] Här möter man alltså en motsvarighet till det svenska verkshöjdskravet.

Men nu råder i praxis inte samma krav då det gäller brukskonst ("angewandte Kunst") som i fråga om övriga i § 2 uppräknade verk. Praxis har placerat verkshöjden på en högre nivå. Detta sammanhänger med det skydd som ges enligt 1876 års mönsterlag (Geschmacksmustergesetz) varom mera nedan. Enligt denna lag ges efter vissa formaliteter ett upp till 15-årigt skydd.

Det framgår alltså att de tyska domstolarna ställer höga krav på verkshöjd. Det förefaller som om större generositet har visats beträffande tvådimensionella än beträffande tredimensionella alster. Men även då det gäller föremål av den senare kategorin har i vissa fall upphovsrättsligt skydd medgivits. Det gäller t.ex. möbler och lampor. Från svensk synpunkt är särskilt intressant att skydd givits den s.k. *Stringhyllan*.[6] Det skall dock noteras att det här var fråga om ett avgörande av en "Landesgericht" (hovrätt) och inte av Bundesgerichtshof.

I tysk rätt - liksom enligt rätten i de flesta andra länder - uppkommer upphovsrätten i samband med att verket skapas, utan att det krävs några formaliteter. Rätten utslocknar enligt huvudregeln 70 år efter upphovsmannens död (§ 64).

Utgångspunkten är att upphovsrätten inte får överlåtas. Dock tillåter lagen upplåtelse av "nyttjanderätt" ("Nutzungsrecht") till verket (§ 29 samt § 31 och följande).

Mönsterrätt

I tysk rätt finns två lagar rörande mönsterrätt
1) "Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen" av den 11 januari 1876, allmänt kallad Geschmacksmustergesetz.
2) "Gebrauchsmustergesetz" av den 2 januari 1968.

Skyddsobjektet enligt § 2 första stycket i 1876 års lag är "gewerbliches Muster order Modell". Härunder innefattas både två- och tredimensionella alster.

Av lagtexten framgår uttryckligen att det skall vara fråga om *industriella* mönster. Detta innebär att formen skall vara ägnad att tjäna som förebild för tillverkning av produkter.[7]

Vidare krävs enligt praxis att mönstret skall ha ett estetiskt innehåll. Inget hindrar att formen härjämte har ett funktionellt syfte. Men om formen uteslutande är tekniskt betingad åtnjuter den inte mönsterskydd.

Förutsättning för skydd är enligt § 2 andra stycket nyhet och egenart. Vad först beträffar *nyhetskravet* gäller enligt praxis att ett mönster betraktas som nytt om vid tiden för mönsteransökan mönstret inte inom inhemska fackkretsar var känt eller skäligen kunde ha varit känt (s.k. objektivt-relativt nyhetskrav).[8]

Kravet på *egenart* innebär att mönstret måste vara resultatet av en individuell prestation. Alstret måste vara resultatet av en formgivningsprestation utöver det genomsnittliga.[9]

Ett alster som har verkshöjd skyddas genom 1965 års upphovsrättslag. Skyddsnivån enligt mönsterrättens regler ligger dock lägre. Vissa alster kan alltså endast skyddas av mönsterrätt. Men då upphovsrättslig verkshöjd har uppnåtts, är det enligt tysk rätt inget som hindrar att ett alster åtnjuter både mönsterrätt och upphovsrätt.

För att mönsterrätt skall uppkomma krävs - till skillnad från vad som gäller upphovsrätt - att vissa formaliteter har uppfyllts. Den som vill erhålla mönsterrätt skall anmäla detta hos allmän domstol.[10]

Att någon enligt tysk rätt har mönsterrätt till ett alster innebär skydd mot obehörig efterbildning av mönstret. För att efterbildning skall anses vara för handen, krävs att en tredje man känt till det inregistrerade mönstret och använt detta som förebild för en egen skapelse.[11] Skyddstiden enligt den tyska mönsterlagen är maximalt 15 år räknat från dagen för anmälan till domstolen.

1968 års lag om "Gebrauchsmuster" saknar motsvarighet i svensk rätt. Den avser att skydda "smärre uppfinningar". Härvid krävs att det är fråga om en anordning, vars tekniska idé har tagit gestalt i en tredimensionell form. Skyddet varar tre år från ansökan, med möjlighet till förlängning under ytterligare en treårsperiod.[12]

Varumärkesrätt

Den tyska varumärkesrätten regleras numera av "Warenzeichengesetz" av den 2 januari 1968.

Varumärkesrätt kan enligt den tyska lagen uppkomma på två sätt: dels genom registrering, dels genom inarbetning. Lagtexten ger inte besked om vilka typer av objekt som räknas som varumärken. Så långt är det dock klart att ord, bild och slogans kan inregistreras. Däremot är utgångspunkten att det inte går att inregistrera tredimensionella objekt. Skydd genom inarbetning kan däremot erhållas för alla typer av objekt med känneteckensfunktion, även tredimensionella.[13]

För att ett märke skall kunna inregistreras krävs att det har särskiljningsförmåga (§ 4). Ett märke som är rent deskriptivt saknar särskiljningsförmåga och kan inte inregistreras.[14] Anmälan om inregistrering av ett varumärke skerhos det tyska patentverket ("Patentamt").

Varumärkesskyddet uppstår enligt lagens § 15 i och med att märket registreras. Inregistrering ger innehavaren ensamrätt att använda märket. Skyddstiden är tio år, men kan utan begränsning förlängas för ytterligare tioårsperioder (§ 9).

Inregistrering av ett varumärke skyddar mot att någon använder ett identiskt eller liknande märke. I det senare fallet krävs att det föreligger risk för förväxling och att märket används för samma eller liknande varor (§ 24 och § 31).[15]

Varumärkesrätten kan överlåtas, men bara i samband med överlåtelse av den rörelse till vilket märket hör (§ 8).

Av intresse för utredningen är framför allt det formlösa inarbetningsskydd ("Ausstattungsschutz") för varans utstyrsel som regleras i lagens § 25. Utgångspunkten är här att utformningen av varan (eller dess förpackning) är ägnad att särskilja denna från andra varor.[16]

Skydd genom inarbetning uppstår i första hand för estetiska element i en varas utformning. Tekniska element kan också åtnjuta inarbetningsskydd. Rör det sig om tekniskt betingade element som inte är godtyckligt utbytbara är varumärkesskydd dock uteslutet.[17]

Förutsättning för "Ausstattungsschutz" är alltså att varan (eller dess förpackning) har inarbetats. Inarbetning innebär att utstyrseln gäller som kännetecken för varan inom omsättningskretsen. Enligt praxis krävs att en icke helt obetydlig del av omsättningskretsen känner till märket.[18]

I 28 § Warenzeichengesetz ges regler om beslag. Enligt denna paragraf åligger det tullmyndigheten, på yrkande av den förfördelade, att i samband med import ta i beslag rättsstridigt märkta varor. Tullmyndigheten skall också förordna om undanröjande ("Beseitigung") av den rättsstridiga märkningen. Om ett sådant undanröjande är ogörligt, skall förordnas om förverkande av varorna.

Det skall i detta sammanhang anmärkas att den tyska rätten också innehåller bestämmelser om möjlighet för tullmyndighet att beslagta varor med falsk ursprungsbeteckning.[19]

Konkurrensrätt

I västtysk rätt gäller, som inledningsvis har nämnts, 1909 års Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Denna lag har endast i ringa utsträckning ändrats sedan sin tillkomst. Lagen innehåller dels allmänt hållna generalklausuler, dels bestämmelser riktade mot särskilda typer av otillbörliga konkurrenshandlingar.

Av UWG:s bestämmelser är det lagens "stora" generalklausul, § 1, som i detta sammanhang framför allt är av intresse. Enligt denna kan den drabbas av förbud eller skadestånd som i affärsverksamhet och i konkurrenssyfte företar handlingar som står i strid mot goda seder.

Efterbildning enligt tysk rätt kan beivras också med stöd av ett par generalklausuler i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Härvid skall först nämnas § 826 BGB enligt vilken den är ersättningsskyldig som uppsåtligen tillfogar annan skada genom handlande i strid mot goda seder. Vidare § 823 första stycket BGB som stadgar ersättningsskyldighet för den som uppsåtligen eller av vårdslöshet rättsstridigt har skadat bl.a. annans egendom. Bestämmelserna kan t.ex. användas vid otillbörlig efterbildning, där efterbildare och originaltillverkare inte är konkurrenter.[20]

UWG var ursprungligen endast inriktad på att skydda näringsidkare mot otillbörliga konkurrensåtgärder. Men utvecklingen har lett till att UWG numera anses skydda inte bara de enskilda näringsidkare som konkurrerar med varandra, utan också andra intressenter på marknaden, häribland konsumenterna. I sin rättspraxis har Bundesgerichtshof i allt större grad kommit att betona UWG-rättens sociala funktion.[21]

Enighet torde råda om den grundläggande principen att det råder frihet att efterbilda det som inte skyddas genom en immaterialrättslig ensamrätt. För att en efterbildning skall anses otillbörlig enligt § 1 UWG krävs att det föreligger *särskilda omständigheter*. Endast det faktum att B efterbildar A:s prestation är alltså i och för sig inte att betrakta som otillbörligt. Det räcker heller inte att efterbildaren visar sig ha åkt snålskjuts på den möda och de kostnader som originaltillverkaren har lagt ned.

Det gäller alltså att komma underfund med vilka de särskilda omständigheter är som gör en efterbildning otillbörlig. Det är emellertid inte så enkelt som att bara räkna upp vissa rekvisit, förväxlingsrisk, förtroendemissbruk, systematisk efterbildning etc. Rättspraxis har växlat från tid till annan och framstår som svårtolkad. Man får därför nöja sig med att ange vissa riktlinjer som kan leda till att en efterbildning skall anses otillbörlig. Vid bedömningen får olika omständigheter vägas in. En viss omständighet kan tillmätas betydelse endast i förening med en viss annan omständighet. Det blir slutligen alltid fråga om en samlad bedömning i det enskilda fallet.[22]

Risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung

Utgångspunkten är följande. B efterbildar A:s produkt. I samband härmed kopierar B sådana karakteristika hos originalet, som den berörda kretsen av avnämare förbinder med ett visst kommersiellt ursprung. Om B inte gör allt vad som är möjligt och som kan krävas av honom för att avstyra att omsättningskretsen vilseleds, handlar han från konkurrensrättslig synpunkt otillbörligt.[23]

Det sagda kan uttryckas så att B genom sitt handlande skapar en risk för förväxling rörande *kommersiellt ursprung*. Av praxis från Bundesgerichtshof framgår att det är fråga om risk för att allmänheten vilseleds rörande ursprunget och/eller de föreställningar om kvalitet som är förknippade härmed. Det räcker inte med risk endast för förväxling av *varor*.[24]

För att det skall vara fråga om vilseledande om kommersiellt ursprung krävs att vissa rekvisit är uppfyllda. Dessa har anknytning *dels* till plagiatörens handlande, *dels* till beskaffenheten av det efterbildade objektet. Mellan dessa moment råder en växelverkan.

Det krävs att plagiatören genom efterbildningen åstadkommer en risk för förväxling. Det behövs inte att förväxling verkligen har ägt rum. Att plagiatören framkallar en förväxlingsrisk räcker i och för sig inte för att förfarandet skall anses otillbörligt. Det krävs därutöver att han har försummat att vidta rimliga åtgärder för att neutralisera denna risk.[25]

Från subjektiv synpunkt krävs inte avsikt hos plagiatören att åstadkomma förväxling. Men han måste ha känt till de omständigheter som objektivt sett gör förfarandet otillbörligt eller i varje fall medvetet ha underlåtit att skaffa sig kunskap om dem.[26]

Tidigare ansågs att en efterbildning var otillbörlig endast om originalet i varumärkesrättslig betydelse var inarbetat inom den ifrågavarande omsättningskretsen. Detta krav är dock numera övergivet. I stället fordras enligt Bundesgerichtshofs nuvarande praxis att originalet besitter "wettbewerbliche Eigenart", dvs. hos den ifrågavarande omsättningskretsen är ägnat att väcka bestämda föreställningar om produktens ursprung eller kvalitet. Detta förutsätter i sin tur att produkten i fråga är känd inom den angivna kretsen.[27]

När det gäller bedömningen av om förväxlingsrisk föreligger har rättspraxis varit mycket generös. Förhållandet har kritiserats i doktrinen.[28]

Ett näraliggande problem är hur situationen skall bedömas vid estetiska resp. funktionella formelement som medför förväxlingsrisk. Man gör här en skillnad som sammanhänger med att variationsmöjligheterna anses vidare på det estetiska området än på det tekniska. Det anses i allmänhet inte finnas giltig anledning för en konkurrent att företa en mycket nära efterbildning av en produkt med en rent estetiskt verkande form.[29] Om det däremot gäller en tekniskt betingad formgivning anses efterbildning tillåten.

Detta gäller t.o.m. element som inte är helt nödvändiga från teknisk synpunkt. Efterbildning har vidare accepterats om en viss formgivning är ändamålsenlig i den meningen att den på teknikens nuvarande ståndpunkt är att anse som en lämplig lösning på ett visst tekniskt problem.[30] Eller med BGH:s egna ord i ett rättsfall från 1968.

> wenn ein vernünftiger Gewerbetreibender, der auch den Gebrauchszweck und die Verkäuflichkeit des Erzeugnisses berücksichtigt, die übernommene Gestaltung dem offenbarten Stand der Technik einschliesslich der praktischen Erfahrung als angemessene technische Lösung entnehmen kann.[31]

Andra omständigheter som konstituerar otillbörlighet

Renommésnyltning

Renommésnyltning ("Rufausbeutung") och "slavisk efterbildning" är inflätade i varandra, särskilt då efterbildningen medför risk för förväxling med originalet. Men det kan dock tänkas renommésnyltning i samband med efterbildning, utan att förväxlingsrisk föreligger. Exploatering av en främmande varas renommé anses emellertid i och för sig inte otillbörlig. Endast i samband med andra omständigheter kan "Rufausbeutung" angripas med hjälp av UWG. Förväxlingsrisk har redan nämnts. Men vidare har tysk praxis fördömt "Rufausbeutung" i förening med "unmittelbare Leistungsübernahme", varom närmare nedan. Ett annat fall är då "Rufausbeutung" är kopplat till en systematisk efterbildning av en annan näringsidkares produkter.[32]

Otillbörligt förvärv och förtroendemissbruk

Att köpa en produkt på öppna marknaden och med den som förebild tillverka en kopia är normalt tillåtet, om det inte föreligger någon särskild omständighet, t.ex. förväxlingsrisk, som gör efterbildningen otillåten. Dock har Reichsgericht bedömt det som "sittenwidrig" då en näringsidkare har plockat sönder en konkurrents maskin i dess enskilda delar och härefter tillverkat en i varje detalj överensstämmande kopia.

Andra otillåtna förfaranden är företagsspioneri eller annat otillbörligt förvärv av annans företagshemlighet. Som exempel nämns i litteraturen att B skaffar sig den för efterbildningen nödvändiga kunskapen genom att locka över arbetskraft från konkurrenten A.[33]

Vad gäller förtroendemissbruk skall här erinras om reglerna om straff för missbruk av företagshemlighet i § 17 och följande paragrafer i UWG.[34] Men även utanför ramen för dessa bestämmelser kan ett förfarande förbjudas med stöd av § 1 UWG.[35]

I tysk rätt gäller liksom i svensk att en f.d. anställd i princip är fri att yppa eller använda de företagshemligheter han vunnit under loppet av sin anställning. Men här skiljer den tyska rätten ut det fallet att den anställde under sin anställningstid har förvärvat kunskaperna i strid mot goda seder. Han har t.ex. plockat med sig recept eller ritningar eller

lärt sig vissa uppgifter utantill. Om han använder sådana kunskaper till att kopiera den f.d. arbetsgivarens produkter, anses detta otillbörligt.[36]

Även kopiering som grundar sig på förtroendemissbruk av annan än anställd kan anses otillbörlig. Det kan t.ex. röra sig om en f.d. medarbetare eller en potentiell kund som utnyttjar de kunskaper han vunnit till att efterbilda en annans produkt. En kopiering som sker genom ett utnyttjande av annans förtroendemissbruk kan också bedömas som otillbörlig. En plagiatör kan t.ex. använda tekniska förebilder, som har lämnats över till honom i strid mot ett förtroendeförhållande.[37]

Systematisk efterbildning

En annan grupp av fall, där en efterbildning anses otillbörlig, utan avseende på om det föreligger förväxlingsrisk, är där efterbildningen skett *systematiskt*. I rättspraxis används vid sidan av uttrycket "systematisch" även uttrycken "planmässig", "zielstrebig" och "zielbewusst".[38]

Systematisk efterbildning anses föreligga då en näringsidkare successivt och målmedvetet efterbildar ett flertal av en annan näringsidkares produkter. Men även om efterbildningen inte sker successivt, utan på en och samma gång, anses den otillbörlig om den avser konkurrentens hela sortiment eller en väsentlig del av det.[39]

Även i fråga om systematisk efterbildning kan man peka på den förut angivna skillnaden mellan rent estetiska och tekniskt betingade former. Då det gäller rent estetiska former bedöms efterbildning i högre grad som otillbörlig än då det gäller formgivning som är betingad av tekniska syften.[40]

"Unmittelbare Leistungsübernahme"

Den tyska rätten skiljer mellan två typer av "sklavische Nachahmung", nämligen 1) nachschaffende Übernahme (nachschaffende Nachahmung) och 2) unmittelbare Übernahme, vanligen kallad unmittelbare Leistungsübernahme.

Med "unmittelbare Leistungsübernahme" avses att någon direkt exploaterar en annans prestation, utan att man ens med de mest blygsamma mått kan säga att han har presenterat något eget. Unmittelbare Leistungsübernahme indelas i litteraturen i a) "unmittelbare Aneignung" (direkt tillägnande) och b) "identisches Nachmachen" (identisk plagiering).

Vad gäller grupp a) tycks det främst handla om olika typer av förfaranden som från svensk synpunkt är av mindre intresse eftersom de hos oss faller under upphovsrätten. Intressant för utredningens del är dock ett fall som räknas till samma grupp: efterbildning av en plastbåt sedan man tillverkat en negativ gjutform.[41]

Som exempel på "identisches Nachmachen" kan från praxis nämnas efterbildning av en julängel. Hit räknas också viss efterbildning av modeprodukter.[42]

I tidigare rättspraxis ansågs "unmittelbare Leistungsübernahme" utan vidare såsom otillbörlig. Men denna ståndpunkt är numera övergiven. Även vid "unmittelbare Leistungsübernahme" krävs särskilda omständigheter som gör förfarandet otillbörligt. Men man ser strängare på denna typ av efterbildning än på de fall då plagiatören har åstadkommit en egen prestation. För att en efterbildare som gjort sig skyldig till "unmittelbare Leistungsübernahme" skall gå fri, krävs det regelmässigt att denne förebringar särskilda grunder som rättfärdigar hans handlande.[43]

Sammanfattningsvis krävs för ingripande mot unmittelbare Leistungsübernahme följande:[44]

a) Det efterbildade objektet skall ha "wettbewerbliche Eigenart".

b) Det efterbildade objektet skall ha tillskapats genom en betydande insats av tid och pengar.

c) Plagiatören har utnyttjat annans prestation utan att själv ha presterat något av värde.

d) Genom att plagiatören inte själv har haft några utvecklingskostnader, har han erhållit ett orättfärdigt försprång framför den vars produkter han exploaterat.

e) Plagiatören berövar originalkreatören möjligheten att njuta fruktern a av sina insatser.

Också i fråga om "unmittelbare Leistungsübernahme" görs det skillnad mellan rent estetiska och andra produktformer. På det estetiska området kan det sällan anses tillbörligt att direkt överta en annans prestation, eftersom det i allmänhet - även vid en anpassning till tidens smak och rådande moderiktningar - återstår tillräckliga möjligheter att hålla ett tydligt avstånd till originalet.[45]

Tidsfaktorn

Såsom redan framgår av det föregående ligger det otillbörliga i "unmittelbare Leistungsübernahme" bl.a. däri att plagiatören berövar originalkreatören frukterna av dennes insatser. Med denna utgångspunkt gör man i praxis i det enskilda fallet en bedömning av om så lång tid har förflutit, att det rimligen kan anses att originalkreatören har tjänat in sina investeringskostnader.[46]

Flera rättsfall belyser det sagda. I fallet GRUR 1969, 618 (Kunststoffzähne) ansåg Bundesgerichtshof det acceptabelt att B exploaterade A:s prestation om

1) frukterna av den prestation som B oförändrad och omedelbart hade övertagit i tillräcklig grad hade kommit A till del och
2) om det låg i allmänintresset att det introducerades enkla tekniska metoder för mångfaldigande av prisvärda konkurrerande produkter.

I det konkreta fallet fann Bundesgerichtshof dock att det inte förelåg sådana förutsättningar.

I GRUR 1972, 127 (Formulare) gällde det en konkurrent B som hade kopierat A:s samling av formulär för ansökan av anställning hos det västtyska Bundeswehr. Bundesgerichtshof avvisade konkurrensrättsligt skydd under angivande av att A under loppet av flera år hade sålt flera hundratusen exemplar av ifrågavarande formulär. Han hade därför kompenserats för sin relativt ringa investering i arbete och kostnader.

Intressant är också det s.k. Modeneuheit-fallet (GRUR 1973, 478).[47] Här gällde det efterbildning av en modeprodukt. Bundesgerichtshof förklarade det för otillbörligt att identiskt eller nära nog identiskt efterbilda säsongbundna, konkurrensrättsligt och estetiskt särpräglade ("eigenartige") modenyheter. Men det konkurrensrättsliga skyddet borde enligt domen i regel begränsas till en säsong.

Som Marianne Levin har påpekat kan hela tanken att låta det konkurrensrättsliga skyddet vara tidsbegränsat förefalla främmande för konkurrensrätten. Det ligger å ena sidan nära till hands att säga att man här på en bakväg har skapat ett direkt tidsbegränsat objektskydd vid sidan av det skydd som ges i de uttryckliga reglerna i immaterialrätten. Å andra sidan behöver det ju inte som i immaterialrätten vara en fråga om *fasta* tidsramar utan i stället ett avgörande i det enskilda fallet.[48]

"Markenpiraterie"

I västtysk rätt har numera börjat användas begreppet Markenpiraterie, motsvarande det engelska "counterfeiting".[49] Begreppet definieras i en färsk uppsats såsom plagiering av såväl ett skyddat kännetecken som av de väsentligaste karakteristika hos varan själv. Om det är plagiering av varans yttre som står i förgrunden, talas om "Produktnachahmung".[50]

Den gällande tyska immaterial- och konkurrensrätten anses otillräcklig för att bekämpa "Markenpiraterie". Det pågår arbete med ett förbättrat civilrättsligt, straffrättsligt och tullrättsligt skydd mot "Markenpiraterie". "Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht" har lagt fram ett förslag inför förbundsrepublikens justitieminister. Enligt förslagets grundläggande bestämmelse straffas den som i näringsverksamhet rättsstridigt förser en vara eller dess förpackning - fullständigt eller i väsentliga delar överensstämmande med någon annans vara/förpackning - med varumärke, firma eller utstyrsel, så att varan/förpackningen erhåller utseendet av en originalvara. Strafflatituden är enligt förslaget frihetsstraff upp till fem år eller böter.

Såväl då det gäller det straffbara förfarandet som då det gäller en civil talan, föreslås att förstörelse av den förfalskade varan skall kunna äga rum.

Vad gäller det civilrättsliga förfarandet föreslås att den förfördelade skall ha rätt till information. Dvs. varje länk i "piratkedjan" skall vara

skyldig att lämna upplysning bl.a. om var den förfalskade varan lagras, dess ursprung, dess leverantörer och avnämare.

Till förbättring av det tullrättsliga beslagsinstitutet föreslås en utvidgning av tullmyndigheternas möjlighet att ta i beslag. Det skall enligt förslaget finnas möjlighet till snabb överprövning av domstol.[51]

Sammanfattande synpunkter

Den tyska rätten rörande efterbildning präglas av att den - utanför ramen för immaterialrätten - helt och hållet är uppbyggd på en mycket allmänt hållen generalklausul, § 1 UWG. Det finns en ymnig praxis, som inte alltid är lätt att förstå och systematisera. Oftast är det fråga om avgöranden i det särskilda fallet, där olika omständigheter vägs samman.

Som ovan har nämnts anses en "sklavische Nachahmung" numera inte otillbörlig i sig. Det krävs särskilda omständigheter. Bland dessa intar förväxlingsrisken en ledande position. Men den tyska rätten sträcker sig längre än så. Även då det inte föreligger förväxlingsrisk, kan en efterbildning komma att anses som "wettbewerbswidrig". Härvid noteras fallet att det gäller "unmittelbare Leistungsübernahme". Men inte heller ett dylikt direkt övertagande av annans prestation är alltid att anse som stridande mot § 1 UWG. Det krävs ytterligare tillkommande omständigheter, t.ex. renommésnyltning eller ett systematiskt förfarande.

---

1 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 378, Sack s. 37. Jfr Bernitz s. 449 och Marianne Levin s. 221 f.
2 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 379. Sack a. st., v. Gamm s. 454. Jfr Marianne Levin s. 220 f.
3 Fromm-Nordemann s. 67, IIC Studies s. 111. Jfr Marianne Levin s. 216.
4 Fromm-Nordemann s. 68 f, Marianne Levin s. 211 f.
5 Fromm-Nordemann s. 69, Marianne Levin s. 212.
6 Marianne Levin s. 215 jämte not 112.
7 Hubmann s. 176, Marianne Levin s. 206.
8 IIC Studies s. 8, Hubmann s. 177, Marianne Levin s. 206 och 265.
9 Hubmann s. 179 f.
10 IIC Studies a. st., Hubmann s. 183 ff.
11 IIC Studies a. st., Hubmann s. 187 ff, Marianne Levin s. 268 och 412.
12 IIC Studies s. 7, Hubmann s. 86.
13 Baumbach-Hefermehl II § 1 rnr 64 ff, särskilt rnr 68, Hubmann s. 197 f, Pehrson s. 22 och 151.
14 Baumbach-Hefermehl II § 4 rnr 5 och 21 ff. Pehrson s. 164.

15 Baumbach-Hefermehl II § 24 rnr 4 och § 31 rnr 17. IIC Studies s. 10.
16 Baumbach-Hefermehl II § 25 rnr 1 och 4.
17 Baumbach-Hefermehl II § 25 rnr 14 ff, Hubmann s. 225 f, Marianne Levin s. 219 f.
18 Baumbach-Hefermehl II § 25 rnr 41, Hubman s. 226, IIC Studies s. 10.
19 Baumbach-Hefermehl II § 28, AIPPI s. 9.
20 Jfr Sack s. 36 f.
21 Baumbach-Hefermehl I Einl. rnr 39 ff, särsk. rnr 41 och 53. Tiedemann s. 33. Jfr SOU 1983:52 s. 226 och Marianne Levin s. 221.
22 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 382 och 385. v. Gamm s. 454, Marianne Levin s. 222.
23 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 390.
24 A.a. § 1 rnr 398 och Sack s. 49.
25 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 390, 398, 399 b och 411.
26 A.a. rnr 411. Sack s. 50. v. Gamm s. 457.
27 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 391 ff, Sack s. 46 och 50 ff. v. Gamm s. 455 f. Jfr Marianne Levin s. 228 f.
28 Sack s. 52 och 53 f. Marianne Levin a.st.
29 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 400 och 406 ff, Sack s. 52 f.
30 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 400 f, Sack s. 53.
31 BGH GRUR 1968, 591 ("Pulverbehälter"). - Citatet hämtat hos Sack s. 53.
32 Sack s. 49 ff, Dutoit s. 156 ff.
33 Sack s. 58.
34 Se härom SOU 1983:52 s. 225 ff.
35 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 415.
36 A.a. § 1 rnr 416, Sack s. 58. Jfr SOU 1983:52 s.230.
37 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 417.
38 A.a. § 1 rnr 418 ff, Sack s. 58 f.
39 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 419, Sack s. 59.
40 Sack a. st.
41 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 436.
42 A.a. § 1 rnr 444 ff.
43 v. Gamm s. 453, Sack s. 45 och 48.
44 Dutoit s. 161.
45 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 443, Sack s. 45. - Se dock betr. "Modeneuheit"-fallet nedan.
46 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 439, Sack s. 43, Marianne Levin s. 231.
47 Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 437, 442, 447, 449 och 451. Sack s. 44. Marianne Levin s. 229 f. Densamma, Modeprodukter, s. 46 ff.
48 Marianne Levin s. 231 ff. Baumbach-Hefermehl I § 1 rnr 439.
49 Se vidare beträffande begreppet Markenpiraterie, Marianne Levin i NIR 1986 s. 42.
50 AIPPI s. 6.
51 A.a. s. 12 ff. Jfr GRUR 1985 s. 867 f.

4.5 Engelsk rätt

Förkortningar i detta avsnitt:

A C	Law Reports (Appeal Cases)
All ER	All England Law Reports
Cmnd	Command papers
EIPR	European Intellectual Property Review
FSR	Fleet Street Reports
RPC	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
Sec.	Section (=§)

I Storbritannien kan skydd för produktutformning erhållas via upphovsrätt (Copyright Act 1956) och via mönsterrätt (Registered Designs Act 1949). Endast i undantagsfall går varor/förpackningar att registrera som varumärken (Trade Marks Act 1938), och några regler avseende illojal konkurrens som kan åberopas i samband med produktefterbildningar har egentligen inte utvecklats. Några sådana har inte heller saknats i praktiken, eftersom tillverkare och marknadsförare i Storbritannien har ett mycket starkt skydd via de två förstnämnda regelsystemen, främst på grund av utvecklingen i rättspraxis. Skevheter i det skydd som på så sätt utbildats har regeringen dessutom nu sökt rätta till genom förslag till vissa lagändringar.[1]

Upphovsrätt

1956 års upphovsrättslag skyddar bl.a. konstnärliga och litterära verk mot oauktoriserat eftergörande. De kategorier av konstnärliga verk som finns uppräknade i lagen är:[2]

- målningar, skulpturer, teckningar, gravyrer och fotografier, vilka skyddas oberoende av konstnärlig kvalitet;
- arkitektarbeten i form av såväl byggnader som byggnadsmodeller;
- konsthantverk, som inte omfattas av de tidigare uppräkningarna.

Vidare stadgas att "teckningar" (drawings) även innefattar diagram, kartor, sjökort och planskisser,[2] och att det upphovsrättsliga skyddet omfattar överföringen av ett tvådimensionellt verk till ett tredimensionellt, under förutsättning att det ursprungliga verket kan uppfattas som ett återgivande av teckningen.[4] Efterbildning av hela verket eller en väsentlig del av detta är ett upphovsrättsintrång.[5]

En första förutsättning för upphovsrättsligt skydd är att det rör sig om ett "originellt verk" (original work). Men det betyder enligt brittisk uppfattning endast att alstret inte får vara en efterbildning, dvs. ett från upphovsmannens synpunkt subjektivt originalitetskrav. Speciellt för alster av konsthantverk gäller att dessa måste vara "konstnärliga" (artistic).[6]

Under dessa förutsättningar varar det upphovsrättsliga skyddet under upphovsmannens livstid samt ytterligare femtio år efter hans dödsår - om

det inte rör sig om industriellt framställda alster som även skulle kunna vara föremål för mönsterrätt. I sådana fall är nämligen det upphovsrättsliga skyddet begränsat till 15 år, räknat från marknadsföringen.[7]

Kravet på konstnärlighet gäller, som nämnts, endast för "konsthantverk". För teckningar m.m. framgår däremot uttryckligen att dessa är skyddade oavsett konstnärlig kvalitet, och att tredimensionella alster kan skyddas via den ursprungliga ritningen. Därför får genom rättspraxis så gott som varje alster som inte är en efterbildning, och som har sitt ursprung i en teckning, skydd via upphovsrätten. Det har inte spelat någon roll att själva teckningen inte varit föremålet för efterbildningen, utan att efterbildandet i stället haft den färdiga produkten som utgångspunkt.[8]

Det upphovsrättsliga skyddet har därför kommit att omfatta även allehanda funktionella alster vid sidan om de traditionella konstnärliga. Förutsättningarna för den utveckling som skett genom rättspraxis har varit att funktionella alster inte kan mönsterskyddas och att patentskydd bara kan komma i fråga i begränsad utsträckning. Mot den bakgrunden har domstolarna ansett att det inte kunde ha varit lagstiftarens mening att sådana alster skulle stå utan skydd. Eftersom de upphovsrättsliga bestämmelserna uttryckligen ger skydd för teckningar, oberoende av konstnärlig kvalitet, och eftersom skyddet även omfattar tredimensionella versioner, har det funnits utrymme för upphovsrättsligt skydd.[9]

De långtgående konsekvenserna av att uteslutande funktionella alster var skyddade mot kopiering under upphovsmannens livstid plus ytterligare femtio år efter hans död stod kanske inte klara till en början. Men i dag har denna praxis allt mer kommit att kritiseras som orimlig. Inte minst som i ett flertal fall bl.a. reservdelar har tillerkänts det fullständiga upphovsrättsliga skyddet.[10]

House of Lords har därför i ett uppmärksammat avgörande den 27 februari 1986 sökt komma till rätta med situationen beträffande upphovsrätt till reservdelar. Av avgörandet framgår att tillverkaren av bilreservdelar eller reservdelar till andra konsumtionsvaror inte genom utövandet av sin upphovsrätt skall kunna utesluta dem som nyttjar huvudvaran från en fri marknad för sådana reservdelar, som är nödvändiga för att hålla varan i funktion.[11]

Design copyright

Före 1968 var det enda sättet att skydda industriellt framställda designprodukter en mönsterregistrering enligt 1949 års lag. "Industriellt framställda" avser i detta sammanhang produkter som tillverkats mer än i 50 exemplar eller i längder som tapeter och tyger. Men i och med en lagändring 1968 infördes "design copyright".[12]

Denna design copyright innebär att sådana designprodukter som är mönsterskyddade, eller skulle ha kunnat mönsterskyddas, också har ett upphovsrättsligt skydd (avseende det industriella utnyttjandet) under 15 år från det att de förts ut på marknaden.

Undantagna från mönsterskydd, och därmed även från design copyright, är skulpturer, medaljer, bokomslag, kalendrar, certifikat, sömnadsmönster, gratulationskort, kartor, sjökort, reklamalster m.m. Sådana har typiskt ansetts höra hemma inom det traditionella upphovsrättsliga skyddet. Detta framgår av Sec. 14 (3) Registered Designs Act 1949.[13] Vidare är funktionell formgivning undantagen från mönsterrätt, eftersom denna endast avser estetiska alster.[14] Såväl de typiskt sett upphovsrättsliga alstren som de funktionella åtnjuter, i stället för design copyright under 15 år, det fullständiga upphovsrättsliga skyddet.

Även beträffande design copyright gäller att skyddet grundas på upphovsrätten till den ursprungliga designskissen/mönsterritningen, som är skyddad oberoende av konstnärlighet. Allt som krävs för skydd, också i detta fall, är alltså att det föreligger en skiss från vilken den industriellt framtagna produkten kan härledas.[15]

Upphovsrättsliga sanktioner

De civilrättsliga sanktionerna för ett upphovsrättsintrång är förbud, beslag, ersättning för utebliven vinst samt skadestånd, vilket uppgår till fulla försäljningsvärdet minus endast distributionskostnader (s.k. conversion damages).[16]

Uppsåtligt upphovsrättsintrång straffas med böter och fängelse i högst två månader.[17] I dessa fall kan också beslag komma i fråga.[18]

Mönsterrätt

1949 års Registered Designs Act skyddar den yttre formen hos en vara eller ett ornament, som mångfaldigas, och som hos varan kan bedömas genom anblicken av densamma.[19] Registreringsmöjligheten föreligger enbart för mönster som utnyttjas för att framställa en vara, inklusive delar av en sådan vara som säljs separat, eller för varor som skall brukas tillsammans, exempelvis en servis.

Förutsättningen för mönsterskydd är alltså att alstret är en "vara" (article). Denna skall enligt lagtexten tillverkas "industriellt" (by means of any industrial process or means). Det skall vara fråga om mångfaldigande. Ett manuellt mångfaldigande räcker. Vidare måste det handla om en design som är "ny eller originell" (new or original). Nyhetskravet innebär att varan måste skilja sig från vad som tidigare blivit registrerat eller offentliggjort i Storbritannien[20], från vad som har konventionsprioritet enligt Pariskonventionen[21] och från vad som en eventuell upphovsman tidigare har framställt i mer än 50 exemplar.[22]

Nyhetskravet utgår från konsumentens uppfattning.[23] Originalitetskriteriet fyller däremot knappast någon självständig funktion i förhållande till nyhetskriteriet.[24] Möjligen innebär det att formgivningen inte får vara banal.[25]

En mönsterregistrering ger innehavaren en uteslutande ensamrätt av monopoltyp upp till 15 år från ansökningsdagen. Den första registreringsperioden är fem år och kan förlängas två gånger. Det är också möjligt att under denna 15-årsperiod göra senare variantregistreringar, vilka dock löper ut senast 15 år efter ansökningsdagen för det först registrerade mönstret.[26]

Registreringsmyndigheten utför en nyhetsprövning mot registrerade alster, varefter uppgifter om sökanden publiceras, men inte själva mönstret. Det bör även uppmärksammas att den brittiska mönsterrätten innehåller ett antal regler till skydd mot en skadlig monopolisering. Viktigast bland dessa är bestämmelsen om tvångslicens, som kan meddelas bl.a. om mönsterrättsinnehavaren inte utnyttjar sitt mönster.[27]

Intrång

Intrång i mönsterrätten gör den som utnyttjar ett mönster vilket inte skiljer sig väsentligt från en mönsterskyddad vara. Även medhjälp till tillverkning av en sådan vara utgör intrång.[28] Sanktionerna är förbud, skadestånd, ersättning för utebliven vinst och beslag.

Varumärkesrätt

Varumärkesskydd enligt 1938 års Trade Marks Act kan endast erhållas genom registrering. Möjligheterna att skydda produktutformning enligt den engelska varumärkesrätten är högst begränsade. Skälet är att man önskar undvika en monopolisering av formgivning på obestämd tid. Därför godtas som varumärken i princip endast rent identifierande element utan annan funktion.[29] Registreringsmyndigheten har exempelvis konsekvent nekat registrering av produkter eller förpackningar. House of Lords har visserligen i ett fall godtagit en flerfärgad medicinkapsel som varumärke. Samma färger återkom för övrigt i förpackningsutformningen.[30] Men detta kan knappast tas som intäkt för att något skydd via den engelska varumärkesrätten normalt skulle finnas för produkt- eller förpackningsutstyrsel.

"Passing off"

Det är inte tillåtet att presentera varor som om de vore någon annans.[31] Men det skydd som utbildats mot s.k. passing off inom Common Law är fokuserat kring konsumentintresset. Köparna får inte vilseledas beträffande det kommersiella ursprunget, eller ens utsättas för risk för ett sådant vilseledande. Däremot är passing off inte att likställa med begreppen "concurrence déloyale" och "unlauter Wettbewerb", vilka har sin klassiska utgångspunkt i en näringsidkares agerande gentemot en annan i ett konkurrensförhållande.[32]

Det skydd som kan erhållas via reglerna om passing off avser endast den goodwill som finns mellan en näringsidkare och hans kunder. Det spelar därvid ingen roll om den som på något sätt objektivt sett utnyttjar en annan näringsidkares goodwill befinner sig i ett konkurrensförhållande med denne.[33] Avgörande blir om den som påstår passing off kan göra skada

på sin goodwill sannolik, antingen det nu är hans firmanamn, varumärke, framtoning eller produkt-/förpackningsutformning som är intill förväxling lika. Det är nämligen endast hans goodwill som skyddas genom passing off-läran, vilken inte alls tar sikte på en eventuell efterbildningshandling eller ett supplerande objektskydd.[34]

Passing off fyller därmed sin främsta funktion som ett komplement till de varumärkesrättsliga reglerna. Exempelvis skulle sannolikt marknadsföringen av en brun läskedryck i en flaska liknande Coca-Colas anses utgöra passing off, trots att Coca-Cola-flaskan på grund av de restriktiva registreringsreglerna inte har kunnat erhålla varumärkesskydd i Storbritannien. Men i ett sådant fall skulle även förväxlingsrisken kunna anses vara neutraliserad med hjälp av tydlig märkning.[35]

Mål rörande passing off i samband med produktefterbildningar är sällsynta i engelsk rätt. Chanserna till framgång brukar bedömas som ringa. Endast i ett fåtal fall har efterbildaren dömts.[36] Utgångspunkten är nämligen, som ovan framhållits, att en produktefterbildning eller likhet i produktutformning aldrig i sig kan utgöra grunden för ett vilseledande beträffande det kommersiella ursprunget. Bara om en vara har en ovanlig utformning, som i första hand inte syftar till en viss funktion, utan till att ge varan en sådan särskiljningsförmåga att den direkt kan komma att härledas till en viss tillverkare, finns förutsättningarna för att skapa en sådan goodwill att passing off-reglerna kan komma att aktualiseras. Det krävs alltså tillskott av rent dekorativa element, som inte har något att göra med funktionen, för att passing off med framgång skall kunna åberopas i samband med produktefterbildningar. Ett exempel är den vita pricken på Dunhill-piporna.[37]

Den kritik som ibland har riktats mot att Storbritannien, till skillnad från exempelvis Frankrike och Västtyskland, saknar en lagstiftning mot illojal konkurrens har emellertid inte lett till något förslag om utvidgning av efterbildningsskyddet för varor med reglerna om passing off som utgångspunkt. Inte heller har det eventuellt otillbörliga i att kopiera en annan näringsidkares produkt valts som grund för det nya efterbildningsskydd som föreslagits. I stället har man sökt att utvidga och precisera det immaterialrättsliga skyddet.

Föreslagna lagändringar

I april 1986 presenterade den brittiske handels- och industriministern regeringens förslag till ändringar i det immateriella rättsskyddet. Förslaget syftar till en balans mellan å ena sidan inspiration för allehanda upphovsmän och å den andra tillgång till kreativa idéer som kan stimulera konkurrensen och utnyttjandet av modern teknologi.[38] Den brittiska immaterialrätten har under det senaste årtiondet varit föremål för ett flertal utredningar. Det i sammanhanget mest betydelsefulla är Intellectual Property Rights and Innovation (1983)[39] och Copyright and Designs Law (1977)[40]. Det nu aktuella regeringsförslaget ("White Paper") utgår främst från dessa, samt från en regeringskommentar till 1977 års utredning av år 1981.[41]

I sammanhanget har följande skyddsformer övervägts:[42] ett registreringssystem, vilket föreslogs av 1977 års utredning; en lag mot otillåten kopiering, vilken bl.a. föreslagits av The Common Law Institute of Intellectual Property;[43] samt en modifierad lösning med en ny oregistrerad designrätt. Det är slutligen den sistnämnda som valts.

Denna innebär att den upphovsrättsliga grunden har vidmakthållits, och även en hög grad av skyddsvänlighet. Utgångspunkten är att all design, som inte är efterbildning, förtjänar en skyddad period för att de nyskapande skall få ledning över imitatörerna.

Den nya oregistrerade designrätten skall alltså ge ett värn mot efterbildning av all självständigt framtagen industriell design, inklusive reservdelar. Skyddet kräver inga formaliteter. Men skyddstiden skall vara begränsad till tio år efter första marknadsföring av en artikel som bygger på en sådan design. Därtill skall tillverkningslicenser kunna erhållas enligt lag under de fem senare åren av skyddstiden, alltså ett slags tvångslicenser.

Beträffande reservdelar skall dock tillverkningslicenser kunna erhållas även under den första femårsperioden, om detta bedöms som angeläget av den myndighet som har att vaka över den fria konkurrensen (Fair Trading Office).[44]

I förhållande till gällande rätt innehåller den nya oregistrerade designrätten ytterligare ett antal förändringar:
- ett alster är skyddat mot efterbildning, dvs. mot att annan än rättsinnehavaren säljer, hyr ut eller i handel utnyttjar samma eller huvudsakligen samma design;
- ett alster är också skyddat mot att annan importerar eller innehar en artikel som utgör en efterbildning, under förutsättning att den som befattar sig med efterbildningen vet eller rimligen bör veta att det rör sig om en oauktoriserad efterbildning;
- designrätt skall endast gälla för alster som har till upphovsman en person som är medborgare i Storbritannien eller Europeiska Gemenskapen (EG) eller som har sitt hemvist där, eller om alstret först har förts ut på marknaden i Storbritannien eller i EG.

Det är vidare att uppmärksamma att skyddet enligt förslaget avser själva produkten och inte behöver föras tillbaka på designteckningen.

Den nya designrätten avser såväl estetiska som funktionella industriprodukter, vilket inte utesluter fullständigt upphovsrättsligt skydd för sådana alster som uppfyller kvalifikationerna för konstnärliga verk. Men för att undvika problemen med dubbelt skydd skall för det första den oregistrerade designrätten inte kunna komma i fråga om verket omfattas av fullständig upphovsrätt. För det andra skall den inte kunna åberopas för alster som blivit registrerade enligt 1949 års lag,[45] samtidigt som mönsterskyddet enligt denna fortsättningsvis skall avse endast betonat estetiska alster.

Sammanfattningsvis innebär förslaget till en ny oregistrerad designrätt i Storbritannien att

- alla varor, inklusive reservdelar, som inte är efterbildningar, omfattas av designrätt, om de inte är skyddade som konstnärliga verk eller är mönsterregistrerade,
- skyddstiden blir tio år från att produkterna först marknadsfördes, men licenser skall kunna erhållas under den sista femårsperioden,
- under den första femårsperioden kan designskyddet endast brytas i det fall ett från allmän synpunkt skadligt monopol skulle kunna uppstå.

---

1 Se vidare nedan betr. det s.k. White paper: Intellectual Property and Innovation, Cmnd 9712, April 1986, särskilt Chapter 3.
2 Se Sec. 3.1 (a)-(c).
3 Se Sec. 48 (1).
4 Se Sec. 48 (1) och 9 (8).
5 Sec. 49 (1).
6 Se George Hensher Ltd v Restawile Upholstery (Lancs) Ltd (1975) RPC s. 31, där en soffgrupp inte ansågs ha sådan kvalitet; Merlet v Mothercare (1984) FSR s. 358, där en impregnerad babymössa inte ansågs vara konstnärlig.
7 Se vidare nedan betr. Design Copyright.
8 Se t.ex. Dorling v Honnor and Honnor Marine Ltd (1964) RPC s. 160, 1 All ER s. 241 - byggsats till jolle; Amp Inc. v Utilux Proprietary Ltd (1972) FSR s. 572, RPC s. 103 - elektriska kontaktplintar; British Northrop v Texteam Ltd (1973) FSR s. 241 (1974) RPC s. 57 - reservdelar till vävstolar. LB (Plastics) Ltd v Swish Product Ltd (1979) RPC s. 551 - plastlåda; Vernon & Pulp Co Ltd v Universal Pulp Containers Ltd (1980) FSR s. 179 - sängbottnar; Constable and Another v Clarkson and Another (1980) FSR s. 123 - gummiform för ljusstöpning.
9 Se vidare Marianne Levin s. 134 ff.
10 Se t. ex. British Northrop v Texteam anfört vid not 8 ovan; British Leyland Corp v T I Silencer Ltd (1981) FSR s. 213; British Leyland Corp v Armstrong Patents Co Ltd (1982) FSR s. 481.
11 Jfr dock regeringens förslag nedan, som innebär ett avståndstagande från House of Lords avgörande.
12 Se Sec. 10, Copyright Act 1956.
13 Se vidare Rule 26 (1949).
14 Se Sec. 1 (3), Registrered Designs Act; Amp v Utilux anfört vid not 8 ovan.
15 Jfr nedan den av regeringen föreslagna ändringen, som innebär att skyddet avser produkten själv.
16 Denna beräkningsregel har emellertid föreslagits ändrad i Cmnd 9712, April 1986, eftersom värdet som sådant innebär en orimlig beräkningsgrund: guldvaror kommer på detta sätt att ersättas mångfalt högre än exempelvis silvervaror. Se a.a. s. 58.

17 Speciella regler gäller beträffande intrång avseende film- och ljudupptagningar samt beträffande datorprogram.
18 Se Sec. 21, Copyright Act 1956.
19 Sec. 1 (3), Registered Designs Act 1949; jfr Ferreros design Appl. (1978) RPC s. 473; KK Suwa Seikosha's design Appl. (1982) RPC s. 166.
20 Sec. 1 (2).
21 Sec. 14 (3).
22 Sec. 6 (4); se även Bissel AG's design Appl. (1964) RPC s. 125.
23 Se Amp v Utilux anfört vid not 8 ovan.
24 Se Caron International's Appl. (1981) RPC s. 179.
25 Jfr även Marianne Levin s. 133 f.
26 Sec. 4.
27 Sec. 10.
28 Sec. 7.
29 Se Sec. 9, 10 och 42.
30 Smith Kline & French Appl. (1975) FSR s. 298.
31 Reddaway v Banham (1896) AC s. 199, 13 RPC s. 218.
32 Se avsnitten 4.4 och 4.7 betr. tysk resp. fransk rätt.
33 Se t.ex. Lego Systems A/S & Another v Lego M Lemelstrich Ltd, 11 EIPR 1982 s. D-240.
34 Se Marianne Levin s. 149 ff.
35 Se Dunhill v Bartlett & Brickley (1922) 39 RPC s. 426.
36 Se t.ex. Edge v Niccolls (1911) AC s. 693, 28 RPC s. 582; Hoffmann-La Roche & Co Ag v DDSA Pharmaceuticals Ltd (1972) RPC s. 1; Kemtron Properties v Jimmy's Co Ltd (1979) FSR s. 86.
37 Se Dunhill v Barlett & Brickley anfört vid not 35 ovan.
38 Intellectual Property and Innovation, Cmnd 9712 s. 1.
39 Cmnd 9117, December 1983.
40 Cmnd 6732, March 1977.
41 Reform of the Law relating to Copyright, Designs and Performer's Protection, Cmnd 8302, July 1981.
42 Jfr Cmnd 9712 s. 18 f.
43 Se Christine Fellner, särskilt Chapter 8.
44 Jfr Cmnd 9712 s. 20; jfr även Fair Trading Office, som i ett yttrande av den 21 mars 1984 uttalat kritik mot Ford Motor Company Ltd med anledning av vägran till licensiering av reservdelar.
45 Se Cmnd 9712 s. 22.

4.6 USA-rätt

Förkortningar i detta avsnitt:

CA (+ nummer)	United States Circuit Court of Appeals
CCPA	Court of Customs and Patent Appeals
CFR	Copyright Federal Regulations
Congr.	Congress
DCNJ	District Court of New Jersey
F 2d	Federal Reporter, second series
F Supp.	Federal Supplement
HR	House of Representatives
SDNY	United States District Court, Southern District of New York
Sec.	Section (= §)
Sess.	Session
US	United States Supreme Court (Reports)
USC	United States Code
USPQ	United States Patent Quarterly

Bilden av efterbildningsskyddet i USA kompliceras av att där dels finns federal lagstiftning om upphovsrätt (copyright), mönsterrätt (design patent) och varumärken (trade marks), dels delstatliga regler om skydd för kännetecken. Både det delstatliga och det federala rättssystemet innehåller regler mot illojal konkurrens i såväl lagtext som genom utvecklingen i rättspraxis (common law). Det finns även viss kvarlevande delstatlig upphovsrätt. Men denna kommer att försvinna på sikt, eftersom den nya upphovsrättslagstiftningen från 1976 föreskriver att upphovsrätten till offentliggjorda verk enbart skall vara federal.

Grundläggande är att det amerikanska rättssystemet i högre grad än flertalet europeiska länder omhuldar efterbildningsfriheten. Enligt den amerikanska konkurrensfilosofin är det tillåtet för en konkurrent som kommer in senare på marknaden att försöka ta så mycket som möjligt av den förstes andelar. Den enda restriktion som egentligen finns i det sammanhanget, förutom de immaterialrättsliga ensamrätterna, är att konkurrenshandlingar inte får vilseleda beträffande det kommersiella ursprunget. Denna begränsning innebär att om en design, som dock inte får vara att betrakta som "funktionell" (functional), fungerar som kännetecken för tillverkare/säljare, kan efterbildningen beivras som illojal konkurrens.[1]

Upphovsrätt

USA är inte medlem av Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, som förutsätter att upphovsrätt skall åtnjutas utan formkrav (Art. 5.2). Amerikansk upphovsrätt bygger nämligen traditionellt på ett registreringsförfarande och formkrav för upphovsrättsligt skydd.[2] USA har i stället tillträtt Världskonventionen om upphovsrätt.

För att upphovsrätt över huvud taget skall kunna åberopas i USA krävs för det första att alstret är "ett originellt auktorverk" (original work of authorship), samt märkt med "copyright" eller (c) *och* med upphovsrättsinnehavarens namn eller kännetecken *och* årtalet för första offentliggörande. Originalitetskravet i upphovsrätten är endast av subjektiv art, dvs. ett krav på en självständig prestation (= ej efterbildning). Det ger ett förhållandevis stort utrymme för skyddade alster av traditionellt upphovsrättslig karaktär som litteratur, musik, konst, teckningar etc.[3]

För att upphovsrätten i ett enskilt fall skall kunna åberopas krävs vidare att alstret registrerats hos den speciella myndigheten för upphovsrätt (Copyright Office). Inför registreringen sker en prövning av de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna. För konstnärliga alster, som inte enbart är dekorativa utan även nyttiga, krävs därvid att det "originella verket" måste vara självständigt identifierbart som just ett konstnärligt verk, vilket kan fungera fristående från eventuella nyttoaspekter hos alstret i övrigt.[4]

Denna gränsdragning uttalades första gången i avgörandet Mazer v Stein och har numera skrivits in i den nya upphovsrättslagen och i tillämpningsföreskrifter för Copyright Office.[5] I det fallet blev efter överklagande till USA:s högsta domstol (Supreme Court) upphovsrätt registrerad till en lampfot som var utförd i form av en statyett föreställande balinesiska dansare.[6]

Före Mazer v Stein-avgörandet var det osäkert om brukskonst över huvud taget kunde omfattas av den federala upphovsrätten i USA. En nyhet i 1976 års Copyright Act i förhållande till den tidigare lagen från 1909 är därför att "konstindustri" (applied art) och "konsthantverk" (artistic craftsmanship) över huvud taget omnämns. Men i övrigt är inga förändringar avsedda i förhållande till den praxis som har utvecklats.

Det föreskrivna åtskillnadskriteriet är emellertid svårtillämpat, och i praktiken ges endast ett mycket litet utrymme för upphovsrättsligt skydd av konsthantverk och konstindustri. När ett estetiskt tilltalande yttre kombineras med en nyttofunktion anses nämligen kravet på att ett verk skall kunna leva sitt eget liv inte uppfyllt. En stramt formgiven trädgårdsbelysning nekades exempelvis upphovsrätt på grund av att den estetiska utformningen inte gick att skilja från vad som var funktionellt.[7] Detta innebär att onödig och utstofferad ornamentation samt sökta formlösningar gynnas. En replik av en gammal telefon som pennvässare är ett sådant exempel på vad som tillerkänts upphovsrätt.[8]

Teckningar och andra tvådimensionella alster tillerkänns emellertid i större utsträckning det upphovsrättsliga skyddet än tredimensionella. De förra anses nämligen inte ha någon nyttofunktion. Men i det fall exempelvis en teckning eller en skiss, vilken normalt kan anses erhålla upphovsrätt utan någon speciell prövning, utförs i tre dimensioner, omfattar upphovsrätten till teckningen inte den tredimensionella varianten - om inte denna också i sig är kvalificerad för upphovsrätt. Modeteckningar i för-

hållande till plagg är ett ofta anfört exempel på detta i amerikansk rätt.[9] Samma torde även gälla mer eller mindre tekniskt betonade ritningar av skilda slag.[10]

Mönsterrätt

Mönsterrätten i USA är en del av patenträtten. Men denna del har inget att göra med tekniska idéer. Endast yttre form avses. Skyddsformen design patent är mycket formaliserad med en omsorgsfull prövning av skyddsförutsättningarna.[11]

Dessa är nyhet, originalitet och dekorativ effekt. Därtill krävs, liksom för alla patent, att också en skyddsbar design skall vara en uppfinning på sitt område. Formgivningen får alltså inte ligga nära till hand för en genomsnittligt skicklig formgivare. Den skall med andra ord vara "nonobvious".[12]

En mönsteransökan prövas av patentmyndigheten (Patent Office). Anses kraven för design patent vara uppfyllda erhålls en ensamrätt under 14 år. Den perioden går inte att dela upp, vilket medför förhållandevis höga kostnader för registreringen. Men problemen med design patent är kanske inte i första hand kostnaderna och inte heller den långa och noggranna prövning som utförs av patentmyndigheten. Snarare ligger problemen med design patent i domstolarnas behandling av sådana registrerade ensamrätter. Det är nämligen oerhört vanligt att design patents förklaras ogiltiga, när fråga om intrång kommer inför rätta. Så har under senare år skett i 60-70 procent av fallen.[13]

Ogiltighetsanledningen har ofta just varit att formgivningen inte uppfattats som "nonobvious". Denna praxis är troligen en del av förklaringen till att mönsterskydd är en föga använd skyddsform. Endast cirka 4 000 registreringar sker årligen i USA, vilket kan jämföras med cirka 2 500 svenska.

Det bör observeras att design patent inte ger något skydd under ansökningstiden. Skyddet inträder först sedan registrering har erhållits. Fram till denna tidpunkt är alltså ett alster fritt för efterbildning, oavsett om registreringen godkänns eller avslås. (I exempelvis Sverige gäller däremot mönsterskyddet från ansökningsdagen.)

Lösningen av designskyddet inom ramen för patentlagstiftningen har sedan länge betraktats som otillfredsställande i berörda kretsar. Allt sedan början på detta århundrade har återkommande förslag presenterats i syfte att reformera det amerikanska designskyddet. Åtskilliga av dessa har gått ut på att införa en speciell upphovsrättslig skyddsform för mönster (design copyright). Det senaste omfattande försöket i den riktningen gjordes i samband med den nya upphovsrättslagens tillkomst 1976. Den ursprungliga skrivningen till ny upphovsrättslagstiftning innefattade även ett kapitel om design copyright (Title II). Men detta stoppades i representanthuset.

Förslaget till design copyright har därefter bearbetats vidare och är för närvarande föremål för förnyade prövningar. Sammanfattningsvis handlar det om ett tioårigt skydd, under förutsättning av (d)-märkning (en motsvarighet till (c)-märkning) för design som inte är uteslutande funktionellt betingad. Stapelvaror och kläder är dock generellt undantagna från denna tänkta design copyright.[14] Kläder betraktas nämligen som "funktionella" enligt det amerikanska synsättet.

Varumärkesregistrering

Den amerikanska varumärkeslagen (Lanham Act) från 1946 innefattar möjligheten att registrera former som kännetecken.[15] Två möjligheter erbjuds. Ett utstyrselskydd kan dels registreras i det s.k. supplemental register, dels i det s.k. principal register. Förutsättningen för skydd i supplemental register är att utstyrseln bedöms ha särskiljningsförmåga. För en registrering i huvudregistret krävs att utstyrseln bedöms vara "icke-funktionell" (nonfunctional) och kan visa på en tillfredsställande grad av "inarbetning på marknaden" (secondary meaning). Medan den förstnämnda typen av registrering endast innefattar en presumtion om ensamrätt, ger den senare en exklusiv rätt.[16]

Praxis har emellertid varit mycket restriktiv med att tillåta utstyrselskydd. Bakgrunden är bl.a. att ett "evigt monopol" till produktutformning skulle kunna anses stridande mot den amerikanska konstitutionen, som uttalar att ensamrätter av detta slag skall vara tidsbegränsade.[17] Men år 1967 tilläts registrering av en speciellt utformad vinflaska i supplemental register.[18] Sedan dess har vissa möjligheter till utstyrselskydd ansetts föreligga. Återhållsamheten är dock fortfarande påtaglig, och chanserna att få en förpackningsutstyrsel registrerad får bedömas som betydligt större än när det gäller produktutstyrsel. Praxis är varierande i de skilda delstaterna. Men det har hävdats att den federala appelationsdomstolen haft en välvilligare inställning till utstyrselskydd än de lägre instanserna.[19]

Trademark Counterfeit Act

1984 infördes i USA en särskild lag mot " counterfeiting", mot bakgrund av den ökande strömmen av förfalskade varor på den amerikanska marknaden.[20] Lagstiftningen avser endast skydd mot efterbildningar av registrerade varumärken. Den är utformad som en strafflag och riktar sig mot uppsåtlig användning av "counterfeit"-märken, dvs. varumärken som är identiska med eller svåra att skilja från ett registrerat varumärke.[21]

Straffsatserna i den nya lagen är mycket höga med miljonbelopp i böter och upp till fem års fängelse för tillverkning eller hantering av "counterfeit" - varor. Vid upprepade förseelser kan upp till 15 års fängelse utdömas.

Illojal konkurrens

Till skillnad mot många europeiska länder saknar USA en generell lagstiftning mot illojal konkurrens. Men den amerikanska varumärkesrätten kan i viss utsträckning betraktas som en underavdelning till konkurrensrätten. Varumärkesrätten innehåller nämligen bestämmelser om att kännetecken i vidsträckt bemärkelse inte får vilseleda beträffande det kommersiella ursprunget.[22] I detta ligger en stark betoning av konsumentintresset. Men även ett sådant intresse, exempelvis vid en bevisad förväxling, får vika för frikonkurrensintresset. Illojal konkurrens anses inte föreligga beträffande "funktionella" element.[23]

Vilka formgivningselement som betraktas som "funktionella" är därför av vitalt intresse. Därmed avses i USA inte enbart sådant som representerar den enda formlösningen av en viss funktion. Det är inte heller bara sådana element som påverkar syftet, verkan av eller effekten hos en produkt. Som funktionellt i dessa sammanhang uppfattas även vad som förbilligar eller förenklar hantering eller användning, och detta går så långt att även sådant som bidrar till att göra en viss produkt framgångsrik på marknaden betraktas som funktionellt (s.k. aesthetic functionality).[24]

Endast rent identifierande formgivningselement kan alltså räkna med skydd via konkurrensreglerna i Lanham Act, Sec. 43 (a).[25] Dessa regler har emellertid kommit att spela en allt större roll i samband med skydd för efterbildningar av design allt sedan 1964. Då uttalade nämligen den amerikanska högsta domstolen, i två fall angående imiterade belysningsanordningar, att delstatlig common law inte fick användas så att skyddet enligt de federala bestämmelserna om upphovsrätt och patent kom att utvidgas.[26]

Det tog emellertid över tio år innan en ny praxis baserad på Lanham Act, Sec. 43 (a) började ta form. Avgörande enligt den bestämmelsen är om en näringsidkares marknadsbeteende riskerar att skapa förväxling beträffande det kommersiella ursprunget. Upptakten till den nya praxis som har utbildats kan sägas ha varit ett ofta citerat avgörande från 1976 beträffande efterbildningen av element hos en långtradarsläpvagn.[27]

Där kom domstolen fram till att formgivningen av de efterbildade elementen hade särskiljningsförmåga och endast var delvis funktionella. Det förhöll sig i själva verket så att funktionen skulle ha blivit bättre med en annan utformning. Men den aktuella designen var väl inarbetad i köparkretsen, och efterbildningen var lätt att förväxla med originalet. Därför ansågs denna strida mot bestämmelsen om illojal konkurrens i Lanham Act, Sec. 43 (a).

Det vore alltså fel att påstå att det i USA helt saknas ett immaterialrätten supplerande konkurrensskydd. I ett fall av efterbildning av den svenska kölappsbehållaren TURN-O-MATIC ogiltigförklarades det erhållna designpatentet på grund av att utformningen inte var "nonobvious". Däremot uttalade domstolen att efterbildningen, här dock i kombination med namnlikhet (TAKE-A-TURN), innebar varumärkesintrång och illojal konkurrens.[28] Men utrymmet för konkurrensrättsligt efterbildningsskydd är begränsat.

För ett skydd mot efterbildning av en vara enligt bestämmelserna i Lanham Act krävs, förutom icke-funktionell formgivning, att produktformen har blivit inarbetad i köparkretsen på ett sådant sätt att den kan anses ge hänvisningar beträffande det kommersiella ursprunget. Vidare krävs att efterbildningen skall vara förväxlingsbar med originalet.

Vid bedömningen av om tillfredsställande grad av inarbetning föreligger kan olika faktorer vägas samman: hur länge produkten i fråga har funnit på marknaden, konsumenternas kännedom om produktens existens, dess omsättning, mängden av reklaminvesteringar samt även det faktum att den blivit efterbildad kan spela roll. Medan inarbetningskravet tidigare skapade bevisproblem, har emellertid senare års praxis mildrat detta krav. Det har ofta räckt med att just en mycket nära efterbildning har skett för att inarbetning skall anses föreligga.[29]

Förväxlingskriteriet beträffande registrerade varumärken innebär att det skall vara sannolikt att efterbildningen kommer att leda till förvirring eller misstag på marknaden, eller att den kommer att vilseleda beträffande det kommersiella ursprunget. Men också i samband med bedömningen av illojal konkurrens i form av s.k. passing off (one's goods as the goods of someone else), anses blotta risken för förväxling tillräcklig för att efterbildningen skall betraktas som lagstridig, om formgivningen i övrigt är att betrakta som icke-funktionell.

Också vid mycket nära efterbildningar finns visserligen exempel på att förväxlingsrisken ansetts vara neutraliserad genom märkning. Men det har ofta framhållits att märkning som sådan inte kan betraktas som avgörande vid bedömningen av en eventuell förväxlingsrisk.[30]

---

1 Marianne Levin s. 187.
2 Title 17 USC, Sec. 401.
3 Marianne Levin s. 174 och 177 f.
4 Sec. 101.
5 CFR 202.10.
6 347 US s. 201 (1954).
7 Esquire v Ringer 199 USPQ s. 1 (1978).
8 Ted Arnold Ltd v Silvercraft Co 259 F Supp. s. 733 (SDNY 1966).
9 Se t.ex. Jack Adelman v Sonners & Gordon, 112 Supp. s. 187 (SDNY 1934); vidare Marianne Levin, Modeprodukter s. 34 ff.
10 Jfr Christine Fellner s. 177.
11 Se Title 35 USC, Sec. 171 ff, 289.
12 Marianne Levin s. 179 ff.
13 Marianne Levin s. 183 f, Christine Fellner s. 177.
14 99 Congr. 1st Sess HR 1900, April 2, 1985.
15 Title 15 USC, Sec. 1091= Lanham Act Sec. 23.
16 Marianne Levin s. 197 f.
17 Art. 1 Sec. 8 (8).
18 In re Mogen Wine Corp, 152 USPQ s. 593 (CCPA 1967).

19 Christine Fellner s. 180.
20 Title 18 USC Sec. 1101-1103.
21 Marianne Levin i NIR 1986 s. 34, 39 f.
22 Se särskilt Title 15 USC, Sec. 1125 (a) = Lanham Act, Sec. 43 (a).
23 Se Fisher Stoves, Inc. v All Nighter Stove Works, Inc. 626 F 2d s. 193; 206 USPQ s. 961 (CA1980).
24 Se t.ex. Pagliero v Wallace China Co 198 F 2d s. 339; 95 USPQ s. 45; 198 F 2d s. 339 (CA 9 1952) - dekoration på en servis.
25 Se t.ex. Time Mechanisms, Inc v Qonaar 422 F Supp. s. 905 (DCNJ 1976) - en konformad parkeringsmätare.
26 Se Sears Roebuck Co v Stiffel Co, 376 US s. 225 (1964) och Compco v Day-Brite Lighting, 376 US s. 234 (1964).
27 Truck Equipment Service Co v Fruehauf Corp, 191 USPQ s. 79 (CA 9 1976).
28 633 F 2d s. 831, 209 USPQ s. 22 (CA 9); prövningstillstånd till Supreme Court medgavs ej, 210 USPQ s. 776 (US 1981).
29 Marianne Levin s. 198 f.
30 T.ex. Fisher Stoves v All Nighter Stove Works anfört ovan vid not 23. Marianne Levin s. 199.

4.7 Fransk rätt

Liksom i svensk rätt kan i fransk rätt skydd mot efterbildning av produkter etc. åstadkommas med stöd av såväl immaterialrättsliga som av konkurrensrättsliga regler.

Immaterialrättigheterna regleras i Frankrike i en rad lagar. I jämförelse med svensk rätt förefaller skyddsmöjligheterna mycket generösa.[1] Mot den bakgrunden skulle man kunna tycka att det inte skulle behövas något kompletterande konkurrensrättsligt skydd. Så är det dock inte. De immaterialrättsliga reglerna ger lika litet i Frankrike som i andra länder ett heltäckande skydd mot olika såsom otillbörliga betraktade handlingar. Det är i Frankrike helt accepterat att komplettera luckorna i immaterialrätten med regler av konkurrensrättslig karaktär.[2]

Den franska rätten saknar speciallagstiftning rörande illojal konkurrens. Men på grundval av några mycket allmänt hållna stadganden om skadestånd i Code civil har det i doktrin och praxis utvecklats en omfattande lära om bl.a. "concurrence déloyale".[3]

Immaterialrätt

Ett immaterialrättsligt formskydd kan erhållas både via reglerna om upphovsrätt och regler om mönsterrätt. Vad som är originellt för den franska rätten, i jämförelse med rätten i andra västeuropeiska länder, är den

fullständiga överlappningen (kumulationen) mellan tillämpningsområdet för upphovsrätt resp. mönsterrätt. Dvs. varje prestation som kan mönsterskyddas, åtnjuter också skydd av den franska upphovsrättslagen.[4]

Upphovsrätt

Regler om upphovsrätt finns numera i "loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique".

Den franska upphovsrättslagen har ett mycket brett tillämpningsområde. Skyddsobjektet för lagen är enligt Art. 1 "oeuvre de l'esprit", dvs. produkt av andligt skapande. Och av Art. 2 framgår att lagen skyddar upphovsmannens rättigheter avseende "toutes les oeuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination". I Art. 3 sker det sedan en lång uppräkning av vad som räknas som "oeuvres de l'esprit". Häribland skall nämnas "oeuvres des arts appliqués", dvs. brukskonst.

I fråga om brukskonst ställs det inte i fransk rätt något särskilt krav på verkshöjd. I Frankrike gäller sedan länge "teorin om konstens enhet". Denna princip innebär att det inte går att dra några principiella gränser mellan brukskonst, å ena sidan, och annan konst, s.k. ren konst, å den andra. Genombrottet i praxis kom i och med det år 1960 avgjorda s.k. salladsskålsfallet. Det gällde här efterbildning av en enkel salladsskål i genomskinlig plast. Den franska kassationsdomstolen framhöll att 1957 års lag skyddar alla originella former, oavsett estetisk eller konstnärlig kvalitet i övrigt.[5]

Efter salladsskålsavgörandet har praxis medgivit ytterligare en rad ordinära och praktiska produkter upphovsrättsligt skydd. Det har t.ex. gällt en resväska på hjul och ett paraply.[6]

Skyddstiden enligt 1957 års lag är 50 år efter upphovsmannens dödsår (Art. 21).

Mönsterrätt

Regler om mönsterrätt finns i "loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles", som motsvarar den svenska mönsterskyddslagen. Men dessutom finns näraliggande regler i en speciallag för skydd för mode. Sistnämnda lag skall behandlas särskilt nedan.

Tillämpningsområdet för skydd enligt 1909 års lag är - liksom vad gäller 1957 års upphovsrättslag - synnerligen vidsträckt. Den är tillämplig

> à tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle.

Det noteras att medan det för upphovsrättsligt skydd räcker med "originalitet" krävs för skydd enligt 1909 års lag "nyhet". Teoretiskt sett är upphovsrättens omfång härvid vidare än mönsterrättens, eftersom ett alster kan vara originellt utan att vara nytt.[7]

I själva verket har nyhet och originalitet i praktiken kommit att smälta samman i fransk rätt. Praxis upprätthåller inte något strängt nyhetskrav. Det krävs inte nyhet i varje detalj. En prestation åtnjuter mönsterskydd om den består av kända element som har kombinerats på ett annorlunda sätt än tidigare, och detta har inneburit en personlig ansträngning.[8] Däremot är det inte tillåtet att samtidigt tillämpa regler om patent och regler om mönsterskydd enligt 1909 års lag.[9]

Liksom upphovsrätten uppkommer mönsterrätten i Frankrike - till skillnad från vad som gäller i de flesta europeiska länder - redan i och med att prestationen kommer till. Men likafullt erbjuder 1909 års lag möjligheter till ett särskilt deponeringsförfarande. Detta medför flera fördelar. Depositionen skapar bl.a. klarhet om att prestationen har kommit till och utgör därigenom en utgångspunkt för skydd.[10]

Den franska mönsterlagen ger - i jämförelse med vad som gäller i andra länder - ett mycket långvarigt skydd, maximalt 50 år räknat från depositionen.

1909 års lag kompletteras av en särskild lag om skydd för mode: "Loi du 12 mars 1952 réprimant la contrefaçon des créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure".[11]

Skyddstiden har i 1952 års lag inte fixerats. Skyddet anses i praxis gälla så länge en modell behåller sin aktualitet och sin originalitet. I allmänhet gäller skyddet endast en kort tid. Praxis har dock medgivit att skyddet kan komma att gälla mer än en säsong.[12] I princip gäller samma villkor för skydd enligt 1952 års lag som enligt 1909 års lag. Till skillnad från vad som gäller enligt 1909 års lag innehåller 1952 års lag inga bestämmelser om deposition.

1952 års lag tycks inte komma till någon större praktisk användning. I stället utnyttjas ofta skyddet enligt 1957 års upphovsrättslag.[13]

Konkurrensrätt

De franska reglerna om illojal konkurrens är som redan inledningsvis har nämnts en skapelse av rättspraxis. Härvid har man utgått från skadeståndsreglerna i Art. 1382 och 1383 i Code civil. Art. 1382 rör dolösa handlingar och Art. 1383 culpösa. Dessa lagbestämmelser medger ersättning för allmän förmögenhetsskada utanför kontraktsrättens och straffrättens område.[14] Däremot är det uteslutet att använda straffrättsliga sanktioner och det saknas möjligheter till beslag. En speciallag om förbud att fortsätta förfaranden som utgör illojal konkurrens har strandat i brist på tillämpningsföreskrifter. Däremot kan enligt ett avgörande av Cour de cassation allmänna regler om "référé" (interimistiskt beslut i tvistemål) tilllämpas.[15]

"Concurrence déloyale"

Enligt klassisk fransk doktrin kan man urskilja tre rekvisit för att "concurrence déloyale" skall vara för handen, nämligen 1) en konkurrenssituation, 2) illojalitet, dvs. subjektiv skuld och 3) en skada. Som ett fjärde moment kan anges 4) kausalitet mellan illojaliteten och skadan.

1) Vad först gäller konkurrensförhållandet krävs att B:s konkurrerande handling riktar sig mot samma kundkrets som den mot vilken A vänder sig. Det är från B:s sida fråga om en rivaliserande aktivitet -en tävlan - där B erbjuder identiska eller liknande produkter eller tjänster.

2) Illojaliteten har beskrivits som ett överdrivet bruk av friheten att konkurrera. Vid bedömandet av vad som är lojalt resp. illojalt har man beaktat vad som är sedvänja inom affärslivet. Detta synsätt har dock kritiserats eftersom regler om illojal konkurrens bör skydda inte bara näringsidkare utan också konsumenter.[16]

Illojaliteten beskrivs som en skuld - "faute". Länge upprätthölls i praxis krav på uppsåt - "mauvaise foi" - i betydelsen avsikt att åstadkomma skada i enlighet med Art. 1382 i Code civil. Numera omfattas även vårdslösa handlingar.

3) Enligt äldre praxis har det normalt krävts att A har drabbats av en (konstaterad) skada. Enligt nyare praxis kan det dock räcka med en "eventuell skada" - "préjudice eventuel". T.o.m. "moralisk skada" -"préjudice moral" - har ansetts tillräcklig.

4) Enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler krävs ett orsakssammanhang mellan den skadegörande handlingen och skadan. Domstolarna håller dock inte särskilt hårt på ett sådant samband.[17]

Olika typer av "concurrence déloyale"

Huvudtyperna av "concurrence déloyale" är förväxling ("confusion"), misskreditering av konkurrent ("dénigrement") samt störning av ett företag eller av marknaden ("désorganisation"). Hit hör bl.a. missbruk av företagshemligheter. Här finns det anledning att gå närmare in på de olika fallen av förväxling:

1) Förväxling med annans företag. Denna punkt hänger nära samman med skyddet för varumärken eftersom varumärket och firmanamnet ofta är detsamma. - Skyddet för firma ges i fransk rätt huvudsakligen genom regler om "concurrence déloyale", grundade på Art. 1382 och 1983 Code civil.

2) Förväxling med andra kännetecken än firma. - Det rör sig här om icke inregistrerat varumärke, slogan etc.

3) "Substitution" av en produkt. - Det gäller här en innehavare av ett varumärke som avser en viss produkt, men som erbjuder en annan produkt under påstående att det rör sig om den förstnämnda produkten.

4) Imitation av ett annat företags "aspect extérieur". - Detta har i praxis bl.a. rört utnyttjande av uniformer som ett annat företag använt för sina anställda.

5) Slavisk efterbildning ("copie servile" eller "imitation servile") av en produkt. - Denna punkt, som för utredningen är central, behandlas närmare nedan.

6) Imitation av reklam. - Reklam som utgör originalprestation skyddas som sådan av upphovs- och mönsterlagstiftningen. Härvid skyddas dock inte idéerna bakom en viss marknadsföringsåtgärd, endast utförandet. Men om den efterbildade marknadsföringen åstadkommer risk för förväxling hos köparen och om de metoder som det gäller inte är alltför banala, kan förfarandet beivras som "concurrence déloyale". Praxis har här varit särskilt sträng då imitationen har utförts av en f.d. arbetstagare hos det företag vars metoder har imiterats.[18]

"Concurrence parasitaire" och "agissements parasitaires"

Det gäller här förfaranden som anses vara oacceptabla fastän de inte passar in under "concurrence déloyale" i klassisk mening. I litteraturen anges att det är fråga om att någon lever som en parasit bakom en annans rygg. Han "skördar där han inte har sått". Vid "concurrence parasitaire" är det fråga om en handling som syftar till att härma en annans prestation, varvid imitatören vänder sig till samma krets av konsumenter som den andre. Vid "agissements parasitaires" gäller det däremot att någon drar nytta av annans renommé, men utan att han vänder sig med samma typ av produkter etc. till samma kundkrets. I detta fall är det alltså inte fråga om något konkurrensförhållande.[19]

Medan det vid "concurrence déloyale" i princip krävs skuld - "faute" - är detta inte ett nödvändigt rekvisit för att "concurrence parasitaire" eller "agissements parasitaires" skall anses vara för handen. I de senare fallen kan det räcka med att det konstateras att det har uppstått en skada.[20]

För utredningen är det "concurrence parasitaire" som är av intresse. Under denna kategori har bl.a. hänförts rättsfiguren "imitation servile" eller "copie servile".

"Imitation servile"

Utgångspunkten är klar: Efterbildningsfrihet gäller i det fall en prestation inte skyddas av en speciallag. Men utvecklingen har gått långt ifrån denna principiella ståndpunkt. De franska domstolarna intar numera en sträng attityd mot efterbildningar.[21]

Det framgår i vart fall av tidigare praxis, att det inte räcker med bara slavisk efterbildning för att en efterbildning skall anses otillbörlig. Det krävs något ytterligare. Detta kan vara förekomsten av andra handlingar som är otillbörliga, och som kan skiljas från efterbildningen som sådan. Det kan t.ex. gälla missbruk av företagshemlighet eller misskredi-

tering av en konkurrent.[22] Men det kan också röra sig om att efterbildningen har ägt rum under vissa speciella omständigheter. Ofta bedömer franska domstolar efterbildningen som otillbörlig då det föreligger förväxlingsrisk.[23]

Frågan om förväxlingsrisk hänger samman med den imiterade produktens särskiljningsförmåga. Det problemet berörs dock inte i någon högre grad i de franska domar som finns refererade.[24]

Förväxlingsrisk är alltså ett viktigt kriterium vid bedömandet av om en efterbildning skall betraktas som "concurrence déloyale". Det anses dock inte riktigt att förklara slavisk efterbildning illojal så snart det finns den minsta förväxlingsrisk. Domstolarna beivrar inte slavisk efterbildning i andra fall än då det föreligger särskilt kvalificerad risk för förväxling. Men denna kan också bestå i konstaterandet av att gärningsmannen har för avsikt att åstadkomma förväxling.[25]

Förväxlingsrisken relateras i praxis till den större eller mindre likheten mellan original och kopia. Det är dock inte så enkelt att en mycket stor likhet utan vidare anses konstituera förväxlingsrisk. Men likheten i förening med därmed sammanhängande förväxlingsrisk kan utgöra ett indicium på att plagiatören har använt sig av originalprodukten på ett klandervärt sätt.[26]

Annorlunda är det dock om det gäller en absolut exakt avbildning. I doktrinen används termerna "surmoulage" och "décalquage" för sådan avbildning i tre resp. två dimensioner. Sådana avbildningar anses sedan lång tid tillbaka alltid som "concurrence déloyale". Här är det förutom den förhöjda förväxlingsrisken själva metoden för avbildningen som anses göra förfarandet otillbörligt.[27]

Bilden är dock splittrad. Det finns sålunda en del avgöranden som eventuellt tyder på att slavisk efterbildning betraktas som i sig otillbörlig.
Så har Cour de cassation år 1960 uttalat att reglerna om "concurrence déloyale" tjänar som skydd för den som inte kan stödja sig på en ensamrätt ("à la protection de celui qui ne pouvait se prévaloir d'un droit privatif").[28] Och i ett avgörande från år 1975 av Cour de Paris anges att plagiatören har sparat in de utvecklings- och marknadsföringskostnader som belastat originaltillverkaren. Därigenom har plagiatören fått möjligheten att ta över originaltillverkarens kunder.[29]

En viktig fråga gäller efterbildning av tekniska eller funktionella element. Praxis ger även här motstridande besked. I några fall har slavisk efterbildning betraktats som "concurrence déloyale" även om det rört sig om efterbildning av funktionella element. I de flesta avgöranden har det dock inte ansetts illojalt att utforma en produkt på ett likartat sätt som en annan produkt, när detta är befogat med hänsyn till produktens funktion.[30]

Vad som i subjektivt hänseende fordras vid "concurrence déloyale" och "concurrence parasitaire" har angivits ovan. Vad just gäller slavisk

efterbildning torde domstolarna inte ställa ett oeftergivligt krav på ond tro - "mauvaise foi" - i betydelsen uppsåt för att efterbildningen skall beivras. Det synes räcka med en medveten culpa genom att gärningsmannen inte har sökt att undvika en trolig förväxlingsfara. Däremot har, som redan antytts ovan, avsikt att åstadkomma förväxling betraktats som en försvårande omständighet som gör en efterbildning otillbörlig.[31]

---

1 Marianne Levin s. 99 och 119.
2 Saint-Gal s. W4.
3 Bernitz s. 430 ff.
4 Marianne Levin s. 101, Koktvedgaard, Retsbeskyttelse s. 29.
5 Marianne Levin s. 112 ff, Koktvedgaard s. 29.
6 Marianne Levin s. 114.
7 A.a. s. 106.
8 Chavanne-Burst s. 297, Marianne Levin s. 106 f och 264.
9 Chavanne-Burst s. 294.
10 Se vidare Marianne Levin s. 105.
11 Se beträffande skyddet för mode, Marianne Levin, Modeprodukter s. 14 ff.
12 Greffe s. 237 ff, Marianne Levin a.a. s. 21 f.
13 A.a. s. 22
14 Bernitz s. 431.
15 Saint-Gal s. W12 f.
16 Jfr Marianne Levin s. 120 och 123 f.
17 Saint-Gal s. W6 f.
18 A.a. s. W8 ff.
19 A.a. s. W18 f. Jfr densamme, Concurrence et agissements parasitaires s. 133 ff och Dutoit s. 154 f samt Marianne Levin s. 127.
20 Saint-Gal s. W19.
21 Krasser s. 251, Perret s. 10, Marianne Levin s. 123.
22 Krasser s. 250 och 256.
23 A.a. s. 251 ff.
24 Perret s. 10.
25 Dutoit s. 159.
26 Krasser s. 253. Jfr Marianne Levin s. 125.
27 Krasser s. 253 f, Marianne Levin a. st. Jfr Dutoit s. 160 som här talar om "reprise directe de prestation" (unmittelbare Leistungsübernahme).
28 Perret s. 11, Krasser s. 250 f.
29 Perret s. 11.
30 Krasser s. 255. Jfr a.a. s. 249. Marianne Levin s. 124 ff.
31 A.a. s. 125 f.

5 FAKTA OM EFTERBILDNING

5.1 Inledning

För att underlätta en bedömning av lagstiftningsbehovet och den närmare utformningen av eventuella regler mot efterbildning har utredningen samlat in faktiska uppgifter från olika håll. Vi har främst intresserat oss för förekomsten av produkt- och förpackningsplagiat inom Sverige och då särskilt koncentrerat oss på efterbildningar som kan sakna immaterialrättsligt skydd. Utredningen har inte funnit en systematisk fältundersökning vara lämplig, eftersom en sådan dels skulle möta metodiska svårigheter, dels skulle vara alltför tids- och kostnadskrävande i förhållande till den ytterligare information som man skulle kunna få fram.

Vi har alltså valt att ställa samman den information som nått oss på olika vägar. Dessutom har utredningen aktivt bedrivit insamling av uppgifter genom att kalla till möten ("hearings") med representanter för svenskt näringsliv och där ställa frågor enligt ett särskilt formulär. Frågorna har bl.a. avsett typ och utredning av produktefterbildningar samt åtgärder vid sådana efterbildningar och de effekter som efterbildandet haft. Vid sammanträffandena har bl.a. deltagit representanter för verkstadsindustri, elektrisk industri, kemisk industri, textil- och läderindustri, bilindustri samt glasindustri. Vi har vidare fått tillgång till efterbildningsfall ur konsumentverkets datalagda register över anmälningar.

Härutöver har vi utnyttjat en av Marianne Levin utförd undersökning av efterbildningsproblem inom dagligvarusektorn (1985) samt rapporter från fältstudier utförda av studenter vid Lunds universitet (1984).

Av utländskt material kan särskilt nämnas svaren från en OECD-enkät (1985) omfattande tolv medlemsländer samt rapporten The effects of foreign product counterfeiting on U.S. industry.[1]

Till detta material kommer så vad vi inhämtat vid svenska och internationella kurser och kongresser såsom Plagiat 81, Formskydd 85, kongresser anordnade av International Chamber of Commerce (ICC) i Paris 1983 och Düsseldorf 1984 m.fl. samt vid studiebesök i USA 1982, där dock huvudintresset ägnades företagshemligheter.

Givetvis har såväl refererade rättsfall som uppgifter i litteraturen kunnat användas för ytterligare faktainformation.

I det följande ges en översikt ur i huvudsak svenskt perspektiv över den efterbildningsverksamhet som vi kunnat belägga på varu- resp. förpackningsområdet. Även uppgifter om efterbildning av reklam redovisas.

Som framgår av det presenterade materialet domineras den internationella plagiathandeln av piratvaror där även varumärket efterbildats. På den svenska marknaden gäller problemen ofta i stället efterbildning utan samband med varumärkesintrång.

5.2 Den internationella situationen

Efterbildningar av varumärken och märkesvaror är inget nytt. Sådant förekom redan i slutet av 1800-talet. Intrång i upphovsrättigheter och patent har förekommit så länge det har existerat en lagstiftning på dessa områden. I dag är förhållandena dock klart annorlunda. Närgångna efterbildningar av allehanda slag utgör nu ett internationellt problem av rang. För bara tio år sedan var förfalskningar av immaterialrättsalster något ganska sällsynt. Utsatta var framför allt vissa välkända lyxbetonade och modeledande produkter.

Tidigare handlade efterbildningarna främst om en anpassning till rådande moden och trender. Det var betydligt ovanligare att förebilden togs över helt slaviskt, inklusive varumärke, emballage, etiketter etc. Syftet var också tidigare i mindre utsträckning än nu att vilseleda konsumenterna om att efterbildningen var originalet eller var lika bra som detta. Det handlade mer om att erbjuda billigare substitut än att marknadsföra förfalskningar.

Enligt en undersökning som gjorts inom den Europeiska Gemenskapen (EG), har produkter med "counterfeit trademarks" (förfalskade/olagligt applicerade varumärken) identifierats i 59 länder. Sverige har inte nämnts men däremot Danmark, Finland och Norge.[2]

> De branscher som omfattas kan sägas gå från A till Ö. Avslöjandena rör bl.a. reservdelar till flygplan och bilar, glas och porslin, textil och skor, datorer och datakomponenter, kosmetik och toalettartiklar, tvättmedel, elektrisk utrustning, svamp- och insektsmedel, nappflaskor, lädervaror, cigarettändare, belysningsartiklar, lås, resväskor, maskindelar och verktyg, medicinsk utrustning och läkemedel, motorolja och bromsvätska, diverse livsmedelsprodukter som spagetti och kex, grammofonskivor och kassetter, film, sportvaror, tobak, filter, viner och andra alkoholhaltiga drycker samt öppna spisar.[3]

Bland de uppräknade varuområdena finns sådana där förfalskningarna har varit livshotande eller farliga. Ett exempel är marknadsföringen av en blandning av vissa vegetabiliska ämnen och talkpuder under ett välkänt antibiotika-märke.

Beräkningar av de ekonomiska verkningarna av counterfeiting har gjorts. Den europeiska bilindustrin har beräknat att försäljningen av falskmärkta reservdelar motsvarar cirka 6 000 årsarbeten. Motsvarande uppskattning för USA torde vara 14 000 årsarbeten. Sammanlagt har beräknats att 131 000 arbetstillfällen i USA gick förlorade 1982 i de mest utsatta branscherna på grund av utländsk "counterfeiting".[4]

I Schweiz har man gjort beräkningar som tyder på att tio miljoner förfalskade klockor säljs årligen. Det motsvarar en försäljningsvolym av cirka 500 miljoner US dollar.[5]

I USA tog tullmyndigheterna 1984 i beslag varor som betecknades som "counterfeits" till ett värde av över 25 miljoner US dollar. Under första halvåret 1985 uppgick det beslagtagna godset till ett värde av 15,5 miljoner US dollar. Beslagen avsåg främst leksaker, textilvaror, klockor och datautrustning.[6]

Vad nu sagts är bara några exempel på de uppgifter som lämnas i rapporter m.m. om omfattningen av "counterfeiting" och "piracy". Pirathandeln anses enligt vissa källor uppgå till över 10 procent av världshandeln. Siffran är naturligtvis svår att bestämma av många orsaker, främst kanske av att åtskilligt aldrig avslöjas.[7]

Ett av problemen med dagens närgångna efterbildningar är att de är svåra att upptäcka, i den mån de inte säljs öppet som just efterbildningar. Piratvaror avslöjas ofta genom att priset på förfalskningen påtagligt understiger originalvarans. En annan orsak kan vara att en konsument vänder sig till originaltillverkaren eller den rättmätige importören med klagomål varvid det upptäcks att den produkt han köpt inte är originalvaran. Allt eftersom medvetenheten om den illojala kopieringen har ökat, har speciella "spioner" engagerats för att avslöja pirattillverkare och spåra falska produkter på marknaden. Interpol har numera piratverksamhet i sitt register.[8]

5.3 Varuefterbildning - varor för privat bruk

Textil- och lädervaror

Inom textil- och lädersektorn är kopiering av konkurrenters produkter utomordentligt vanlig. Företag inom denna bransch lämnar nästan genomgående beskedet att det råder ett allas krig mot alla och många har tydligen resignerat inför den kopiering som förekommer. Vissa företagare säger t.o.m. att de skulle bli oroliga om företagets produkter inte blev kopierade. Utebliven kopiering kunde nämligen tyda på att man var inne på fel linje och inte längre levde upp till kundkretsens värderingar.

Kopieringen torde vara mest intensiv när det gäller rena *modevaror*, som har en mycket snabb omsättningshastighet. Modeplagg marknadsförs i stora kollektioner, men det är kanske bara tre-fyra plagg som blir bästsäljare. Det är dessa plagg som väljs ut av efterbildarna eftersom det är här som det finns pengar att tjäna. Det är inte bara utseendet utan också funktionen - exempelvis ventilering av sportplagg - som efterbildas.

Bland *stapelvaror*, som omfattar kläder av konventionell typ med längre livslängd, och när det gäller arbetskläder, som normalt har den längsta livslängden, är kopiering inte lika vanligt och lika accepterat.

Efterbildningar av kläder är inte alltid närgångna. Färg och form kan vara lika men mönster, placering av fickor etc. kan avvika något.

Som exempel kan nämnas en grön *sportjacka* av märket Tenson som nära efterbildats av en konkurrent. Efterbildningen skiljer sig enbart i små detaljer som färgnyans, muddarnas stickning och fastsättningen av en hank. Varumärket Young star har mycket diskret anbragts i stället för "Tenson".

Från Svenska Skofabrikantföreningens sida har man observerat ett antal fall av plagiering. *Kvalitetsskon Aristokrat* har under namnet Senator nära efterbildats av en tjeckisk tillverkare. Texten i plagiatskon återger bl.a. varumärket och beteckningen Svensk design men markerar att det rör sig om import. Kopian är lik originalet - sålunda är sulmönstret exakt kopierat - men kvalitets-och prisskillnaderna är väsentliga. Även en annan Aristokrat-sko har efterbildats av en tjeckisk tillverkare. Vidare har en tjeckisk firma framställt en *stövel* med utgångspunkt från två varandra närliggande original som designats av en svensk formgivare. I ett annat fall lär en skyddsstövel av svensk tillverkning ha blivit exakt efterbildad.

Det förekommer, när det gäller kläder och skor, att efterbildningarna öppet marknadsförs som sådana. Som exempel kan nämnas de s.k. Himalajajackorna av märket Tenson, som efterbildades av en konkurrent och såldes som "Tenson-kopior". Ett sådant förfarande kan för övrigt angripas som varumärkesintrång. Något liknande inträffade med den originellt formgivna Ecco-skon. Produkten efterbildades av en konkurrent och såldes under beteckningen "den perfekta kopian".

Trots den rika förekomsten av efterbildningar på området är det få fall då företagare försökt ingripa med stöd av MFL. I fallet MD 1972:10 (Catalina) förbjöds en företagare att använda sig av ett *visst mönster i fodret på en jacka*, då detta kunde vilseleda om det kommersiella ursprunget. Till konsumentverket anmäldes 1974-11-18 efterbildning av en *behå* (Sköna krysset x-et från Triumph). Vilseledande om kommersiellt ursprung ifrågasattes. 1977-04-18 anmäldes efterbildning av *arbetshandskar*. Förväxlingsrisk ansågs föreligga. Slutligen kan noteras att ingripande skett med stöd av varumärkeslagen mot falska Lacoste-tröjor.

Möbler, glas och keramik

Även på *möbelmarknaden* förekommer gott om efterbildningar. I Marianne Levins enkät om mönsterskydd förklarade sig 45 av 54 tillfrågade företag ha blivit plagierade.[9] Vid en fältundersökning av studenter uppgav sex av tio företag att de utsatts för efterbildning.

Det är i huvudsak möbler med ny formgivning och hög omsättning som blir plagierade. Efterbildningarna är av två slag, dels sådana som utgör närgångna imitationer och eventuellt kan förväxlas med originalprodukten, dels sådana som öppet säljs som kopior. Det förekommer företag som systematiskt använder sig av öppen imitation och låga priser som säljargument.

Det finns ett visst missnöje inom möbelbranschen med den stora utbredning som kopieringen fått. Man pekar på följderna av det ohämmade kopierande som kännetecknar textil- och lädersektorn. Vidare har möbelproducenterna

särskilda svårigheter att skydda sig mot efterbildningar eftersom endast få företag använder varumärken som uppnått skydd enligt varumärkeslagens regler.

Svenska Möbelindustriförbundet har från den 1 januari 1985 inrättat en plagiatnämnd. Den skall uttala sig om otillbörlighet och handlande i strid med god affärssed när det gäller efterbildningar inom branschen som anmäls till nämnden. Avsikten med nämndens verksamhet är att förhindra en fortsatt utbredning av efterbildningsverksamheten i branschen. Dessutom ger förfarandet vid nämnden en möjlighet att snabbt få rättelse till stånd vid oavsiktliga övertramp.[10]

Det finns flera exempel på att plagiat av möbler förts till prövning av domstol eller opinionsnämnd. Det har emellertid då rört sig om åberopande av upphovsrättsligt skydd för brukskonst. Jämför ovan under avsnitt 3.2.2.

Det enda fall med anknytning till möbelbranschen som marknadsdomstolen har prövat är MD 1976:11 (Kevi). En slavisk efterbildning av *länkrullar* ansågs inte strida mot 2 § MFL. - Till konsumentverket har 1975-04-23 och 1975-09-24 anmälts efterbildning av *trädgårdsstolar*.

Glas- och keramikindustrin hör till dem som är svårast utsatta för utländska plagiat. Som exempel kan nämnas plagiat av särpräglat utformade blomkrukor som formgivits i Sverige. Kopiorna tillverkades utomlands av sämre material och såldes för halva priset.[11]

Tillverkare av kvalitetsglas och kvalitetsporslin har uttryckt bekymmer över de efterbildningar som förekommer på den svenska marknaden. Ofta sker försäljningen under öppet angivande av att det rör sig om mer eller mindre nära efterbildade produkter.

Från Svenska Glasbruksföreningens sida menar man emellertid att de största problemen ligger på exportmarknaden. Vid ett flertal tillfällen har svenska *ljushållare* efterbildats. Sålunda har bl.a. ett österrikiskt resp. ett italienskt företag efterbildat svensktillverkade sådana. Särskilt den ena av dessa ljushållare hade varit en stor exportartikel. Vidare har ett franskt företag på den franska marknaden introducerat en maskingjord kopia av ett handgjort svenskt originalglas. Ett svenskt glasbruk vägrade leverera *i glas inetsade djurfigurer* till ett engelskt postorderföretag. Postorderföretaget satte då i gång tillverkning och försäljning av plagiatprodukter. Samtliga nu nämnda efterbildningar har sålts i det kopierande företagets namn. Är detta tydligt angivet minskas ju risken för förväxling av kommersiellt ursprung.

Några exempel på immaterialrättslig eller konkurrensrättslig prövning vid domstol eller opinionsnämnd av glas- eller keramikalster har vi inte funnit. Representanter för glasindustrin har förklarat att man söker lösa plagiatproblemen på informell väg, bl.a. genom diplomatiska påtryckningar.[12]

Från konsumentverket föreligger en anmälan 1977-04-28 angående efterbildning av *glasflaskor i träställ* innehållande essenser för kryddning av brännvin.

Ur, smycken, leksaker och sportvaror

Ur av kända märken är ofta föremål för efterbildning. Även varumärket brukar förfalskas. I vilken utsträckning efterbildningar av klockor förekommer i Sverige är inte bekant. Plagiat av märkesur har i stor utsträckning förekommit i USA.

Några efterbildningar av smycken kan vi inte belägga. Däremot finns belagt efterbildning av flera *prydnadsskålar* i metall och glas ur samma serie ingående i det varusortiment som säljs i juvelerarbutiker.

Efterbildningar av leksaker har förekommit i flera fall. De mera kända rör efterbildning av Legoklotsar, av Rubiks kub och av s.k. kålungedockor.

Plagiat av *Rubiks kub* har varit under bedömning i flera länder. Till konsumentverket anmäldes efterbildning av denna leksak 1981-06-22. Plagiat av *kålungedockor* har prövats av den finska marknadsdomstolen samt av Svensk Forms Opinionsnämnd (yttrande den 9 april 1984, nr 133). Plagiat av *Legoklotsar* har medfört skadestånd enligt varumärkeslagen vid prövning i hovrätt (Hovrätten för Västra Sverige, avd. 4, dom 1986-05-12, DT 18).

Till konsumentverket har 1982-11-01 anmälts plagiat av ett *spel*. Verket har 1974-08-26 och 1981-12-17 också tagit emot anmälningar om efterbildning av ett s.k. *änglaspel*, en prydnadsljustake med snurrande delar, samt 1983-06-28 en anmälan om efterbildning av en *prydnadsdocka*, Drottning Omma.

Till de sportvaror som ofta plagieras hör modeartiklar av typ sportkläder och sportskor. Även sportredskap kan efterbildas. Marknadsdomstolen har sålunda i fallet MD 1983:23 (Prince Pro) prövat en efterbildning av en *tennisracket*.

Läkemedel, kemiska artiklar

Läkemedel är patentskyddade och skyddet är i regel effektivt. Efterbildningar uppträder därför först efter patenttidens utgång. Med hänsyn till den långa tiden för utveckling av nya läkemedel anses patenttiden vara i kortaste laget.

Utländska företag har efterbildat läkemedel tillverkade i Sverige. Här kan nämnas ett helt overksamt läkemedel som förpackats så att det kunde förväxlas med ett svenskt *astmapreparat*.

I USA förekommer att preparat t.ex. i tablettform efterbildas till form och utseende. Sådana efterbildningar anses ha medfört onödiga sjukdomsfall och dödsfall i vissa u-länder.[13]

Någon efterbildning av kemiska artiklar i övrigt har vi inte stött på. Däremot har förpackningar till exempelvis rengöringsmedel efterbildats. Se härom nedan.

Hushållsartiklar m.m.

Diverse artiklar som används i privata hushåll har utsatts för efterbildning. Det mest kända exemplet gäller *Fiskars-saxen* (MD 1977:25). Originaltillverkaren har underställt efterbildningar av saxen prövning vid domstolar i ett ansenligt antal länder, bl.a. i Danmark, Österrike och Sverige.

Ett annat exempel gäller Scotch-Brite *rengöringssvampar*. Mycket närgångna efterbildningar har förväxlats i butiksledet.[14]

Ett sortiment av *väggpluggar* i olika färger har - enligt uppgift från företrädare för näringslivet - efterbildats. Plagieringen gällde inte bara pluggarnas form utan också den färgsättning, som gav besked om pluggarnas olika användningsområden. Jämför även nedan angående vägguttag. Ett liknande plagiatfall har avsett *plastrullar för sytråd*. De efterbildade rullarna hade tillverkats med hjälp av det ursprungliga verktyget, som hade kommit på avvägar.

Till konsumentverket anmäldes 1977-01-24 efterbildning av vissa *målarverktyg*, nämligen rollerhandtag, elementroller, rollertråg, planstrykare, plafondpensel och tråginsats. Eventuellt rör det sig här om en sammanhållen sats med målarutrustning som efterbildats i sin helhet. Till myndigheten har vidare 1979-11-05 anmälts efterbildning av en *korkskruv*.

Även *telefonapparater* har varit föremål för efterbildning. Det har då rört sig om i Taiwan tillverkade apparater som kopierats efter svensk förebild. Varumärket har varit den utländske tillverkarens.

Bilar och båtar

Motor- och segelbåtar av plastmaterial tycks ofta vara föremål för efterbildningar på det sättet att skrovet gjuts av och den sålunda framställda formen används för nytillverkning. Bl.a. i tysk, dansk och finsk rätt har sådana förfaranden resulterat i domstolstvister. Även i Sverige har sådan avgjutning förekommit. I det fallet var det endast det specialutformade *plastskrovet* som blev föremål för efterbildning genom avgjutning. Däcket och övrig utrustning avvek från originalet. - Från utredningens hearingar med näringslivet antecknas vidare ett fall där en *båtpropeller* blivit föremål för avgjutning.

Bilar är komplicerade produkter som inte är aktuella för efterbildning. Den plagieringsverksamhet som förekommer inom branschen inriktar sig i stället på reservdelar. Mest attraktiva för efterbildning är kosmetiska tillbehör såsom särskilt påkostade *rattar, fälgar* eller *lyktor*.
Andra kategorier av biltillbehör som är lockande att efterbilda är delar

som snabbt förslits och måste bytas ut, typ *avgassystem*. Problemet med reservdelar som inte är original - piratdelar - är att de liknar originalprodukterna men inte alltid håller samma kvalitet. Det förekommer att piratdelarna marknadsförs på ett sätt som ger sken av att de är originaldelar. Ibland nöjer man sig med att antyda, att delarna håller samma kvalitet som originaldelar, exempelvis genom att ange att delen passar till en viss bil.

Inom branschen arbetar man i viss utsträckning med varumärkes- och mönsterskydd för att skydda originaldelar och originaltillbehör till bilar mot efterbildning.

Några rättstvister om efterbildning av bildelar finns inte i utredningens material. Dock kan från konsumentverkets diarier nämnas två anmälningar rörande efterbildning av *bilhögtalare*.

5.4 Varuefterbildning - varor för företagsbruk

Uppgifterna om efterbildade maskiner och maskindelar avser främst utlandet. Bikoff uppger t.ex. att man år 1978 i USA upptäckte efterbildade reservdelar av dålig kvalitet bland den utrustning som skulle användas i vissa krigsflygplan och missilsystem. Även delar till militära helikoptrar nämns. Dessa piratdelar hade förfalskade identifieringsnummer och åtföljdes inte av nödvändig information om värmetålighet och genomgångna tester.[15]

Även på svensk marknad har emellertid efterbildningar förekommit. Inom *databranschen* förekommer efterbildningar både av hårdvaran, själva maskinerna och maskinelementen, samt mjukvaran, dvs. programmen. De största efterbildningsproblemen gäller mjukvaran, men också hårdvaran är utsatt. Många små företag lever t.ex. på att tillverka utrustning som passar till det amerikanska företaget IBM:s produkter. Att utomstående tillverkare väljer ut och efterbildar lättillverkade komponenter ur andra företags system och säljer dem till låga priser ses inte med blida ögon av originaltillverkarna. Förfarandet kallas ibland russin-ur-kakan-metoden. Se härom vidare avsnitt 7.6 nedan.

Ett närliggande förfarande är efterbildning av reservdelar. Ett exempel kan nämnas. Till en *mjölkningsmaskin* hör bland andra förbrukningsartiklar s.k. *spengummin*. En pirattillverkare har framställt spengummin till en viss maskintyp, märkt dem med eget varumärke och en upplysning om till vilken maskin den passar. Även originaltillverkarens tillverkningsnummer har angivits. Originaltillverkaren, som låtit ett högt pris på förbrukningsdetaljerna kompensera ett lågt maskinpris, var klart besvärad över pirattillverkarens inhopp.

Grävmaskinföretag utsätts också för en omfattande konkurrens från pirattillverkare av slitdelar till maskinerna. Piratdelarna är inte exakt lika originaldelarna och har därför sämre funktionsförmåga. Förekomsten av piratdelar uppfattas av många företagare som en naturlig företeelse på marknaden. I den mån originaltillverkarna bekämpar förfarandet är det med

kvantitetsrabatter, bonussystem och andra åtgärder för att göra kunderna mera köptrogna.

Ett företag som tillverkar *elektrisk utrustning* har utsatts för efterbildning av en serie *vägguttag*. Efterbildaren har slaviskt kopierat uttaget men använt sitt eget varumärke. Originaltillverkaren lyckades så småningom stoppa pirattillverkaren med mönsterskyddslagens hjälp. - En annan efterbildning från samma område har gällt *reläer*. Produkterna var i de närmaste identiska till färg och form. Endast varumärket och - till ringa del - färgsättningen skilde produkterna åt.

En tillverkare har i sitt produktsortiment *snörlås, bandlås och snäpplås* för konfektions- och väskindustrin. Låsen tillverkas i plast och kräver betydande utvecklingsarbete. Så snart företagets produkter av detta slag kommer ut på marknaden efterbildas de av pirattillverkare och säljs till konkurrenskraftiga priser. T.ex. har ett snäpplås efterbildats in i minsta detalj av en svensk tillverkare. På vissa detaljer har t.o.m. originalets varumärke återgivits.

Exempel på efterbildning finns också när det gäller *sjukhusutrustning*. Ett svenskt företag har sålunda råkat ut för efterbildning av engångsartiklar för sjukhusbruk som t.ex. *katetrar*. Bikoff nämner att en tillverkare i USA låtit återkalla ett stort antal levererade *hjärtpumpar*, vilka antogs innehålla efterbildade komponenter som kunde äventyra driftssäkerheten.[16]

En del slaviska efterbildningar av produkter som främst har näringsidkarintresse har anmälts till konsumentverket. Sålunda anmäldes 1973-08-13 slavisk efterbildning av en *vattenringpump*. Pumpen ansågs förväxlingsbar med originaltillverkarens. Dessutom ifrågasattes varumärkesintrång. I en anmälan från 1973-06-04 påtalas plagiat av *betupptagare och blastare*. Slutligen anmäldes 1980-12-11 efterbildning av ett *verktygsbälte*.

Efterbildning av maskiner, maskinutrustning etc. har av allt att döma sällan blivit föremål för prövning som avsett otillbörlig efterbildning eller illojal konkurrens. En del fall finns angående obehörig användning av teknisk förebild enligt 3 § andra stycket IKL.[17] Prövning enligt MFL har skett i fallet MD 1981:2 (Conex).

5.5 Förpackningsefterbildning

Inledning

I flera av svaren på den ovan nämnda OECD-enkäten anges att livsmedel är föremål för efterbildning. Detta gäller rimligen inte råvarorna eller själva produkterna utan främst de förpackningar som livsmedel distribueras och säljs i. I och med att snabbköpsförsäljning med utställda varor blivit så dominerande blir också varans utformning eller förpackning av särskild betydelse som lockmedel för kunderna. Det nu sagda gäller inte bara födoämnen utan dagligvaror över huvud taget.

Mat och dryck

Flera imitationer av förpackningar avser livsmedel av olika slag. Marianne Levin redovisar således efterbildning av färg och dekor på en *senapstub*, efterbildning av *kex- och kexförpackning* (digestive-kex), efterbildning av förpackning för *ris* (Uncle Ben's) samt av förpackning för *korv*.[18]

I marknadsdomstolen har behandlats frågor rörande efterbildning av *ättiksyreflaskor* (MD 1985:5) samt efterbildning av amerikansk dekor på *ölburkar* (MD 1983:22). Efterbildning av ölburkar av tyskt ursprung har anmälts till konsumentverket 1980-06-19.

Vissa av de klagomål på efterbildade förpackningar som kommit in till konsumentverket avser just livsmedelsförpackningar. Två anmälningar, 1974-05-29 och 1984-09-11, gällde *youghurtförpackningar* som påstods ha efterbildats så att förväxlingsrisk förelåg. En anmälan från 1981-11-05 avsåg efterbildning av dekor på *margarinförpackningar*. 1976-06-24 gjordes en motsvarande anmälan som gällde förpackningar för makaroner. Risk för förväxling påstods föreligga.

Förpackningar av djurmat har också varit aktuella i efterbildningssammanhang. Sålunda har marknadsdomstolen i fallet MD 1977:28 avgjort ett ärende rörande efterbildning av förpackningar för *hundfoder*. Till konsumentverket anmäldes 1983-04-05 att förväxlingsrisk förelåg mellan förpackningarna för "*majsgroddolja för djur*" resp. "äkta vetegroddolja". Marianne Levin anger ett fall där förpackning och förpackningstext på *kattmat* nära efterbildats.[19]

Tobak och konfekt

Förpackningarna torde spela mycket stor roll när det gäller varor som ofta köps på impuls. Hit hör sådant som godsaker och kanske också tobaksvaror.

Vad gäller tobaksvaror noteras främst att marknadsdomstolen i fallet MD 1976:19 bedömde frågan om risk för förväxling mellan två snarlika *cigarettförpackningar*. Beträffande konfekt och choklad finns en anmälan 1981-02-19 till konsumentverket avseende efterbildning av förpackning till *kokosbollar och chokladbollar*. 1984 anmäldes en förpackning för *lakritskonfekt*. Det påstods vara risk för förväxling med Basset's motsvarande förpackning.

I Marianne Levins undersökning anförs ett par andra fall. Ett av dem gäller en förpackning för *halsdrops* som efterbildats till färg, utseende och delvis också text. Förpackningarna var inte helt överensstämmande men gav samma minnesbild, varför risk för förväxling beträffande kommersiellt ursprung torde ha förelegat.[20]

Av principiellt intresse är utformningen av förpackningar för *chokladkakor*. Det har där förekommit att konkurrenter närmat sig den marknadsledande fabrikanten genom att använda likartade färger och likartad dekor

för motsvarande typer av choklad. I något fall har likheten blivit så stor att det kan sägas föreligga risk för förväxling av kommersiellt ursprung.[21]

Rengöringsmedel m.m.

Här märks två kända fall från marknadsdomstolens praxis, nämligen efterbildning av en flaska för *blomgödning* MD 1974:5 (Blomin) och efterbildning av en flaska för *rengöringsmedel* MD 1983:3 (Ajax). Från Marianne Levins undersökning noteras efterbildning av ett *fönsterputsmedel*. Det var inte bara förpackningen som fått en likartad utformning utan det fanns också överensstämmelser i annonseringen.[22] Vidare kan i detta sammanhang nämnas ett efterliknande av förpackning m.m. till ett välkänt *möbelpolish*.[23]

Här antecknas från konsumentverkets diarium en anmälan 1976-05-17 rörande efterbildning av en *förpackning för flytande tvål*. Marianne Levin anför därutöver att en viss *deodorantförpackning* (Rexona) nära efterbildats av en konkurrent.[24]

Vidare nämner Marianne Levin den systematiska typ av efterbildning som sker beträffande *blöjor*, *dambindor* och *tamponger*. Här har en konkurrent systematiskt tagit över såväl de relativt enkla produkterna som förpackningsutstyrsel och andra drag i originaltillverkarens marknadsföring. Risk för förväxling beträffande kommersiellt ursprung har dock inte förelegat.[25]

När det gäller *läkemedelsförpackningar* finns en uppgift rörande en japansktillverkad efterbildning av en sådan förpackning. Förpackningen var till en början försedd med en särskiljande remsa, som dock revs av innan patienten fick produkten i sin hand. Utan remsa var förpackningen identisk med en annan tillverkares.

5.6 Efterbildning av reklam

Som framgått av framställningen ovan kombineras ofta produktimitationen med ett efterliknande av andra drag i marknadsföringen. Det händer alltså att bilder eller figurer som används i annonser eller liknande information plagieras på samma sätt som produkterna.

Ur Marianne Levins material beträffande förpackningar kan nämnas en *pojkfigur* som förekom i samband med en efterbildad korvförpackning. Vidare en *kvinnofigur* i rörelse med blont hår som förekom i samband med marknadsföringen av tamponger och sanitetsbindor.[26] Från konsumentverkets diarium kan nämnas anmälan 1979-11-23 angående efterbildning av flisaggregat och *broschyrmaterial*.

Efterbildning av reklam kan också förekomma isolerat. I fallet NOp 1223/67 hade vid reklam för ett bastuaggregat en tillverkares *reklambild* delvis efterliknats. Layout, färger m.m. överensstämde och gav ett närliggande helhetsintryck. Ännu större likhet fanns mellan två *broschyrer*

från säljare av samlarporslin, som utredningen fått ta del av. En efterbildning av layout har anmälts till konsumentverket 1973-10-16. En *folder* hade givits samma layout som en telefonkatalog.

Från 1974-04-17 antecknas en anmälan om efterbildning av en annonsbroschyr och 1974-11-08 efterbildning av en *rabattcheck* som fästs på bilruta. En påstådd efterbildning av *reklammaterial för ett bantningspreparat* anmäldes till konsumentverket 1979-06-11. Efterbildning av illustrationer från en *reklambroschyr för redskap* har påtalats i anmälan 1982-07-06. Risken för förväxling mellan olika redskapsfabrikat kunde föreligga.

5.7 Avslutande synpunkter

Av beskrivningen ovan framgår att efterbildning är en mångskiftande företeelse som kommer upp i de flesta branscher. Förekomsten av efterbildningar styrs av lönsamhetstänkande. Imitation förekommer främst när det gäller varor - eller förpackningar till varor - med stor omsättning, t.ex. konsumtionsvaror eller särskilt efterfrågade delar till maskiner eller maskinsystem. En viktig faktor är hur lätt en vara är att efterbilda. Plast- eller gummiprodukter som är lätta att gjuta av blir ofta plagierade.

De typer av efterbildning som framgår av svenska källor skiljer sig delvis från vad som internationellt benämns "counterfeiting", varuförfalskning. Här är det oftast fråga om varumärkesintrång. Vad som vållar bekymmer för svenska tillverkare och importörer är mera sällan varumärkesintrång och inte heller pirathandel av den omfattning som förekommer internationellt. I de efterbildningsfall som av och till dyker upp i vårt land rör det sig främst om efterbildade produkter med andra varumärken än originalproduktens eller om produkter utan åsatt varumärke. Som exempel på efterbildningar med annat varumärke än originalproduktens kan nämnas de ovan anförda vägguttagen, som hade ett diskret anbragt varumärke på originalvarumärkets plats. Som exempel på varor utan åsatt varumärke kan nämnas vissa möbler.

Vid efterbildning av reservdelar är problemen speciella. Bl.a. gäller det för plagiatören att - utan att göra intrång i varumärkesrätten - markera att den efterbildade reservdelen passar till originalprodukten. Detta måste då ske t.ex. genom angivande av reservdelsnummer och/eller att delen passar till en viss produkt.

Originalfabrikanterna försöker ofta skydda sig mot plagiat med immaterialrättens hjälp. Det är dock inte alltid som varumärkesskydd eller mönsterskyddräcker till för att hindra efterbildning. Mindre företag har sällan tillräckliga ekonomiska eller kunskapsmässiga resurser för att i tid skaffa immaterialrättsligt skydd.

Ibland försöker man förhandlingsvägen få till stånd en uppgörelse med plagiatören, men det finns små möjligheter att lägga kraft bakom orden. Man får därför välja andra åtgärder enligt maximen "if you can't beat them, join them". Den plagierade kan lägga ut beställningar hos imitatören

för att få honom att upphöra med att efterbilda. Man kan köpa in den maskin som används för plagiering eller i sista hand köpa upp företaget.

Ytterligare förekommer att man försöker vidta tekniska åtgärder som möjliggör ett snabbt och enkelt avslöjande av en plagiatör. T.ex. kan särskilda metalltrådar inkapslas i det varumärke som åsätts varan. Sådana skyddsåtgärder är inte alltid möjliga. Hänsyn till varans funktion samt till kostnader och säljbarhet måste komma i första rummet.

---

1 Final Report on Investigation No. 332-158 Under Section 332 (b) of the Tariff Act. 1930. USITC Publication 1479. January 1984. United States International Trade Commission. Washington, D.C. 20436.
2 Dokument från General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) den 8 juli 1983, L 5512, 8 July 1983.
3 Marianne Levin i NIR 1986 s. 35.
4 Den i not 1 ovan nämnda rapporten s. XVII.
5 Marianne Levin i NIR 1986 a.st.
6 United States response to OECD/CCP Questionnaire on Product Counterfeiting. Document CCP (85) 7.
7 Marianne Levin i NIR 1986 s. 36.
8 A.a. s. 36 f.
9 Marianne Levin s. 344.
10 Jfr Designutredning Åtgärder för att främja god design inom näringslivet. SIND PM 1982:20. Statens industriverk. Stockholm 1982.
11 Form 7/80 s. 10.
12 Se t.ex. skrivelse 1986-08-20 från Svenska Glasbruksföreningen till Japans ambassad i Stockholm.
13 Bikoff s. 242 f.
14 Levin, Marianne, En undersökning beträffande efterbildningsproblem bland företag tillhöriga DLF/KTF. Stockholm i januari 1985 s. 39.
15 Bikoff s. 242.
16 A. st.
17 Jfr SOU 1983:52 s. 46. Se vidare beträffande fallet med vävstolen Göta avsnitt 7.6 nedan.
18 Den i not 14 ovan angivna undersökningen s. 19 ff.
19 A.a. s. 33.
20 A.a. s. 28 f.
21 A.a. s. 24 ff.
22 A.a. s. 20 f.
23 A.a. s. 37 f.
24 A.a. s. 37.
25 A.a. s. 30 ff.
26 A.a. s. 27 och 31.

6 INTERNATIONELLT SAMARBETE

6.1 Pariskonventionen

Sverige är - liksom en stor del av jordens länder - anslutet till den konvention för skydd av den industriella äganderätten som träffades den 20 mars 1883, den s.k. Pariskonventionen. Denna konvention har sedermera vid ett antal tillfällen reviderats. Sverige har ratificerat konventionen i dess senast reviderade skick i två etapper åren 1969 och 1970.[1] Här skall redogöras för några punkter i konventionen som nu är av intresse.

Enligt konventionens art. 1 bildar de länder, på vilka konventionen är tillämplig, en union för industriellt rättsskydd. Det industriella rättsskyddet har till föremål patent, nyttighetsmodeller, industriella mönster och modeller, fabriks- eller handelsmärken, servicemärken, firma samt ursprungsbeteckningar ävensom undertryckande av illojal konkurrens.

I konventionens art. 2 ges uttryck för principen om s.k. nationell behandling. Denna innebär skyldighet för varje konventionsstat att ge dem som tillhör andra konventionsstater samma skydd som det egna landets medborgare.

Av central betydelse i detta sammanhang är konventionens art. 10bis. Denna artikel har vid ett flertal till fällen reviderats. Artikeln anger uttryckligen att principen om nationell behandling även gäller skyddet mot illojal konkurrens. Sedermera har artikeln också byggts ut med regler rörande en miniminivå på detta skydd. Artikeln har i svensk översättning följande lydelse.

Artikel 10bis

1. Unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra dem, som tillhör något unionsland, verksamt skydd mot illojal konkurrens.

2. Varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, utgör en handling av illojal konkurrens.

3. Särskilt skall förbjudas:

1) alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det vara må, framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;

2) oriktiga påståenden i utövning av affärsverksamhet, ägnade att misskreditera en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;

3) angivelser eller påståenden, vilkas användning i affärsverksamhet är ägnad att vilseleda allmänheten rörande varors beskaffenhet, framställningssätt, egenskaper, användbarhet eller myckenhet.

Beträffande innebörden av art. 10bis har olika meningar framförts. I de kontinentaleuropeiska länderna har sagts att artikelns punkt 2 i jämförelse med punkten 1 skulle innefatta en förpliktelse för medlemsländerna att ge ett vidsträckt skydd mot illojal konkurrens på motsvarande sätt som i fransk och tysk rätt; denna ståndpunkt skulle i praktiken leda till att medlemsländerna är skyldiga att införa en generalklausul mot illojal konkurrens (om landet inte har en sådan omfattande praxis på skadeståndsrättslig grund som Frankrike). Från anglo-amerikansk sida har det hävdats att det räcker med ett svagare skydd.[2]

Från svensk sida har det officiellt sagts att konventionens art. 10bis inte innefattar ett krav på en generalklausul. Inom den juridiska doktrinen har dock motsatt mening hävdats.[3]

---

1 SÖ 1970 nr 60. Se även Bernitz, Marknadsrätt s. 232, Bernitz m.fl., Immaterialrättslagstiftningen s. 315 ff och SOU 1983:52 s. 255.
2 Bernitz, Marknadsrätt s. 468 f.
3 A.a. s. 469 och där gjorda hänvisningar. Jfr Bernitz m.fl. s. 162 och Bernitz i Festskrift till Hellner s. 127 ff.

6.2 GATT

Inom ramen för General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) pågår diskussioner rörande "counterfeiting". Vad det närmare gäller är åtgärder för att försvåra import av "counterfeit goods". Initiativet till dessa diskussioner har tagits av de västliga industriländerna som känner sig hotade av produktionen av "counterfeit goods" från utvecklingsländer.[1]

En kommission inom GATT, "Commission of the European Communities, Customs Union Service" lade den 14 juni 1983 fram ett förslag "Draft GATT Counterfeit Agreement".[2]

Enligt förslaget avses med "Counterfeit Goods" "any goods bearing an unauthorized representation of a trademark entitled to protection in respect of such goods under the law of the country of importation". (Art. 1.2.1.)

Det noteras alltså att denna definition endast sysslar med vad vi kallar varumärkesintrång. Detta innebär att förslagets tillämpningsområde är begränsat; intrång i andra immaterialrätter än varumärkesrätt faller utanför. De avtalsslutande parterna är dock överens om att utvidga förslaget till att omfatta andra immaterialrätter (Art. 9.5.2.)

Förslagets huvudsyfte är att de avtalsslutande parterna skall anta ett system av åtgärder mot "counterfeiting" innan varorna har tullklarerats.

Då behöriga myndigheter finner att det finns skälig misstanke att importerat gods är "counterfeit", skall myndigheterna vidta nödvändiga åtgärder för att hålla kvar eller beslagta godset eller behålla jurisdiktionen eller hindra försäljning eller annat förfogande över godset, i avvaktan på slutligt fastställande huruvida godset är "counterfeit". (Art. 2.1 - 2.3.1.)

Förslaget lämnar till de avtalsslutande parterna att bestämma om tullmyndigheterna skall vara behöriga att handla själva eller efter beslut av en administrativ myndighet eller om innehavaren av en varumärkesrätt skall ha rätt att väcka talan i saken. Under alla förhållanden är tanken att importören av det misstänkta godset inte skall få förfoga över detta, tills hans rätt därtill har fastslagits i administrativ eller judiciell ordning. (Not 2 till Art. 2.)

Om det har fastslagits att godset är "counterfeit" skall detta förklaras förverkat och disponeras på ett sådant sätt att det inte kommer ut på marknaden. (Art. 3.)

Förslaget utgår från att de avtalsslutande parterna skall samarbeta och ge varandra hjälp genom utbyte av information rörande det internationella flödet av "counterfeit goods". (Art. 5.2)

Det föreslås att det skall bildas en "Committee on Measures to Discourage the Importation of Counterfeit goods". Denna, som skall bestå av representanter för de avtalsslutande parterna, skall mötas minst en gång om året i syfte att ge parterna tillfälle att rådgöra med varandra rörande tillämpningen av avtalsförslaget. (Art. 7.)

Det är tveksamt om det angivna förslaget kan komma att leda till en överenskommelse inom överskådlig framtid. Detta har att göra med motsättningen mellan i- och u-länder då det gäller "counterfeiting". Visserligen drabbas ett växande antal u-länder själva av flödet av "counterfeit goods". Men många av dem är alltjämt rädda för att åtgärder mot "counterfeiting" kan användas av i-länderna som ett medel att rättfärdiga handelshinder riktade mot u-länderna. Andra u-länder ger frågor om "counterfeiting" låg prioritet; de anser att det finns viktigare frågor som först måste lösas.[3]

Motståndet från u-ländernas sida har bl.a. tagit sig det uttrycket att man begärt att konsultationer från GATT:s sida skall äga rum med en annan organisation, nämligen World Intellectual Property Organization (WIPO). En rad u-länder, ledda av Brasilien, har begärt att det görs en studie, gemensamt utförd av GATT och WIPO. Konsultationer mellan de båda organisationerna har också ägt rum. Från WIPO:s sida har härvid uttalats att för att framsteg skall kunna göras krävs instruktioner från denna organisations styrande organ.[4]

I november 1984 tillsattes en expertgrupp som fick till uppgift att bereda vägen för beslut i "counterfeiting"-frågan. Gruppen skulle härvid bl.a. ytterligare undersöka de legala aspekterna. Gruppen lade i oktober 1985 fram ett slutdokument. I detta konstateras att det bland de länder som är

anslutna till GATT råder enighet i många hänseenden. Men i den avgörande frågan kunde gruppen inte komma fram till en gemensam ståndpunkt huruvida det var lämpligt eller ej att inom GATT:s ram företa åtgärder mot "counterfeiting". Från sådana staters sida, som inte önskade åtgärder inom GATT, pekade man åter på att WIPO var ett lämpligt organ.[5]

Enligt uppgift har USA som en förutsättning för att delta i en ny GATT-"runda" krävt att "counterfeiting"- problematiken åter tas upp.

---

1 Gielen, Charles, The Repression on Counterfeiting. International Report on Question 1 presented at the Journées d'Etude of the L.I.D.C. (Ligue Internationale du Droit de la Concurrence) at Wiesbaden 27th September 1985.
2 A.a. Annex II. - Se betr. den tidigare utecklingen inom GATT, Bikoff s. 243 ff.
3 Utdrag ur European Report, June 15, 1984. (External Relations s. 11 f) samt Gielen a.a. s. 42.
4 Dokument från GATT C/W/418 och C/M 170, 16 May 1983.
5 Dokument från GATT/L5878, 9 October 1985.

6.3 WIPO[1]

Frågorna om åtgärder mot "counterfeiting" har numera också tagits upp inom World Intellectual Property Organization (WIPO)[2] som är ett av Förenta Nationernas fackorgan med säte i Genève. Organisationen administrerar de internationella konventionerna på det immaterialrättsliga området, bl.a. 1883 års Pariskonvention. (Se avsnitt 6.1.) Konventionerna innehåller emellertid inte några specifika bestämmelser om hur rättigheterna skall garanteras. Det förutsätts att konventionsstaterna i sin nationella lagstiftning lever upp till konventionsförpliktelserna och naturligtvis också att det finns ett tillfredsställande skydd för rättigheterna. Däremot finns som nämnts inte några föreskrifter om sanktionsbestämmelser och liknande för bestämmelsernas efterlevnad på nationellt plan.

Från vissa håll har denna brist på mekanismer för efterlevnaden av immaterialrättsliga bestämmelser setts som klar brist i hela det internationella systemet. För att i någon mån möta denna kritik har WIPO påbörjat vissa aktiviteter, som bl.a. resulterade i ett första expertmöte i frågan i Genève i början av maj 1986. Som bakgrund för diskussionerna låg ett av WIPO utarbetat dokument som innehöll dels förslag till modellbestämmelser i nationell varumärkeslag för att effektivt komma till rätta med "counterfeiting" i form av varumärkesintrång, dels en analys av i vad mån bestämmelserna i Pariskonventionen kunde anses ge ett effektivt skydd mot "counterfeiting". Det föreslogs också att WIPO:s generalförsamling skulle

besluta om regelbundna informationsmöten inom WIPO:s ram där medlemsstaterna skulle kunna träffas för att utbyta erfarenheter om kampen mot "counterfeiting"; såväl framgångar som motgångar.

Diskussionen vid expertmötet röjde vissa motsättningar mellan i-länder och u-länder. I huvudsak fick emellertid dokumentet ett positivt mottagande. Bakgrundsdokumentet skall nu omarbetas, bl.a. på grundval av ett frågeformulär som organisationen kommer att sända ut till medlemsstaterna. Det är att anta att arbetet inom WIPO kommer att fortsätta och utvidgas till att omfatta även "counterfeiting" såsom en form av illojal konkurrens, och inte bara som hittills varumärkesintrång. Det är också att anta att man kommer att arbeta vidare på idén om mellanstatliga informationsmöten inom organisationens ram.

---

1 Med utformningen av detta delavsnitt har biträtt kanslirådet Agne Henry Olsson, justitiedepartementet.

2 Franskt namn och förkortning, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

7 ALLMÄNNA ÖVERVÄGANDEN

7.1 Behovet av lagstiftning

Några utgångspunkter

I en marknadsekonomi som den svenska spelar konkurrensen mellan näringsidkare en avgörande roll för effektivitet och framsteg inom näringslivet. En konkurrens som fungerar har många positiva effekter. Bl.a. medför den ett varierat utbud av varor på marknaden. En fungerande konkurrens hindrar också företagen att ta ut oskäliga priser av sina köpare.

En viktig ingrediens i en fungerande konkurrens är friheten att dra nytta av andras prestationer. Ny teknik, nya former och nya distributionssätt skall inte kunna monopoliseras av enskilda företag utan komma marknaden till godo i nya sammanhang, utformningar och kombinationer. Det är viktigt att slå fast att konkurrenslagen (1982:729), som värnar om effektiviteten och verkningsförmågan i näringslivet, därmed också hävdar intresset av att teknik och form fritt skall få efterbildas.

Rätten att utnyttja andras insatser befrämjar sålunda effektivitet och utveckling inom näringslivet. Från andra synpunkter måste lagstiftningen dock ställa upp vissa begränsningar. Dessa sammanhänger med intresset att den som investerat tid, kraft och pengar i nya former eller ny teknik också skall kunna tillgodogöra sig frukterna av sitt arbete. Vidare hävdas ofta att ett visst skydd för utvecklingsinsatser verkar konkurrensfrämjande i och med att det inspirerar till nyinvesteringar. De nu antydda syftena nås genom de olika lagarna om immateriella ensamrätter. Förutsättningarna för skydd enligt ensamrättslagarna är väl preciserade. Detta leder till att efterbildning inte förhindras i större utsträckning än som har ansetts behövas för att garantera skäliga villkor och skälig stimulans för den som satsar på utvecklingsarbete.

I vårt land har tidigare den ståndpunkten hävdats att efterbildning är tillåten utanför de gränser som anges i den immaterialrättsliga lagstiftningen.[1] Även om denna ståndpunkt har kommit att mjukas upp, ansluter vi oss till den principiella uppfattningen att det bör stå var och en fritt att utnyttja det som inte skyddas av en immaterialrätt. Det kan nämligen inte vara meningen att samhället generellt och genom lagstiftning skall garantera dem som utvecklat nya produkter ett skydd mot alla former av efterbildning. Detta skulle medföra en monopolisering av former och teknik som bromsade utvecklingen och sänkte innovationstakten. Tvärtom måste det vara viktigt att säkerställa att andra får utnyttja den teknik och formgivning som finns till utveckling av bättre och billigare produkter. Det ligger i konsumenternas och andra avnämares intresse att efterbildare får konkurrera med bättre kvalitet och lägre priser.

Vi anser alltså att det är ett allmänt samhällsintresse att det finns en fungerande konkurrens. Konkurrensen bör stundtals få bedrivas också med

hårda metoder. Företag som inte bibehåller sin effektivitet måste kunna slås ut från marknaden.

Med den nu angivna utgångspunkten måste den som utvecklat en ny produkt räkna med konkurrens i form av efterbildningar om han inte har immaterialrättsligt skydd för den teknik eller den form det gäller. Eventualiteten av att efterbildningar kommer ut på marknaden och påverkar efterfrågan måste tas med i kalkylerna när en ny produkt introduceras. Detta sker säkerligen i de flesta branscher. Att efterbildning sedermera sker, anses ibland rentav som ett tecken på att originalprodukten är attraktiv och slagkraftig på sin marknad.

Men också efterbildningsfriheten bör ha sina gränser i en fungerande marknadsekonomi. Vissa förfaranden med efterbildningar framstår som så otillbörliga och har så negativa konsekvenser att de inte bör tillåtas.

Först och främst kan nämnas det fall där efterbildaren låter plagiatet marknadsföras på ett sådant sätt att det kan uppfattas som originalvaran. I sådana fall, vid *förväxlingsrisk* mellan original och efterbildning såvitt avser kommersiellt ursprung, har ibland 2 § MFL kunnat tillämpas. Andra lika förkastliga fall av efterbildning kan tänkas. En speciellt känslig situation är om efterbildningen gjorts av någon som fått sin kunskap om originalvaran och dess tillverkning i *förtroende*. Likaså bör inte efterbildningsfriheten kunna missbrukas så att den *systematiskt* riktas mot andra företag.

Konkurrensen får alltså inte bedrivas med vilka medel som helst. I Sverige är det möjligt att med stöd av 2 § MFL beivra marknadsföringsåtgärder som är att anse som otillbörliga. Bakom denna bestämmelse ligger den svenska rättens grundläggande ståndpunkt att det inte är konkurrenspolitikens syfte att främja varje yttring av konkurrens. Det är alltså nödvändigt att upprätta en gränslinje mellan tolerabla och icke tolerabla konkurrensbeteenden. Det sagda kan illustreras med tillämpningen av MFL. Generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring får inte tillämpas så att den kommer i konflikt med de principer som ligger bakom lagstiftningen mot konkurrensbegränsning.[2] Det kan t.ex. inte komma i fråga att med stöd av 2 § MFL förbjuda metoder för priskonkurrens, såvida inte dessa framstår som vilseledande eller annars otillbörliga. Man brukar skilja mellan prestationskonkurrens, maktkonkurrens och suggestionskonkurrens. Med *prestationskonkurrens* menas en konkurrens med pris, kvalitet och service. *Maktkonkurrens* innebär konkurrensåtgärder i syfte att hindra eller försvåra andra företags näringsutövning. *Suggestionskonkurrens* slutligen är då en säljare genom olika marknadsföringsmetoder söker bibringa köparna uppfattningen att företagets varor är bättre än konkurrenternas. Det har sagts att samhället bör stödja prestationskonkurrens, men försöka motverka maktkonkurrens och suggestionskonkurrens.[3]

Det nu anförda kan tillämpas också på efterbildning av en produkt som någon annan har utvecklat. Även om man utgår från en frihet att efterbilda, bör man inte kunna tolerera en efterbildning som är oetisk eller som står i strid mot god affärssed. Vi kallar i fortsättningen en sådan efter-

bildning för ett snyltande eller ett parasitärt förfarande. De ovan nämnda fallen - förväxlingsrisk, förtroendemissbruk, systematisk efterbildning - är exempel på sådana undantagssituationer. Viktigt är emellertid att man går försiktigt fram och beaktar väsentliga samhällsintressen vid fastställande av vad som är förkastligt och bör beivras genom lagstiftning.

Vår uppgift är att utreda om det finns behov av åtgärder mot sådana fall av förkastlig efterbildning som nu nämnts. Om så visar sig vara fallet skall vi föreslå regler som är lämpliga för att komma till rätta med missbruk av efterbildningsfriheten.

Vid vårt ställningstagande till behovet av lagstiftning bör först klarläggas om det i vårt land förekommer förkastlig efterbildning i sådan omfattning att ett ingripande är berättigat. Därvid måste också beaktas om det finns tendenser till en framtida ökning av sådana förfaranden. Därnäst måste det undersökas om befintlig lagstiftning och rättspraxis inte är tillräcklig för att ge det skydd som behövs. Först efter en sådan genomgång kan vi ta ställning till om det finns ett klart framträdande praktiskt behov av ny lagstiftning.

Förekomsten av efterbildningar

Efterbildade produkter förekommer i avsevärd utsträckning utomlands. De internationella problemen kring handel med sådana produkter diskuteras under rubriker som "counterfeiting" och "pirathandel". Som framgått av kap. 5 ovan förekommer en omfattande export av piratvaror från främst vissa länder i Ostasien till större handelscentra världen över. Denna typ av handel förutsätter en omfattande efterbildning av produkter och kännetecken. Världsomfattande kampanjer mot sådan pirathandel har inletts av etablerade internationella organisationer och av särskilt bildade sammanslutningar.

En viktig del av pirathandeln är den som avser fonogram och videogram. Här har särskilda motåtgärder vidtagits och frågorna saknar därför aktualitet för vår del.

De efterbildningar som marknadsförs i Sverige och utomlands kan avse både produkter som är avsedda för näringsidkare och produkter som är avsedda för privatpersoner.

Klart är emellertid, att frekvensen av efterbildningar i vårt land är lägre än i de stora industriländerna och i de större handelscentra. Uppenbarligen är marknaden i länder som Sverige för närvarande inte så lukrativ för den internationella pirathandeln.

Det sagda gäller dock inte alla branscher. Särskilt inom textil-, läder- och möbelområdena är i vårt land handeln med efterbildningar av betydande omfattning och medför stora problem. Men även i andra branscher förekommer efterbildningar i avsevärd utsträckning, t.ex. när det gäller konsthantverk och leksaker. Efterbildningar av förpackningar spelar en stor roll i fråga om livsmedel och andra dagligvaror. Vi hänvisar till vad som framgår av kap. 5 ovan.

Motsvarande torde gälla efterbildningar av importvaror av utländskt fabrikat. Det förekommer också att svenska originalvaror, t.ex. glasprodukter och bestick, efterbildas och marknadsförs utanför Sverige utan att efterbildningarna dyker upp på svensk marknad.

En viktig fråga är om de nu nämnda efterbildningarna är av sådan karaktär att handeln med dem bör förhindras genom nya regler. Vad den internationella pirathandeln beträffar rör det sig i de flesta fall om varumärkesintrång och intrång i upphovsrätt. En vanligt förekommande motåtgärd har därför varit att förstärka sanktionerna på dessa rättsområden.

Av de efterbildningar som kan observeras i vårt land är många - kanske de flesta - sådana att de faller utanför immaterialrättens skyddsregler. Bland sådana efterbildningar kan man i huvudsak skilja på två slag, sådana där det finns risk för en förväxling med en viss attraktiv originalvara och sådana där det genom märkning eller annars genom marknadsföringen klart framgår att det inte är originalvaran. (Förväxlingsbara och öppna efterbildningar. Jämför avsnitt 2.3 ovan.)

Det framgår av det ovan sagda att förhållandena, såvitt gäller efterbildning i vissa branscher, är besvärande. Vidare finns det en utbredd internationell pirathandel som när som helst kan komma att riktas mot svensk marknad. På grund av detta finner vi att det föreligger ett klart behov av ingripande från lagstiftarens sida.

Andra skäl för ingripande

För ingripande med lagstiftning mot efterbildningar brukar också framföras andra skäl.

Bl.a. påpekas att efterbildningar är särskilt farliga från säkerhetssynpunkt. Reservdelar till fordon som inte är original kan t.ex. medföra risker för personskada för dem som färdas med fordonet. Läkemedel som plagierats kan ha andra och skadligare effekter än originalprodukten etc. Helt övertygande är inte dessa uttalanden. Produktkontroll och produktsäkerhet har inget nödvändigt samband med en varas karaktär av original eller efterbildning.

Däremot är det riktigt att produktkontrollen försvåras och produktsäkerheten äventyras om en efterbildning är framställd på ett sådant sätt att den vilseleder om sitt kommersiella ursprung. I ett samhälle utan betryggande produktkontroll kan handel med efterbildningar få särskilt allvarliga konsekvenser.[4] Även i ett land som Sverige med en utvecklad organisation för produktsäkerhet och produktkontroll kan efterbildningar av dålig kvalitet medföra skadeverkningar.

Särskilt bör nämnas att efterbildningar som kan förväxlas med original medför förvirring på marknaden. Risken för att konsumenterna vilseleds i samband med val av produkter ökar om informationen om varors kvalitet och kommersiella ursprung inte längre är pålitlig.

Vidare brukar det åberopas att förekomsten av efterbildningar minskar incitamenten till utveckling av originalvaror och försvårar för originaltillverkarna att leva vidare. På sikt skulle marknaden riskera att vulgariseras och förflackas. Detta skulle framför allt gälla inom mode- och textilsektorn. Om det förhåller sig på detta vis är det naturligtvis allvarligt. Men det går inte att få fram några klara belägg för detta, framför allt eftersom det är så svårt att renodla vilka faktorer som påverkar utvecklingen inom en viss bransch.

Skydd enligt gällande rätt

Ovan har vi framhållit att det för närvarande i viss utsträckning förekommer handel med efterbildningar i vårt land. En del av denna handel framstår som så förkastlig att den inte bör accepteras. Den leder dessutom till ogynnsamma informationseffekter. Vidare är det inte osannolikt att internationell pirathandel i framtiden får fäste i Sverige.

Vad nu sagts talar för ett rättsligt skydd. Men innan vi tar ställning, måste undersökas om inte redan gällande rätt ger tillräckliga möjligheter att gripa in.

Patenträtten ger i viss utsträckning skydd mot efterbildning av produkter som bygger på en patentskyddad uppfinning. Sådana produkter kan ibland förekomma som objekt för efterbildning och pirathandel.

Upphovsrättsligt skydd kan i och med mönsterskyddslagens tillkomst endast åberopas för sådana alster som fyller relativt höga krav på individuell särprägel. Det torde t.ex. vara möjligt att använda upphovsrätten för att ingripa mot efterbildningar av smycken, andra juvelerarvaror, vissa keramik- och glasprodukter m.m. Även möbler och leksaker kan omfattas av skyddet. De flesta varor som efterbildas saknar dock upphovsrättsligt skydd.

Mönsterskyddslagen ger - liksom upphovsrättslagen - endast ett utseendeskydd. För att erhålla mönsterskydd krävs registrering, vilket är omständligt och kostsamt. Mönsterskyddet anses för övrigt vara ineffektivt genom sitt snäva skyddsomfång. Allt detta leder till att tillverkarna inte söker mönsterregistrering i någon större utsträckning. Detta gäller framför allt estetiskt betonade mönster.

En del varor och förpackningar kan få kännetecknensrättsligt utseendeskydd enligt varumärkeslagen. Kraven för registrering har emellertid i praxis ställts mycket högt. Detta gäller särskilt egentliga varuutstyrslar som enligt varumärkeslagen skall vara "säregna" för att komma i åtnjutande av skydd.

Sammanfattningsvis ger immaterialrätten inte ett fullständigt skydd mot efterbildningar som framstår som förkastliga. Många av de förfaranden som har beskrivits i kap. 5 kan inte angripas med immaterialrättens hjälp. Härtill kommer att de bristfälliga sanktionerna i immaterialrätten ofta inte medger effektiva ingripanden.

En komplettering utgör möjligheten att ingripa mot otillbörlig marknadsföring enligt 2 § MFL. Detta lagrum kan användas för att förhindra försäljning av efterbildningar som kan förväxlas med originalprodukter. Skyddet täcker i praktiken endast förväxlingsfallet och inte andra fall där en efterbildning kan vara förkastlig. Vidare är marknadsdomstolens praxis vid risk för förväxling av en varas kommersiella ursprung restriktiv. Detta beror främst på att varumärkesrätten i kanske alltför hög grad fått inverka styrande på rättstillämpningen i de fall det här gäller.

Vår slutsats av denna genomgång blir att den gällande rätten inte ger tillräckligt effektiva metoder att ingripa mot förkastliga förfaranden med efterbildningar i alla de fall då detta skulle vara påkallat. Det är särskilt bristerna på effektiva sanktioner i immaterialrätten och de snäva begränsningarna i marknadsdomstolens praxis som gör det behövligt med ett förstärkt skydd mot otillbörlig efterbildning.

Det kan tilläggas att våra slutsatser vinner stöd av en jämförelse med de rättsregler som gäller mot illojal konkurrens i andra länder. Det visar sig nämligen, att man i länder som t.ex. Västtyskland och Frankrike, men också i Danmark och Norge, har betydligt strängare och mera omfattande regler om otillbörlig efterbildning än i vårt land. Dessa regler anses inte stå i strid med principen om en effektiv och fungerande konkurrens. Vad gäller t.ex. Västtyskland har detta land en mycket sträng kartellagstiftning.

Det måste vara av värde för det internationella samarbetet och den internationella handeln att Sverige anpassar sig till internationell standard på området. Härigenom förbättras Sveriges möjligheter att agera i Pariskonventionens anda.

---

1 Prop. 1970:57 s. 75 f.
2 A.a. s. 61.
3 SOU 1978:9 s. 69 f, Bernitz, U, Konkurrens och priser i Norden. Stockholm 1971 s. 97 och densamme, Svensk marknadsrätt s. 145.
4 Jfr de exempel som anförs av Bikoff s. 242 f.

7.2 Utformningen av ett efterbildningsskydd

Bakgrund

Vi har i föregående avsnitt konstaterat, att den svenska rätten inte räcker till om man vill uppnå ett någorlunda gott skydd mot otillbörlig efterbildning. Det finns anledning att utveckla detta ytterligare.

Vad först gäller mönsterrätt är det utmärkande för det mönsterrättsliga skyddet att det kräver medverkan av en myndighet. Detta synes vara en av huvudorsakerna till att mönsterskyddet har fått en dålig genomslagskraft, framför allt då det gäller estetisk formgivning.[1] För övrigt är mönsterskyddet föga attraktivt för nyttjarna. Detta sammanhänger med att omfattningen av det beviljade skyddet uppfattas som alltför snävt.[2] Detta bidrar till att många små företagare drar sig för kostnaderna för ett mönsterskydd.[3]

När mönsterskyddslagen kom till år 1970 var tanken framför allt att stimulera nyskapande på brukskonstens område.[4] Detta mål har man inte uppnått. Däremot har mönsterrätten fått en viss betydelse då det gäller att ge skydd åt industriellt betonad formgivning.[5]

Praxis vid allmän domstol rörande mönsterrätt är sparsam. Det finns bara ett avgörande av högsta domstolen som handlar om intrång i mönsterrätt.[6]

Upphovsrätt uppkommer till skillnad från mönsterrätt redan i och med själva prestationen. Vad som sagts om myndighets medverkan vid mönsterrätt gäller alltså inte i fråga om upphovsrätt. Men inte heller upphovsrätten är något särskilt effektivt medel mot efterbildning av en produkts form. Detta sammanhänger med de stränga krav på verkshöjd som gäller sedan mönsterskyddslagens tillkomst år 1970. Eftersom praxis från högsta domstolen efter denna tidpunkt helt saknas, har uttalandena av Svensk Forms Opinionsnämnd fått stor betydelse. Nämndens praxis har kritiserats för sin stränghet. Det verkar dock som om nämnden på sistone blivit generösare i sin bedömning. I ett par fall på senare tid har sålunda upphovsrättsligt skydd medgivits för alster av brukskonst.[7]

Inte heller varumärkesrätten har visat sig ge något tillförlitligt skydd mot efterbildning. I och för sig är varumärkesrättens regler utformade på ett sådant sätt att de borde räcka för ett fullgott skydd. Sålunda kan den skyddsbehövande efter inarbetning få ett tidsobegränsat skydd för en varas utformning. Men i praxis har kravet på särskiljningsförmåga ställts mycket högt då det gäller varuutstyrslar och särskilt då egentliga varuutstyrslar. Något liberalare har praxis varit i fråga om förpackningsutstyrslar.[8]

En svaghet med den svenska varumärkesrätten är att det saknas möjlighet att förbjuda en konkret åtgärd som innebär varumärkesintrång. Motsvarande gäller för övrigt även mönster- och upphovsrätt.

I svensk rätt har efterbildningsskyddet främst utvecklats inom MFL:s ram. Här finns det numera en ganska omfattande praxis. Marknadsdomstolen har sålunda alltsedan tillkomsten av 1970 års MFL avgjort ett antal fall rörande efterbildning av varor och förpackningar.[9]

Det finns flera fördelar med handläggningen av MFL vid marknadsdomstolen jämfört med processen vid allmän domstol. MFL ger en möjlighet till förbud som saknas i varumärkeslagen. Vidare handläggs ärendena vid marknadsdomstolen i första och enda instans, vilket gör förfarandet snabbare.

Parterna får också själva stå sina rättegångskostnader vid marknadsdomstolen. På det sättet blir det lättare att kalkylera kostnadsrisken.[10]

Olika regleringsmöjligheter

Ovan har det framgått att det skydd som svensk rätt ger mot förkastliga efterbildningar inte är tillräckligt effektivt. Frågan är nu på vilka sätt som skyddet skulle kunna effektiviseras.

En möjlighet är att ingripa med utvidgningar och ändringar i den immaterialrättsliga lagstiftningen. Man kunde t.ex. tänka sig att genom en ny bestämmelse i varumärkeslagen ändra den snäva praxis som nu gäller för att vinna skydd för varuutstyrslar genom registrering. Vidare kunde man tänka sig att komplettera det immaterialrättsliga regelsystemet med förbudsregler och andra förstärkningar av sanktionsmöjligheterna där så erfordras.

Många olika skäl talar dock emot detta. Immaterialrätten har stela gränser och en ändring av det immaterialrättsliga systemet åstadkommer inte ett skydd mot förkastliga efterbildningar som sådana. Immaterialrätterna är avsedda att skydda ett visst bestämt objekt - ett mönster, ett varumärke etc. - oavsett vilka omständigheterna kring intrånget varit. Men bortsett härifrån skulle ändringar av immaterialrätten kräva en allmän översyn av lagregler som faller utanför ramen för våra direktiv. Det bör också observeras att immaterialrätten i många hänseenden bygger på internationella konventioner och att lagstiftningsarbete på området brukar förutsätta nordiskt samarbete. Slutligen finns det på varumärkesområdet ett färdigt - ehuru otryckt - förslag där en del av de här aktuella önskemålen redan tillgodosetts. Vi återkommer nedan under avsnitt 7.13 till de reformbehov inom immaterialrätten som vi uppmärksammat under vårt arbete.

Ett annat alternativ att åstadkomma ett bättre efterbildningsskydd är tullagstiftning. Genom en sådan lagstiftning kan man föreskriva att efterbildade varor inte skall kunna införas i landet. En sådan reglering drabbar naturligtvis endast efterbildningar som importeras från andra länder. Marknadsföring av efterbildningar inom landet berörs inte. Vägen via tullagstiftning har dock vissa svårigheter. Dessa sammanhänger bl.a. med det s.k. hemtagningssystemet, som har berörts i avsnitt 3.5 ovan. Detta innebär dock ingalunda att tullmyndigheterna inte skulle kunna spela en viktig roll inom ramen för ett regelsystem som skall motverka spridning av otillbörligt efterbildat gods. I den internationella diskussionen om åtgärder mot "counterfeiting" står ingripanden av tullen vid import av "counterfeit goods" högt på önskelistan. Vi återkommer till tullfrågorna i avsnitt 7.12 nedan.

Den väg som återstår är att komplettera det efterbildningsskydd som redan finns i 2 § MFL. Av olika skäl möter detta svårigheter. Det är bl.a. svårt att, inom MFL:s ram och med hänsyn till hur denna lag handläggs, införa sådana skadeståndsregler som behövs för att bereda ett effektivt skydd mot efterbildande konkurrenter. Därför föreslår vi en självständig lag om otillbörlig efterbildning där förbud och skadestånd utgör sanktioner mot de förfaranden som stämplas som otillbörliga.

Immaterialrättslagarnas exklusivitet

Som ovan har nämnts har tidigare hävdats principen att sådana prestationer som inte skyddas av immaterialrättslagarna skall vara fria att efterbilda. Frågan är nu om denna grundsats hindrar planerna på en fristående lag om otillbörlig efterbildning enligt den av oss föreslagna modellen.

Vid en närmare undersökning visar det sig dock att utvecklingen har avlägsnat sig från ett stelbent hävdande av grundsatsen om immaterialrätternas exklusivitet. Visserligen utgår förarbetena till 1970 års MFL från denna grundsats. Men lika fullt har gjorts klart, att ingripande kan ske enligt 2 § MFL mot en efterbildning som kan förväxlas med originalvaran. I och med detta skydd mot otillbörliga förfaranden med efterbildningar kan man inte längre tala om någon strikt tillämpad exklusivitetsprincip.[11] Från denna synpunkt finns det alltså inga hinder mot en immaterialrätten kompletterande lag som riktar sig mot obehöriga förfaranden med efterbildningar.

Vad som gäller i Sverige har sin motsvarighet i andra länder. Såväl i våra nordiska grannländer som i de flesta länder på den europeiska kontinenten är det synsättet sedan länge etablerat att regler om illojal konkurrens tillåts att komplettera immaterialrätten. Visserligen utgår man allmänt från grundsatsen att det som inte är skyddat av immaterialrätt är fritt att efterbilda. Men detta är inte mer än en huvudregel som bryts av mer eller mindre långtgående undantag.

I tysk rätt ges med stöd av generalklausulen i § 1 UWG ett frikostigt skydd mot efterbildning inte bara - som i svensk rätt - vid risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung eller kvalitet, utan också t.ex. vid förtroendemissbruk, vid systematisk efterbildning samt vid "unmittelbare Leistungsübernahme".[12] I fransk rätt - som saknar särskild lagstiftning om illojal konkurrens - finns ett långtgående efterbildningsskydd som vilar på allmänna skadeståndsrättsliga regler.[13]

Av den nordiska rätten ligger framför allt dansk och norsk rätt nära den tyska rätten. Med stöd av generalklausulen i § 1 i den danska markedsføringsloven har ingrepp mot efterbildning skett inte bara vid förväxlingsrisk utan också vid t.ex. förtroendemissbruk, företagsspioneri och avgjutning.[14] I Norge innehåller § 9 i den norska markedsføringsloven en uttrycklig bestämmelse mot efterbildning. Denna paragraf förbjuder bl.a. användning i näringsverksamhet av efterbildande produkter på ett sådant sätt och under sådana omständigheter att det kan anses som ett oskäligt ("urimelig") utnyttjande av annans insats och att förfarandet medför förväxlingsrisk. Men även utanför ordalagen i § 9 markedsføringsloven har, med stöd av lagens allmänna generalklausul i § 1, efterbildning beivrats, t.ex. då det gällt förtroendemissbruk och övrig kvalificerad snyltning på annans insats.[15]

I USA har Supreme Court i två kända fall från 1964 uttalat, att ett delstatligt efterbildningsskydd vid sidan om den federala upphovs- eller patenträtten inte kunde godtas. Utvecklingen har därefter blivit den att

endast förväxlingsfallen kunnat angripas och då ofta med varumärkesrättens hjälp.[16] Även i England är skyddet mot efterbildningar utanför immaterialrätten begränsat till fall av förväxling beträffande kommersiellt ursprung, främst inom ramen för den s.k. passing off-doktrinen. Det konkurrensrättsliga skyddet mot efterbildningar inom ramen för varumärkeslagstiftningen förefaller gradvis vara på väg att förstärkas i USA. I England tycks utvecklingen ha tagit en annan väg. Där har regeringen nu förordat en rent immaterialrättslig lösning, i form av "unregistered design", för att komma till rätta med efterbildningsproblemen.[17]

---

1 Marianne Levin s. 350 f, 352 f och 355.
2 Bortsett från vad som gäller vissa speciella varugrupper: textil, konfektion och möbler. A.a. s. 338 f.
3 A.a. s. 354.
4 Prop. 1969:168 s. 50.
5 Marianne Levin s. 350 och 433.
6 NJA 1980 s. 575 (Mecca-soffan). Se härom avsnitt 3.2.3 vid not 26. Marianne Levin s. 330 ff.
7 Avsnitt 3.2.2 vid not 27 ff.
8 Se avsnitt 3.2.4 vid not 31 ff.
9 Dessa fall har refererats i avsnitt 3.3.2.
10 Om förfarandet vid marknadsdomstolen se SOU 1983:40 s. 293 ff.
11 Se avsnitt 3.1 vid not 8-9.
12 Avsnitt 4.4 vid not 22 ff.
13 Avsnitt 4.7 vid not 14 ff.
14 Avsnitt 4.1 vid not 27 ff.
15 Avsnitt 4.2 vid not 20 ff.
16 Avsnitt 4.6 vid not 22 ff.
17 Avsnitt 4.5 vid not 38 ff.

7.3 Efterbildningsskyddets räckvidd

Begreppet efterbildning

Vad vi vill vända oss mot är som framgått otillbörliga förfaranden med efterbildningar, främst då efterbildningar av varor. Med "efterbildningar" avses då produkter som framställts med originalet som förebild. Även produktion som skett med stöd av kompletta ritningar, tillverkningsanvisningar eller liknande måste räknas hit. Om en tillverkare själv utvecklar en idé på ett sådant sätt att hans produkt blir lik en annan näringsidkares är det inte fråga om efterbildning. Självständigt dubbelskapande bör inte kunna angripas med stöd av den lag som föreslås.[1]

Originalet bör alltså finnas färdigt eller i varje fall kunna göras helt färdigt med hjälp av föreliggande fullständigt tillverkningsunderlag. I schweizisk rätt talas om att prestationen skall vara "marktreif". Annars är det inte möjligt att framställa en liknande produkt genom efterbildning.

En annan fråga är om man skall kräva några särskilda kvaliteter hos originalprodukten för att skydda denna, t.ex. att den skall vara originell eller särpräglad.

Begrepp som "originalitet och "särprägel" är kända från immaterialrätten. Inom upphovsrätten krävs "ett visst mått av originalitet och självständighet" hos verket. För varumärkesrättslig ensamrätt fordras "särskiljningsförmåga" eller "distinktivitet". Då det gäller varuutstyrslar uppställs det speciella rekvisitet att utstyrseln skall vara "säregen".

Ett krav av denna typ bör inte generellt ställas på det original som efterbildas. Även en efterbildning av en helt banal produkt bör i undantagsfall kunna medföra påföljder. Det bör då krävas att omständigheterna är sådana att förfarandet framstår som förkastligt. Normalt torde ett sådant förfarande dock sällan vara klandervärt.

Marknadsdomstolen har emellertid ställt upp ett krav på "särprägel" vid sin bedömning av huruvida efterbildning är att anse som otillbörlig marknadsföring enligt 2 § MFL. Men förklaringen till detta är att domstolen uteslutande har koncentrerat sin prövning till frågan om risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung. Vid denna bedömning är det nödvändigt att originalprodukten har någon grad av särskiljningsförmåga. Annars kan en sådan förväxlingsrisk inte aktualiseras. Se vidare avsnitt 7.5 nedan.

Vilka krav som skall ställas på den efterbildade prestationen hänger samman med den föreslagna lagstiftningens syfte. Vår mening är inte att skydda mot efterbildning av objekt som uppfyller ett eller annat krav på utseende eller form. Avsikten är i stället att tillskapa ett skydd mot ett oönskat beteende på marknaden, nämligen exploatering av närgångna efterbildningar. Med den utgångspunkten finns det ingen anledning att ställa upp särskilda originalitets- eller distinktivitetskrav när det gäller de efterbildade prestationerna.

Företeelser att skydda

Frågan om vilka prestationer som bör skyddas mot efterbildning har redan berörts ovan under avsnitt 2.2. Saken har sällan ställts på sin spets i de utländska regleringar som vi har studerat. Skälet till detta är att de utländska reglerna inte är uppbyggda på det sättet att det har blivit aktuellt att närmare specificera vad efterbildningsskyddet skall avse för typer av objekt.

I regel är den utländska lagstiftningen upplagd så att efterbildningsskyddet ryms under en allmänt formulerad generalklausul mot illojal konkurrens. Detta gäller t.ex. i tysk och dansk rätt. I fransk rätt finns som

nämnts över huvud taget ingen speciell lagstiftning mot illojal konkurrens.

Utifrån de nu antydda utgångspunkterna blir det inte särskilt angeläget med en precisering av vad en efterbildning är, och vilka objekt som kan vara aktuella för efterbildningsskydd. Intresset koncentreras i stället till om ett visst förfarande är att betrakta som otillbörligt - "parasitärt" - över huvud taget. Om förfarandet är att anse som efterbildning av t.ex. en marknadsföringsmetod, misskreditering, "renommésnyltning" eller något annat är av underordnad betydelse.

Något större ledning ger den norska markedsføringslovens § 9. Denna paragraf räknar uttryckligen upp olika objekt som det - under angivna förutsättningar - är förbjudet att efterbilda nämligen "kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser". Skyddet täcker uppenbarligen en mängd olika företeelser.[2]

Som framgått ovan under avsnitt 4.2 är det emellertid egentligen likgiltigt vad som är eller inte är angivet i den nämnda norska paragrafen. Det är nämligen inte meningen att uppräkningen skall vara uttömmande. Vad som inte täcks av paragrafen kan falla in under generalklausulen i § 1 markedsføringsloven.[3]

Inte heller svensk rätt ger någon ledning. Det efterbildningsskydd som finns utanför immaterialrätten grundar sig som nämnts på 2 § MFL. Denna generalklausul riktar sig mot alla otillbörliga handlingar i marknadsföringen och preciserar inte närmare skyddet mot efterbildning och än mindre de objekt som omfattas av ett sådant skydd.

Vad vi främst avser att täcka är, som framgår av avsnitt 2.1 ovan, otillbörlig efterbildning av alla slags varor. De exempel på förkastlig efterbildning som vi funnit gäller i stor utsträckning just varuefterbildning. Syftet med sådana efterbildningar är att uppnå konkurrensfördelar på marknaden. Efterbildning av sådana alster som varken är eller kan antas i framtiden bli föremål för ett kommersiellt utnyttjande, bör däremot inte träffas av de nya reglerna. Som exempel kan anges föremål som enbart har affektionsvärde.

Efterbildning av varor ligger mycket nära efterbildning av förpackningar. Hos många varor förstärks varans attraktionskraft på marknaden genom en slående förpackning. T.ex. förpackas vissa cigaretter i eleganta, lyxbetonade askar. Andra varor, t.ex. en vara av typ mineralvatten, har inte sådana särskiljande egenskaper att det är meningsfullt att söka efterbilda dem. En eventuell efterbildning får i stället avse den mer eller mindre karakteristiska förpackning i vilken varan är inrymd. Förpackningar kan vara av mycket olika slag. Ur rättspraxis rörande efterbildning kan nämnas plastflaskor till flytande blomstergödning och till flytande rengöringsmedel, ölburkar samt påsar och säckar till hundfoder. Det ter sig självklart att den nya lagen även bör omfatta förkastliga efterbildningar av förpackningar.

Kännetecken

Mellan otillbörlig efterbildning av varor och förpackningar samt efterbildning av kännetecken går ingen klar gräns. Enligt 1 § andra stycket varumärkeslagen kan ett varumärke bl.a. bestå i säregen utstyrsel av en vara eller dess förpackning. Som har nämnts i avsnitt 3.2.4 ovan ställs det visserligen stränga krav för att en varuutstyrsel - särskilt egentlig varuutstyrsel - skall inregistreras som varumärke. Men det är ändå möjligt att varan eller dess förpackning räknas som ett varukännetecken. Det sagda innebär att en efterbildning av en vara eller en förpackning - som avses att regleras i den nya lagen - ofta dessutom är att betrakta som intrång i en varumärkesrättslig ensamrätt. En sådan dubbelreglering är ingen nyhet. Även enligt gällande rätt kan t.ex. en efterbildning av en förpackning på en gång utgöra intrång i exempelvis en varumärkesrätt och/eller en mönsterrätt och strida mot generalklausulen i 2 § MFL.

Däremot är det inte meningen att otillbörlig efterbildning av kännetecken i allmänhet, t.ex. av figurmärken, ordmärken och firma, skall omfattas av den föreslagna lagen. Här får man hålla sig till varumärkeslagens och firmalagens (1974:156) regler. Känneteckensrättsliga principer kan dock även i fortsättningen få betydelse vid tillämpningen av de nya reglerna liksom de påverkar rådande praxis enligt MFL.

"Koncept"

Andra företeelser än de nu nämnda kan också behöva ett skydd mot särskilt förkastliga efterbildningar. Det kan gälla sådant som efterbildning av en restaurangmiljö. Färgen och mönstret på inredningen, möblerna, dukarna, personalens kläder och sortimentet av mat och dryck kan tillsammans ge etablissemanget dess särskilda karaktär. Sådana "koncept" är i dag viktiga t.ex. i samband med franchising. I fransk rätt har såsom illojal konkurrens betraktats imitation av ett företags "aspect extérieur", t.ex. efterbildning av uniformer som ett företag använder för sina anställda.

Även sådana objekt som nu har nämnts kan i svensk rätt skyddas genom varumärkesrätten. Affärsinredningar och personaluniformer räknas som "annat i näringen använt särskilt varukännetecken" och kan få skydd[4] enligt 2 § andra stycket varumärkeslagen. Men detta är inte något skäl mot att inte ta med otillbörlig efterbildning av "aspect extérieur" i den blivande lagstiftningen. Varor och förpackningar kan ju också skyddas som kännetecken enligt varumärkeslagen. Vi anser att otillbörlig efterbildning av inredning och utstyrsel ("aspect extérieur", "yttre framtoning") ligger så nära efterbildning av varor och förpackningar att den bör omfattas av den nya lagen.

I detta sammanhang skall också nämnas vad som kan kallas en design-linje. Detta är då alla produkter i ett visst sortiment har vissa gemensamma formdrag. Exempel är en serie badrumsartiklar: handdukshängare, tvålkoppar, hyllor m.m., som alla har vissa element av form och färg gemensamma. Andra exempel hämtade från området för heminredning är handtag och knoppar till dörrar och köksskåp samt en serie lampor med olika funk-

tioner. På samma sätt som ett "koncept", kan i vissa fall en "designlinje" vara skyddsvärd. Se vidare om "russin-ur-kakan" i avsnitt 7.6 nedan.

Marknadsföring

Härmed är man också framme vid otillbörlig efterbildning av marknadsföring över huvud taget, t.ex. efterbildning av reklam. Ofta hänger efterbildning av reklam mycket nära samman med en efterbildning av en vara eller dess förpackning. Själva varans eller förpackningens utformning är ett led i marknadsföringen av varan. Typexempel är efterbildning av mycket speciellt utformade flaskor av typ Coca-Cola eller Perrier. Andra exempel är utstyrseln av sportskor, som ofta är försedda med känneteckenselement, t.ex. dekorband i olika utföranden. Dessa utgör ett väsentligt led vid marknadsföringen av skorna. Sådana företeelser bör rymmas under de föreslagna reglerna mot otillbörliga efterbildningar av varor och förpackningar.

Annorlunda är om marknadsföringen är så att säga fristående från produkten. Som exempel kan anges en broschyr för en bastuanläggning som innehåller en fotografisk bild, där det sitter en familj på fyra personer i en bastu. Interiören innehåller en del karakteristiska detaljer. Skall det räknas som otillbörlig efterbildning enligt den nya lagen om en konkurrent efterbildar denna bild i en egen broschyr? Personerna på kopian - visserligen bestående av andra modeller - sitter grupperade på samma sätt som på originalet, bakgrunden med tillbehör är mycket snarlik och layouten är i huvudsak densamma. Vi anser att den ställda frågan bör besvaras jakande. På samma sätt som varors och förpackningars form och utseende bör också utformningen av reklam och broschyrer och liknande inslag i marknadsföringen kunna omfattas av en lagstiftning mot otillbörlig efterbildning. Den omständigheten att bilder i reklam kan åtnjuta skydd enligt upphovsrättslig eller annan immaterialrättslig lagstiftning innebär - i enlighet med vad vi ovan konstaterat - inte något hinder i sammanhanget.

Det sagda innebär dock inte att vi anser att varje imitation av en annans marknadsföring bör innefattas i den nya lagen. Endast konkreta inslag i marknadsföringen bör tas med, inte system eller metoder för marknadsföring. Om en glassfirma lägger upp försäljningsturer på visst sätt och delar ut reklamgåvor enligt en viss plan ger vår föreslagna lag inget skydd. I ett sådant fall bör det räcka med det skydd mot otillbörlig marknadsföring som kan komma i fråga enligt 2 § MFL.

Tjänster

Vi har inom utredningen ingående diskuterat huruvida vi skall reglera efterbildning av "tjänster". Ett skäl till detta är den under senare år ökande medvetenheten om den rättsliga problematiken rörande tjänster, vilket lett till att den civil- och marknadsrättsliga lagstiftningen har kompletterats med regler beträffande tjänster. Den 1 juli 1986 trädde konsumenttjänstlagen (1985:716) i kraft liksom viss reglering rörande tjänster i MFL och i konsumentkreditlagen (1977:981).

Med "tjänst" kan man mena många olika typer av prestationer. Tjänsten kan avse själva arbetsprestationen, t.ex. utförande av underredesbehandling av en bil. Den kan också avse resultatet av prestationen t.ex. reparation av en trasig apparat så att den blir funktionsduglig. Tjänsten kan vara "materiell", dvs. avse arbete på fast eller lös egendom eller vara "immateriell", t.ex. bestå i teknisk eller juridisk rådgivning från en konsults sida. Konsumenttjänstlagen täcker bara en del av allt det man kan kalla för tjänst.

Vi finner det visserligen inte uteslutet att det på tjänsteområdet kan finnas ett visst behov av en komplettering till de immaterialrättsliga reglerna i form av lagstiftning mot illojal konkurrens. Vad som talar emot är emellertid risken för att man skapar ett slags metod- eller idéskydd vid sidan av patenträttens regelsystem. Vi har heller inte funnit några belägg för att det finns ett behov av ett skydd av denna typ. Annorlunda är dock om en "tjänst" tar sig ett yttre uttryck. Jämför vad som sagts beträffande "koncept" eller "yttre framtoning" ovan.

Vad särskilt gäller system som tagit gestalt i ett datorprogram har upphovsrättsutredningen konstaterat att redan enligt gällande upphovsrättslag datorprogram är att betrakta som upphovsrättsligt skyddade verk. Vad gäller integrerade kretsar (chips) har dessa numera givits skydd i en särskild lag.[5] Upphovsrättsutredningen har ytterligare diskuterat om det, utöver det skydd som ges enligt upphovsrättslagen, behövs något skydd för de idéer som kan ingå i programmen. Denna fråga har besvarats nekande.[6] Vad upphovsrättsutredningen har kommit fram till stöder vår ståndpunkt att vi här inte bör föreslå några ytterligare rättsliga ingripanden.

---

1 Detta överensstämmer med t.ex. dansk rätt. Se avsnitt 4.1 vid not 26 och det där angivna rättsfallet UfR 1982 s. 1081.
2 Avsnitt 4.2 vid not 21.
3 Avsnitt 4.2 vid not 33.
4 Avsnitt 3.2.4 vid not 6.
5 SFS 1986:1425.
6 SOU 1985:51 s. 11 f.

7.4. Den föreslagna lagen i huvuddrag

Som framgått av redogörelserna för utländsk rätt i kap. 4 brukar skyddet mot otillbörlig efterbildning ofta regleras i en generalklausul mot illojal konkurrens. Denna fylls så småningom ut med praxis. Så har varit fallet t.ex. i tysk rätt där § 1 i 1909 års UWG har givit upphov till en mängd domar från högsta instans. I Sverige finns det visserligen ingen generalklausul mot illojal konkurrens, men 2 § MFL har åtminstone till en del kommit att fylla denna funktion.

Vår uppgift är nu inte att skapa allmänna regler mot illojal konkurrens. Utredningen har ett mera begränsat uppdrag, nämligen att "undersöka behovet av ett förstärkt skydd mot otillbörlig efterbildning, grundat på intresset av att motverka illojal konkurrens". Men även en efterbildning kan vara av många olika slag och frågan huruvida efterbildningen är otillbörlig eller inte beror på en rad olika omständigheter. Frågan blir om vi bör föreslå en allmän regel mot otillbörlig efterbildning eller bestämmelser som i detalj anger då en efterbildning skall anses otillbörlig.

Under loppet av våra överväganden var vi till en början inne på att föreslå en generalklausul mot otillbörlig efterbildning efter mönster av 2 § MFL. De olika förfaranden med efterbildning som skulle anses otillbörliga skulle härvid noggrant anges i lagens motiv.

En sådan lagstiftningsteknik är emellertid inte tillfredsställande. Generalklausuler har visserligen den fördelen framför en mer kasuistisk lagreglering att de ger utrymme för en flexibilitet i lagtillämpningen. Det blir lätt att anpassa rättstillämpningen till nya och oförutsedda situationer. Metoden att använda generalklausuler har dock uppenbara nackdelar. Under senare år har hård kritik riktats mot systemet med generalklausuler.[1] Framför allt har man kritiserat den bristande förutsebarheten. Det finns också en risk att den praxis som utvecklas på grundval av en generalklausul blir inkonsekvent och ryckig. Slående exempel på dessa nackdelar med generalklausuler och rättsprinciper som ger rättspraxis fritt spelrum finns inom vårt område i framför allt fransk - men även i tysk - rätt. Den domstolspraxis om efterbildning som utvecklats inom dessa rättssystem har med tiden blivit omfattande, motsägelsefull och mycket besvärlig att systematisera.

Vi har alltså förståelse för den kritik som har riktats mot förekomsten av generalklausuler. Vi menar dock att kritiken delvis varit överdriven. För en smidig och rationell rättstillämpning fordras att domstolarna har frihet att inom ganska vida ramar utforma rättens innehåll. Det är nämligen otänkbart att lagstiftaren på förhand skulle kunna överblicka alla situationer och detaljreglera dessa.

Mot bakgrund av dessa överväganden har vi velat utforma huvudregeln om otillbörlig efterbildning så att vi tar till vara generalklausulens flexibilitet men samtidigt försöker undvika att utforma den så lösligt att förutsebarheten äventyras.

Efter ingående diskussioner har vi slutligen stannat för följande modell. I den föreslagna lagens centrala bestämmelse (1 §) räknas upp fyra specifika typer av förfaranden som kan förbjudas. Vi har här hämtat ledning av vad som gäller i vissa främmande rättsordningar. Emellertid avslutas uppräkningen med en femte punkt av generell karaktär. Enligt denna kan förbud meddelas om ett förfarande på ett annat motsvarande sätt utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till. Vid utformningen av denna femte punkt har vi hämtat inspiration bl.a. från § 9 i den norska markedsføringsloven som talar om utnyttjande av annans insats.

Tanken är att förbud i huvudsak skall komma i fråga då omständigheterna i det enskilda fallet kan hänföras till något eller några av de angivna fyra första punkterna. Men genom den femte, generella, punkten tillgodoses behovet av flexibilitet i tillämpningen samtidigt som det betonas att det är klart parasitära förfaranden som åsyftas. Den generella bestämmelsen ger möjlighet att fånga in andra situationer, framför allt sådana som är närbesläktade med dem i de fyra punkterna. Avsikten är emellertid att möjligheten att utvidga skyddsområdet till nya fall skall användas med stor försiktighet.

Den av oss föreslagna metoden kan jämföras med art. 10bis i Pariskonventionen där artikelns punkt 2 anger att varje konkurrenshandling som strider mot god affärssed utgör en handling av illojal konkurrens. Den regeln kompletteras med en punkt 3 där det står att vissa uppräknade handlingar "särskilt skall förbjudas". Motsvarande uppläggning återfinns också i ett nytt schweiziskt förslag till lag om illojal konkurrens, där det efter generalklausulen i art. 1 finns flera uppräkningar av situationer då regeln skall tillämpas, föregångna av uttrycket "unlauter handelt insbesondere...". Vi har slutligen avstått från en utformning av reglerna efter denna modell, eftersom avsikten att lagens tillämpning i huvudsak skall begränsas till ett fåtal specificerade fall inte kommer till så klart uttryck med den konstruktionen.

Som grundläggande sanktion mot otillbörlig efterbildning föreslås förbud. Vi använder den teknik som förekommer i 2 § MFL - och även i t.ex. § 1 UWG - nämligen en "direktkoppling" mellan det otillbörliga förfarandet och förbudet. I inledningsparagrafen slås alltså fast att den som förfar på otillbörligt sätt kan av domstol förbjudas att fortsätta med förfarandet. Metoden avviker från den som kommit till användning i generalklausulerna i den danska och den norska markedsføringsloven och den finska lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.

Den särskilda lag om otillbörlig efterbildning som föreslås innehåller förutom den nu återgivna inledande bestämmelsen (1 §) en särskild paragraf om efterbildning av reklam och andra liknande inslag i marknadsföring (2 §).

Det ges vidare bestämmelser om utformningen av förbud och om interimistiskt förbud (3 och 4 §§).

I en särskild paragraf (5 §) ges regler om skadestånd. I den sista föreslagna paragrafen (6 §) finns slutligen bestämmelser om ändring av varor och andra säkerhetsåtgärder.

---

1 Se t.ex. Brita Sundberg-Weitman, Rättsstaten åter! Stockholm 1985 s. 36 ff.

7.5 Förväxling rörande kommersiellt ursprung

Av de fall där enligt europeisk rätt en efterbildning anses otillbörlig står förväxlingsfallet i särklass. Fallet finns med i alla rättssystem som vi har studerat. Som tidigare många gånger har framhållits är i svensk rätt förväxlingsfallet i praktiken det enda där en efterbildning kan angripas enligt MFL:s regler.

Vad det här närmare gäller är då en näringsidkare efterbildar en annan näringsidkares vara eller kännetecken på ett sådant sätt att kretsen av avnämare riskerar att förväxla efterbildningen med originalet. Köparen tror alltså att han köper en originalvara, fast han i själva verket köper en kopia. Detta brukar också uttryckas så att efterbildningen är ägnad att vilseleda köparen beträffande produktens kommersiella ursprung. (Vilseledande om kommersiellt ursprung kan i vissa fall komma i fråga även om kopian har en avvikande märkning. Se härom vidare specialmotiveringen.)

Som har angivits i avsnitt 3.3.2 berörs förväxlingsfallet i propositionen till 1970 års MFL.[1] Vad som där också framgår är situationens nära anknytning till känneteckensrätten. Marknadsdomstolens praxis har också, på grundval av propositionens uttalanden, kommit att bli starkt varumärkesrättsligt färgad. Domstolens användning av den varumärkesrättsliga begreppsapparaten skall diskuteras vidare nedan.

Det kan inte råda någon tvekan om att förväxlingsfallet även i fortsättningen bör ses som ett typexempel, där en efterbildning betraktas som otillbörlig. Vad som däremot kan vålla tvekan är den situationen där det visserligen inte föreligger risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung, men däremot risk för förväxling rörande varornas kvalitet föreligger. Detta fall kommer att behandlas särskilt i slutet på detta avsnitt. I stället kommer vi nu att ta upp frågan hur en bestämmelse om förväxling rörande kommersiellt ursprung närmare skall byggas upp.

Det finns flera skäl till att det allmänt anses otillbörligt att en plagiatvara vilseleder köparen rörande varans kommersiella ursprung. Sett från den näringsidkares sida som marknadsför originalet anses det stötande att plagiatören lurar från honom kunder med en plagiatvara som framstår som ett original. Originaltillverkarens vinst kan på det sättet helt eller delvis falla bort. Dessutom kan originaltillverkaren komma att lida skada eftersom köparen kan lägga honom till last att plagiatet är av dålig kvalitet.

Men lika viktigt är det att se förväxlingsfallet ur köparens synvinkel. Det anses från konsumentsynpunkt oacceptabelt att original och kopia är så lika att konsumenten riskerar att förväxla dem. Saken är ganska klar i det fall plagiatet är kvalitetsmässigt sämre än originalet, men den vilseledde kunden betalar ett pris såsom för ett original. I detta fall föreligger en bedrägeriliknande situation där köparen lider en skada, medan den som marknadsför plagiatet gör en vinning. Nu är situationen inte alltid så enkel. Plagiatet kan visserligen vara sämre, men detta kompenseras av ett

lägre pris. Men köparen blir ju ändå vilseledd om han tror att han har köpt en äkta vara till ett "fynd"-pris, medan han i själva verket köpt en sämre kopia till ett för denna produkt normalt pris. Även i detta fall anser vi det från konsumentsynpunkt otillbörligt att köparen blir vilseledd. Många konsumenter och andra köpare är noga med att endast förvärva original och detta måste respekteras. Att så är fallet medför också en stimulans till en aktiv produktutveckling som kommer hela näringslivet och samhället till godo. Denna marknadsmekanism sätts emellertid ur spel om köparen inte vet vad som är original och vad som inte är det. De förväxlingsbara plagiaten åstadkommer en icke acceptabel förvirring på marknaden.[2]

För att förväxling skall kunna äga rum måste det naturligtvis föreligga en viss grad av likhet mellan original och kopia. Det bör dock inte krävas att det visas att förväxling verkligen har ägt rum. Det bör, såsom redan är fallet enligt gällande rätt, räcka med *risken* för förväxling. Frågor om likhet och förväxlingsrisk kommer att behandlas närmare i specialmotiveringen.

I t.ex. tysk och finsk rätt kompletteras kravet på förväxlingsrisk med ett särskilt moment. Detta är att plagiatören inte har gjort vad som rimligen kan krävas av honom för att undvika förväxlingsfaran. Med andra ord, förväxlingsfaran har inte *neutraliserats*.[3]

Enligt vår mening har kravet på neutralisering ingen självständig betydelse. Det räcker med att konstatera om förväxlingsrisk föreligger eller inte. Om förväxlingsrisk konstateras, betyder detta att neutralisering inte i tillräcklig utsträckning har skett.[4]

Ett särskilt krav på neutralisering skulle däremot kunna få betydelse i det fallet att det visserligen föreligger förväxlingsrisk, trots att det kan konstateras att efterbildaren har gjort vad som kan krävas av honom då det gäller neutralisering. Man kan tänka sig sådana fall där - på grund av omständigheter som den som marknadsför efterbildningen inte kan råda över - särskiljande etiketter faller av, förpackningar går sönder etc. Om man anger neutralisering som ett särskilt rekvisit, skulle detta kunna leda till att efterbildningen i sådana fall inte skulle kunna förbjudas. Vi har stannat för att avvisa denna ståndpunkt, eftersom vi i den föreslagna lagen direkt kopplar det otillbörliga förfarandet till möjligheten att meddela ett förbud. Förbud bör enligt vår mening meddelas på rent objektiv grund och utan något krav på att vederbörande har handlat uppsåtligen eller vårdslöst. Detta överensstämmer med vad som anges i propositionen till 1970 års MFL. Se vidare avsnitt 7.9 nedan.

Enligt den skadeståndsregel som föreslås krävs däremot att uppsåt eller vårdslöshet skall föreligga för att ersättningsskyldighet skall komma i fråga. En misslyckad neutralisering kan därför medföra befrielse från skadestånd.

Som redan inledningsvis i detta avsnitt har antytts, ligger en bedömning av huruvida en efterbildning som medför förväxlingsrisk är otillbörlig,

mycket nära bedömningen huruvida användning av ett kännetecken innebär intrång i en varumärkesrättslig ensamrätt. Som departementschefen har uttalat i propositionen till 1970 års MFL saknar det visserligen i princip betydelse för bedömningen av förväxlingsrisken om åtgärden också innebär intrång i en ensamrätt. Departementschefen tillägger dock att det i praktiken kan vara svårt att hålla isär de olika frågorna.[5] Det är mot bakgrund härav naturligt att marknadsdomstolen vid sin prövning av efterbildningsfallen i flera avseenden har använt sig av ett varumärkesrättsligt angreppssätt. De olika varumärkesrättsligt färgade krav som marknadsdomstolen ställt upp skall nu diskuteras närmare.

Särprägel och inarbetning

Marknadsdomstolen har, som ett grundläggande rekvisit för att vilseledande rörande kommersiellt ursprung skall anses föreligga, krävt att originalet - varan eller dess förpackning - skall ha "särprägel". Det var under ett skede oklart vad domstolen menade med "särprägel".[6] Men från och med Conex-fallet (MD 1981:2) står det klart att domstolen med särprägel menar detsamma som i varumärkesrätten kallas för särskiljningsförmåga eller distinktivitet, dock att domstolen menar att en utformning som är tekniskt eller funktionellt betingad inte kan äga särprägel. I Ajax-fallet sammanfattar domstolen sin ståndpunkt sålunda: "För att en viss varuutformning skall anses särpräglad krävs att utformningen huvudsakligen har en särskiljande funktion. En varuutformning som huvudsakligen syftar till att göra varan ändamålsenlig och således är tekniskt eller funktionellt betingad har domstolen funnit inte böra betraktas som särpräglad."[7]

Vad gäller kopplingen mellan särskiljningsförmåga och teknisk funktion skall vi strax återkomma till detta spörsmål, som utförligt behandlas i avsnitt 7.8 nedan. Men bortsett härifrån delar vi domstolens uppfattning att det, då det gäller förväxling rörande kommersiellt ursprung, bör krävas särskiljningsförmåga. Det skall dock observeras att det i vårt konkurrensrättsliga sammanhang inte är fråga om att reglera förutsättningarna för någon immaterialrättslig ensamrätt. Det gäller i stället att precisera kraven för att en efterbildning B av en originalprodukt A skall medföra risk för att avnämarkretsen vilseleds beträffande B:s kommersiella ursprung - med andra ord de fall då konsumenterna riskerar att förväxla B med A. En förutsättning måste därvid vara att A går att skilja från andra varor på marknaden. Om så inte är fallet kan det inte bli tal om förväxling. Detta kan uttryckas så att A måste ha särskiljningsförmåga eller distinktivitet, på motsvarande sätt som krävs för ensamrätt i varumärkesrätten. Däremot finns det enligt vår mening inte något skäl att skärpa kravet på distinktivitet i sig, i analogi med bestämmelsen om särpräglad utstyrsel i 1 § andra stycket varumärkeslagen.[8] I varumärkesrätten gäller detta förhöjda krav på distinktivitet i samband med vinnande av ensamrätt genom registrering. Däremot torde inte krävas att en utstyrsel är säregen för att ensamrätt skall erhållas genom inarbetning.[9] Det formlösa skydd mot otillbörliga förfaranden som är aktuellt för utredningens del påminner mera om inarbetningsfallet än om registreringsfallet. Det sagda stöder ytterligare vårt förslag att det i det konkurrensrättsliga förväxlingsfallet bör räcka med "vanlig" distinktivitet.

I avsnitt 7.8 nedan skall behandlas förhållandet mellan särskiljningsförmåga och teknisk funktion. Men redan här skall betonas att vi med särskiljningsförmåga endast avser vad detta uttryck utsäger. Vi avvisar härvid marknadsdomstolens ståndpunkt att en produkt inte kan vara särpräglad om produkten är funktionellt betingad. En annan sak är att det funktionella ändamålet stundom kan medföra att förbud inte bör meddelas. Se vidare nämnda avsnitt 7.8.

Nära förknippad med spörsmålet om särskiljningsförmåga är frågan om inarbetning. Marknadsdomstolen kräver, förutom att det efterbildade objektet skall ha särprägel, också att detta är inarbetat.

I Blomin-fallet (MD 1974:5) angav domstolen att Blomin-förpackningen måste antas ha blivit "tämligen väl känd" på marknaden innan kopian började marknadsföras. Detta uttryck skall jämföras med 2 § varumärkeslagen. Enligt detta lagrum krävs, för att ett kännetecken skall anses inarbetat, att kännetecknet är "allmänt känt". Att domstolen i Blomin-fallet använde termen "tämligen väl känd" har tolkats som att domstolen där nöjde sig med en lägre grad av kännedom än som krävs för fullbordad inarbetning enligt varumärkeslagen.[10]

I Kevi-fallet (MD 1976:11) angav marknadsdomstolen att en förutsättning för vilseledande rörande kommersiellt ursprung är att varukännetecknet är att betrakta som inarbetat. Domstolen angav också att detta krav är i överensstämmelse med ett uttalande i förarbetena till MFL. I de senaste avgörandena säger domstolen regelmässigt att en förutsättning för förbud är att det efterbildade objektet "är särpräglat och väl känt på marknaden".[11] Domstolen använder alltså numera en formulering som ligger mycket nära uttryckssättet i 2 § tredje stycket varumärkeslagen, "allmänt känt".

Det förefaller tveksamt om marknadsdomstolens ståndpunkt överensstämmer med MFL:s förarbeten.[12] I propositionen till MFL uttalar föredragande departementschefen inte annat än att marknadsrådet torde

> för att kunna bedöma hur allvarlig risken för förväxling är ofta vara nödsakat att pröva i vilken mån kännetecknet har blivit inarbetat i samband med den konkurrerande varan.[13]

Detta uttalande ger inget omedelbart stöd för att man undantagslöst bör kräva fullbordad inarbetning i samma grad som enligt 2 § tredje stycket varumärkeslagen. Pehrson menar sålunda, att uttalandet inte säger mera än att risken för förväxlingar är beroende av hur känt det äldre kännetecknet är.[14]

Enligt Bernitz är det inte befogat att kräva samma grad av välkändhet vid prövning enligt MFL som enligt varumärkeslagen. När man tillämpar en bedömningsnorm, vars centrala element är spörsmålet om köpare vilseleds om det kommersiella ursprunget, kan det inte spela någon roll om kännetecknet genom inarbetning skulle vara privaträttsligt skyddat enligt varumärkeslagen. Bernitz menar att även immaterialrättsligt oskyddade kännetecken i vissa fall kan tänkas vilseleda så pass många konsumenter eller berörda

näringsidkare om det kommersiella ursprunget, att ett förbud enligt MFL ter sig befogat.[15]

Pehrson ger uttryck för en liknande uppfattning. Vid en bedömning enligt otillbörlighetsnormen i 2 § MFL bör enligt hans mening större vikt böra fästas vid *antalet* än vid *andelen* vilseledda konsumenter, vilken ju främst blir avgörande om inarbetningskriteriet används. Detta kriterium försvårar möjligheten att kunna utnyttja MFL då de mindre flexibla reglerna i varumärkeslagen skulle leda till ett otillfredsställande resultat. Enligt Pehrson är det väl motiverat att ingrepp skall kunna ske även i vissa fall då det äldre kännetecknet inte är inarbetat.[16]

Inte heller vi anser det vara befogat att ställa upp ett krav på inarbetning i varumärkesrättslig mening vid en bedömning enligt regler om otillbörlig efterbildning. Inarbetning kan i varumärkesrätten sägas vara ett sätt att visa att ett varukännetecken - där det inte är inregistrerat - har en tillräcklig distinktivitet för att vara förtjänt av varumärkesrättsligt ensamrättsskydd.[17] Men detta är det nu inte fråga om. Här gäller det endast att avgöra om förutsättningar för risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung mellan ett original A och en kopia B är för handen. Som redan har sagts i det föregående bör utgångspunkten vara att en produkt, för att riskera att bli föremål för en sådan förväxling, måste kunna särskiljas från andra varor på marknaden. För att det skall finnas förväxlingsrisk mellan originalet och kopian måste dock krävas att originalet i vart fall har introducerats på marknaden. Om konsumenterna inte känner till detta original, kan de ju inte förväxla det med kopian.

Frågan är emellertid vilken grad av kännedom som skall krävas för att förväxlingsrisk skall anses vara för handen. Med stöd av vad vi nyss anfört finner vi därför, att det ingalunda bör ställas krav på fullbordad inarbetning i varumärkesrättslig mening. Risken för förväxling måste anses föreligga på en betydligt lägre nivå. Redan en testförsäljning av några hundra provförpackningar inom ett visst område kan leda till att många konsumenter fäster sig vid produkten. Om en konkurrent "hänger på låset" och börjar marknadsföra med originalet förväxlingsbara kopior, finns risk för att dessa konsumenter förväxlar kopiorna med originalet. Detta gäller även om dessa konsumenter utgör en ringa del av den totala omsättningskrets för den typ av produkter som det är fråga om.

Dock menar vi att en viss försiktighet är påkallad. Även om det inte - som i 2 § tredje stycket varumärkeslagen - bör krävas att originalet är "allmänt känt" bör det i vart fall krävas att originalet är "känt". Detta senare uttryck bör dock inte tolkas som att en viss andel av den totala omsättningskretsen känner till originalet. Det kan i det enskilda fallet räcka att ett inte alltför ringa antal konsumenter känner till det.

Inom varumärkesrätten gäller att en brist på ursprunglig inneboende distinktivitet kan botas genom inarbetning av varumärket. Som Holmqvist har framhållit sker därvid inte någon förändring av distinktivitetsgraden, men det klargörs att det finns en grund för ensamrätt.[18] Enligt vår mening bör motsvarande resonemang kunna föras även här. Antag att det i och för

framstår som tveksamt huruvida en produkt har distinktivitet. I ärendet visas emellertid att produkten är allmänt känd på marknaden. Denna höga kännedomsgrad utgör bevis för att produkten har en tillräcklig distinktivitet. Då nu produkten både har distinktivitet och är inarbetad, står det klart att marknadsföring av en efterbildning av produkten medför förväxlingsrisk. I detta senare fall - då det alltså inte omedelbart står klart att produkten har en ursprunglig inneboende distinktivitet - bör alltså, såsom bevis på distinktiviteten är tillräcklig, krävas en högre kännedomsgrad än annars.

Det finns alltså ett samband mellan kravet på distinktivitet och kravet på inarbetning. En direkt kumulering av kraven blir emellertid missvisande.[19] Det är i och för sig riktigt att det krävs en viss grad av distinktivitet och en viss grad av inarbetning för att förväxling skall kunna äga rum. Men förhållandet att en produkt synes ha en svag distinktivitet innebär inte att inarbetning inte kan äga rum. Tvärtom kan en omfattande användning kompensera denna svaghet. Antag att det är utrett att inarbetning har ägt rum - fullbordad inarbetning enligt 2 § tredje stycket varumärkeslagen - vilket lett till att produkten blivit känd av en avsevärd del av omsättningskretsen. Detta är just ett bevis för att produkten har tillräcklig distinktivitet. Om så är fallet, bör det också anses att marknadsföring av en kopia kan medföra risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung. Om det å andra sidan redan från början står klart att distinktivitetskravet är uppfyllt - det rör sig t.ex. om en helt "associationsfri" form[20] - bör förväxlingsrisk kunna föreligga vid en relativt låg inarbetningsnivå. Härvid bör förbud mot marknadsföring av efterbildningar kunna meddelas.

Varuförväxling

Medan vi inte hyst någon tvekan om att ta upp fallet med förväxling rörande kommersiellt ursprung i katalogen över typiska fall av otillbörlig efterbildning har vi tvekat då det gällt "kvalitets- eller varuförväxling".

Ofta medför ett vilseledande rörande kommersiellt ursprung samtidigt ett vilseledande rörande kvalitet. Detta gäller om kopian - som ofta är fallet - kvalitetsmässigt är sämre än originalet. För ett sådant fall behövs ingen specialregel avseende kvalitetsförväxling. Det otillbörliga ligger redan "inbakat" i kravet på förväxling rörande kommersiellt ursprung.[21]

Även om någon klar gränslinje inte går att dra, kan det tänkas andra fall då man kanske inte kan säga att konsumenten luras beträffande det kommersiella ursprunget. Han kan ändå vilseledas beträffande produktens kvalitet. Antag att det på marknaden finns en originalvara och en kopia som ser helt identiska ut, men där kopian får anses vara tillfredsställande neutraliserad. Som exempel kan nämnas den i fallet MD 1977:25 upptagna Fiskars-saxen, å ena sidan, och en "slavisk" efterbildning därav, å andra sidan. Denna sistnämnda antas vara marknadsförd i en plastpåse, på vilken uttryckligen anges märkesnamnet Faxy. Emellertid är det bara produkternas utanverk som är lika. Kopian är av betydligt sämre kvalitet än originalet. Ett annat exempel är två tvättmaskiner som ser likadana ut, men har olika ursprungsbeteckning.

Den risk för vilseledande som här uppkommer utgår från det faktum att konsumenten genom de båda varornas lika yttre förleds att tro att även deras inre är lika. I den mån konsumenten uppfattar att produkterna har olika kännetecken men ändå har anledning tro att kopian härstammar från samma tillverkare som originalet, rör det sig om en förväxling rörande kommersiellt ursprung. Konsumenten kanske har fått för sig att det är fråga om "märkesdifferentiering" avseende en och samma vara.[22]

Samma är förhållandet om konsumenten inte alls känner till originalets kommersiella ursprung och följaktligen inte reagerar på kopians ursprungsbeteckning, men ändå tror att det är fråga om samma vara. (Se närmare specialmotiveringen.)

Men även om det verkligen är klart att det inte är fråga om vilseledande rörande kommersiellt ursprung, kan det ofta vara ett starkt konsumentintresse att inte vilseledas beträffande en produkts kvalitet. Också om konsumenten verkligen uppfattar att efterbildningen tillverkats av någon annan än den som tillverkat originalet, kan han ha goda skäl att anta att kopian har samma egenskaper som originalet. Han kanske har anledning att tro att alla båtbeslag av en viss utformning och med en viss yta tillverkas av syrafast stål. Han kan också räkna med att alla produkter som efterbildar en S-märkt originalprodukt uppfyller kraven på S-märkning. Även om det finns möjligheter att angripa ett sådant förfarande med stöd av 2 § MFL eller enligt köprättsliga felregler, kan dessa regler knappast undanröja risken för sådana förfaranden som det här gäller. Om situationen är sådan att det finns avsevärd risk för att konsumenterna vilseleds om efterbildningens kvalitet, kan det finnas skäl att bedöma förfarandet som så otillbörligt att det bör förbjudas. Vi anser dock att det finns anledning att gå fram med stor försiktighet. De här aktuella fallen bör inte uttryckligen tas upp i lagtexten, utan bör bedömas enligt den regel för övriga fall som finns i lagförslagets 1 § första stycket punkten 5.

---

1 Prop. 1970:57 s. 76 och 90.
2 Bernitz i NIR 1975 s. 202 och hänvisningen där till art. 10 i Internationella Handelskammarens Grundregler för reklam.
3 Se betr. tysk rätt avsnitt 4.4 vid not 25 och betr. finsk rätt det i avsnitt 4.3 vid not 30 nämnda fallet ON 607/1982 rörande Fiskarssaxen.
4 Se t.ex. MD 1972:10 (Catalina).
5 Prop. 1970:57 s. 90.
6 Se Pehrson s. 191 ff.
7 MD 1983:3. Liknande uttryckssätt i MD 1983:23 (Prince Pro) och 1985:5 (Perstorp).
8 Se avsnitt 3.2.4.
9 Jfr hänvisningarna till Holmqvist och Pehrson i avsnitt 3.2.4 not 28.
10 Bernitz i NIR 1975 s. 198, Pehrson s. 200 f.
11 Se t.ex. MD 1985:5 (Perstorp).

12 Pehrson s. 201.
13 Prop. 1970:57 s. 90.
14 Pehrson a. st.
15 Bernitz i NIR 1975 s. 198.
16 Pehrson s. 203 f och 304. Jfr densamme i NIR 1983 s. 532.
17 Holmqvist, *Bilaga.*
18 Holmqvist a.a.
19 Jfr MD 1977:28 (Canicum), där det bl.a. uttalas: "utan egen särprägel kan förpackningarna svårligen uppfylla villkoret om inarbetning - - -".
20 T.ex. en glasspinne i form av en rymdfarkost. Jfr avsnitt 3.2.4 vid not 37.
21 Jfr Pehrson s. 373 f.
22 Se betr. märkesdifferentiering Bernitz, Svensk marknadsrätt s. 189.

7.6 Andra typfall av otillbörlig efterbildning

I föregående avsnitt har diskuterats de fall då en efterbildning anses otillbörlig, eftersom den medför risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung eller risk för förväxling rörande kvalitet.

Men som redan i detta betänkande vid ett flertal tillfällen har angivits förekommer - utöver förväxlingsfallet - ett flertal olika typfall då en efterbildning skulle kunna anses utgöra en handling av illojal konkurrens.

Synpunkten att flera efterbildningsfall än förväxlingsfallet bör kunna angripas med regler utanför immaterialrätten är inte någon nyhet i svensk rätt. I propositionen till 1970 års MFL tog föredragande departementschefen sålunda inte endast upp förväxlingsfallet. Han nämnde att det förfarande som användes vid efterbildningen exempelvis kunde utgöra kontraktsbrott. Åtgärden kunde också vara straffbar. Härvid nämnde departementschefen brottsbalkens bestämmelser om förmögenhetsbrott och reglerna om missbruk av yrkeshemlighet eller bestickning i IKL.[1]

För vår del anser vi att tiden nu är mogen att utveckla den svenska rätten och på ett tydligt sätt ange de situationer vid sidan av förväxlingsfallet där en efterbildning kan anses som otillbörlig. Redan departementschefens nyss omnämnda uttalande ger därvid en viss ledning. Men framför allt kan våra studier i utländsk rätt tjäna som underlag.

De utländska lagar vi har studerat bygger i regel på generalklausuler. Det saknas en sådan uppräkning i lagtext som inleder vår föreslagna första paragraf, se avsnitt 7.4 ovan. Men det hindrar inte att praxis och litteratur ger en mycket tydlig bild av tre typfall som återfinns i flera europeiska länder,

vars rätt vi har studerat. De fall det gäller är

- förtroendemissbruk
- "unmittelbare Leistungsübernahme"
- systematisk efterbildning

Vi skall i det följande se på var och en av dessa tre kategorier. Dessutom skall vi diskutera ett fjärde fall - "russin-ur-kakan" - som vi stött på vid våra studier av förekommande förfaranden inom svenskt näringsliv. I det sammanhanget skall vi också beröra efterbildning av reservdelar.

Förtroendemissbruk

Detta är en punkt som har anknytning till regler om missbruk av företagshemligheter. Enligt 3 § första stycket IKL straffas en anställd person som under anställningstiden obehörigen använder sig av eller yppar arbetsgivarens yrkeshemligheter. Enligt samma paragrafs andra stycke gäller detsamma om någon använder sig av eller ger annan del av en anförtrodd teknisk förebild.[2]

IKL:s regler kan sägas innebära en kriminalisering av vissa typer av missbruk mot ett givet förtroende. Första stycket i 3 § IKL ger ett straffrättsligt uttryck för den s.k. lojalitetsplikt som den anställde har gentemot sin arbetsgivare.[3] Paragrafens andra stycke gäller inte bara i relationen arbetsgivare-arbetstagare utan i alla situationer då en person har anförtrotts en teknisk förebild i kommersiellt syfte.[4]

Framför allt 3 § andra stycket IKL kan få betydelse i en efterbildningssituation. Från praxis kan nämnas ett hovrättsfall som rörde två personer A och B som samarbetade vid tillverkning av en hopfällbar vävstol, "Göta". B bröt sig dock ur samarbetet och startade tillverkning av vävstolen "Jonas" som A gjorde gällande var en kopia av "Göta". A stämde B under påstående att B gjort sig skyldig till brott mot 3 § andra stycket IKL. Tingsrätten fann att Göta-vävstolen anförtrotts B för affärsändamål och biföll käromålet. Hovrätten upphävde dock domen och högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd. Hovrättens motivering var i huvudsak den att Göta-vävstolen inte var av särskilt invecklad teknisk beskaffenhet och att B inte haft några svårigheter att, även utan de upplysningar han fått av A, efterbilda denna.[5] - Hovrättens dom stämmer med den bild av svensk - och tysk - rätt som har givits i betänkandet Företagshemligheter. Nämligen att det å ena sidan visserligen inte krävs att förebilden är "hemlig" för att skydd enligt 3 § andra stycket IKL skall komma i fråga men att, å andra sidan, innehållet i förebilden inte får vara "allmänt känt". Det angivna fallet får därvid tolkas som att en så enkel konstruktion som den ifrågavarande vävstolen måste anses ha överskridit denna senare nivå. I så fall kunde Göta-vävstolen inte anses som "anförtrodd".[6]

Av det sagda framgår att betydelsen av 3 § andra stycket IKL som skydd mot efterbildning är begränsad. För det första gäller lagrummet bara då en förebild är anförtrodd. Men även i förtroendefallen begränsas lagrummet genom sin koppling till IKL:s hemlighetsbegrepp.

I vårt förslag till en ny lag om skydd för företagshemligheter finns intaget regler (3-5 §§) om missbruk av företagshemlighet som är avsedda att ersätta 3 § IKL. Vi har föreslagit att man avskaffar det särskilda skyddet rörande tekniska förebilder i 3 § andra stycket IKL.[7] Förmodligen kommer i varje fall inte något heltäckande skydd för tekniska förebilder att finnas i en eventuell ny företagshemlighetslag.

Det är nu fråga om att skapa regler om efterbildning över huvud taget. Vi menar att man bör frikoppla efterbildningsskyddet från spörsmålet huruvida t.ex. en anförtrodd prototyp är att betrakta som "hemlig" eller "allmänt känd". Som sagts redan i avsnitt 7.3 anser vi inte heller att man bör ställa något krav på att originalvaran skall ha "särprägel". Även en efterbildning av en banal produkt som anförtrotts efterbildaren bör kunna angripas med stöd av här föreslagna regler. Detta innebär att om den som anförtrotts den ovan nämnda Göta-vävstolen verkligen har använt denna som förebild vid tillverkning av en sedermera marknadsförd kopia, bör förfarandet kunna betraktas som otillbörligt. Men annorlunda är det förstås om det anförtrodda objektet inte har använts som förebild, utan vederbörande har begagnat sig av en förebild som han förvärvat på öppna marknaden. I så fall är det ju inte längre fråga om efterbildning av det anförtrodda föremålet.

Det sagda leder sammanfattningsvis till att vi anser att man bör införa en regel om att förbud skall kunna meddelas då förfarandet har möjliggjorts genom ett förtroendemissbruk. Det bör inte vara uteslutet att sådant missbruk anses föreligga även om det gäller en tämligen banal vara som finns på öppna marknaden.

Direkt tillägnande av annans insats[8]

Detta är en situation som är allmänt känd i europeisk rätt.[9] Bilden av vad det här gäller är dock inte helt enhetlig. Det förekommer en del variationer vid definitionen av direkt tillägnande av annans insats eller "unmittelbare Leistungsübernahme".

I tysk doktrin delar man upp begreppet "sklavische Nachahmung" i 1."nachschaffende Übernahme" och 2."unmittelbare Leistungsübernahme". Skillnaden mellan de båda kategorierna är att i det första fallet har efterbildaren presterat något eget, visserligen med en annan prestation som förebild. I det senare fallet är det fråga om ett direkt, omedelbart utnyttjande av en annans prestation, utan någon egen prestation värd namnet. För vår del är nu av intresse den sista kategorin, dvs. en identisk plagiering av någon annans prestation. Från tysk rättspraxis har i litteraturen upptagits avgjutning av en plastbåt.[10]

I fransk rätt talar man mindre om "reprise directe des prestations d'autrui" än om "surmoulage" och "décalquage", dvs. avgjutning och kalkering. I fransk rätt har "surmoulage" och "décalquage" utan vidare ansetts konstituera illojal konkurrens. Detsamma gällde tidigare i tysk rätt beträffande "unmittelbare Leistungsübernahme". Tysk rätt har dock numera modifierat denna ståndpunkt. Även i tysk rätt krävs numera i praxis särskilda omständigheter som

gör förfarandet otillbörligt. Det har dock sagts att, för att den som gjort sig skyldig till "unmittelbare Leistungsübernahme" skall gå fri, det regelmässigt krävs att vederbörande förebringar särskilda grunder som rättfärdigar hans handlande.[11]

Vi anser att det är befogat att introducera "unmittelbare Leistungsübernahme" även i svensk rätt. I vårt empiriska material har vi bl.a. funnit samma situation som i det ovan nämnda tyska rättsfallet, avgjutning av en plastbåt.

I många fall kan det anses som snyltande på annans insats att - utan att prestera något eget - identiskt ta över en annans form, t.ex. genom en ren avgjutning. Det kan också röra sig om en kopiering med hjälp av en kopiator. Från tysk rätt kan erinras om fallet där en konkurrent hade kopierat en annans formulär för anställning hos Bundeswehr.[12] Särskilt är det otillbörligt när snyltaren tillgodogör sig omfattande utvecklings- och marknadsföringsinsatser genom sitt förfarande. I sådana situationer rör det sig regelmässigt om mera särpräglade produkter. Men även avgjutning etc. av banala produkter kan utgöra snyltande på annans insats. Är produktens form präglad av ett visst tekniskt syfte kommer särskilda överväganden in i bilden. Härvid aktualiseras det s.k. frihållningsbehovet. (Se vidare avsnitt 7.8 nedan.)

Vi föreslår på grund av det sagda att en efterbildning skall kunna förbjudas om förfarandet har möjliggjorts genom en avgjutning eller ett annat direkt tillägnande av annans insats.

Systematisk efterbildning

I tysk och fransk rätt framhålls ofta det systematiska eller planmässiga draget i ett efterbildningsförfarande som en anledning till ingripande också i fall då det inte föreligger förväxlingsrisk.

Särskilt stötande är det fall där någon fortlöpande efterbildar en annan näringsidkares produkter. Kan man konstatera t.ex. att en näringsidkare B under en viss tidsperiod har efterbildat alla de produkter som A framgångsrikt har marknadsfört finns det skäl att ingripa. Det gäller speciellt om denna systematiska efterbildning är kombinerad med en efterbildning av A:s "koncept". (Jämför avsnitt 7.3 ovan.) För att förhindra sådan systematisk snyltning på andras insatser har vi i lagtexten som särskilt otillbörligt tagit upp det fall att förfarandet systematiskt riktas mot ett annat företag.

Som systematisk efterbildning kan man också betrakta situationer där någon på en och samma gång efterbildar en konkurrents hela sortiment eller en väsentlig del av det. Även ett sådant förfarande kan, särskilt i kombination med andra omständigheter, vara så otillbörligt att det bör förbjudas. (Se vidare specialmotiveringen.)

Russin-ur-kakan-fallet - reservdelar m.m.

De tre ovan angivna typfallen är "klassiska" fall i europeisk konkurrensrätt och vi har inte hyst någon tvekan att introducera dem. Vid våra empiriska undersökningar av efterbildning inom svenskt näringsliv har vi funnit en fjärde kategori som bör tas upp till diskussion. Det gäller det s.k. russin-ur-kakan-fallet.

Vad det gäller är det fallet att någon plagierar särskilt vinstgivande komponenter i produkter eller produktsystem. Förfarandet förekommer i flera varianter. Idén är att ta ut särskilt lättillverkade och lättsålda artiklar ur ett sortiment, efterbilda dessa och marknadsföra dem i samma kanaler som originalprodukterna. Följande är ett exempel. A är tillverkare av elektriska kopplingar som används tillsammans i ett system. Dessa marknadsförs i en stor mängd olika varianter för täckande av skilda behov. En konkurrent går in på marknaden med kopior av endast ett fåtal av originalprodukterna, nämligen de som har den största åtgången.

En annan variant är marknadsföring av efterbildningar av reservdelar, t.ex. förslitningsartiklar. Från vårt empiriska material kan nämnas fallet då en konkurrent marknadsförde kopior av spengummin till mjölkningsmaskiner.

Att förfarandet är att anse som otillbörligt vid fall av förväxlingsrisk är klart. Däremot råder tvekan i andra fall. Å ena sidan är det givet, att om det görs ett urplock av vinstgivande komponenter i ett produktsystem eller produktsortiment och dessa komponenter efterbildas och säljs i konkurrens med originalvarorna, så kan detta innebära väsentliga skadeverkningar för originaltillverkaren. På sikt kan det bli omöjligt för honom att tillhandahålla ett fullständigt sortiment. Att hålla hela sortimentet är nämligen kostsamt och en förutsättning för att detta i längden skall vara möjligt är att originaltillverkaren får sälja "russinen". Å andra sidan bör lagstiftaren inte stödja en prispolitik hos originaltillverkaren som innebär att oproportionerligt höga priser tas ut på vissa delkomponenter eller förslitningsdetaljer. Det är nämligen inte ovanligt att en säljare säljer en huvudprodukt för ett tämligen lågt pris och beräknar att göra de stora förtjänsterna på "eftermarknaden". Det är därför av vikt att lagstiftaren uppmuntrar en produktkonkurrens som leder till en marknadsmässig prisbildning, som är fördelaktig från konsument- eller annan samhällssynpunkt.

Det sist sagda har särskilt stor betydelse när det gäller försäljning av reservdelar. Om konkurrenter inte tillåts att efterbilda originalreservdelar blir köparna hänvisade till att endast hålla sig till originaltillverkaren. Denne blir ensam om att tillhandahålla reservdelar till sina produkter. En sådan monopolsituation leder lätt till att överpriser tas ut för delarna. Det måste dock erkännas att kraven på originaltillverkaren att hålla hela sortimentet kan göra det berättigat att han håller en relativt hög prisnivå. Det är ju svårt för honom att konkurrera med en "pirat" som enbart säljer ett begränsat antal s.k. bästsäljare. Vi stannar dock vid ståndpunkten att det finns anledning att vara särskilt återhåll-

sam med åtgärder mot efterbildning när det gäller reservdelar. Vad varumärkesintrång beträffar finns en särskild regel i 4 § andra stycket varumärkeslagen som riktar sig mot användning av originaltillverkarens varumärke på reservdelar så att dessa ger intryck av att vara originaldelar eller annars auktoriserade av originaltillverkaren.[13]

Som ovan har antytts kan efterbildning av reservdelar vara att bedöma enligt regeln om förväxling av kommersiellt ursprung. Frågan om förväxlingsrisk eller inte i samband med reservdelar bör bedömas med försiktighet. Man bör också ta hänsyn till frihållningsbehovet för tekniska och funktionella element. Utformningen av reservdelar är ju i mycket stor utsträckning funktionsbestämd. Redan på grund härav kan ingrepp enligt den föreslagna lagen komma att uteslutas. (Se avsnitt 7.8 nedan.)

Problemen vid andra fall av "russin-ur-kakan" är helt eller delvis samma som föreligger på reservdelsmarknaden. Vi har därför funnit att man inte bör ta med de här behandlade situationerna i uppräkningen av de särskilda typfallen. När "russin-ur-kakan"-fallen undantagsvis framstår som sådant snyltande som vi vill motverka med den föreslagna lagen ger de andra uppräknade fallen tillräcklig ledning.

---

1 Prop. 1970:57 s. 76.
2 Jfr avsnitt 3.3.1 samt SOU 1983:52 s. 39 ff.
3 A.a. s. 95 ff.
4 A.a. s. 46.
5 Göta hovrätts, avd. 3, dom 1981-04-16, DT 53. Rättsfallet refererat i RH 1983 s. 140 (66:83).
6 SOU 1983:52 s. 333 ff och de där refererade fallen NJA 1967 s. 419 och 1970 s. 332.
7 SOU 1983:52 s. 337.
8 "Reprise directe des prestations d'autrui", "unmittelbare Leistungsübernahme".
9 Se t.ex. Dutoit s. 160 ff.
10 Avsnitt 4.4 vid not 41.
11 Avsnitt 4.4 vid not 43.
12 Avsnitt 4.4 vid not 46-47.
13 Se härom de båda hovrättsfallen NIR 1969 s. 418 och 424, båda rörande reservdelar - icke original - till bilar av märket Volkswagen.

7.7. Vilka personer träffas av reglerna?

Vi har i det föregående diskuterat vilka handlingar som bör omfattas av en konkurrensrättslig lag mot otillbörlig efterbildning.

I nu förevarande avsnitt skall en annan fråga beröras, nämligen vilka personer som bör träffas av den blivande lagstiftningen. Den frågan hänger nära samman med vilka förfaranden som den nya lagen vänder sig mot.

I avsnitt 7.4 har angivits att lagen bör riktas mot ett förfarande som utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till.

Lagen vänder sig alltså mot ett snyltande eller parasitärt förfarande. Men vem är det egentligen som snyltar på originaltillverkarens insats? Vi har tidigare helt allmänt talat om "efterbildaren" eller "plagiatören". Men en person som efterbildar en annans produkt snyltar i och för sig inte på den andre. Det gör han först då han exploaterar plagiatet på marknaden.

Det sagda leder till att det i vart fall inte *primärt* är den som efterbildar en produkt som lagen bör vända sig mot. I stället bör den i första hand träffas av lagen som *marknadsför* ett plagiat. Naturligtvis kan det föreligga persongemenskap mellan den som efterbildar en produkt och den som marknadsför kopian. Men det kan också vara så - och det är säkert det vanligaste - att den som utför själva efterbildningen är en annan person än den som marknadsför den.

Utgångspunkten är alltså att den som marknadsför en produkt i första hand är den som bör träffas av den blivande lagstiftningen. Frågan är dock om det räcker att säga att den som marknadsför produkten kan drabbas av lagens sanktionssystem. Termen marknadsföring bör naturligtvis helst ha samma innebörd som i andra lagar där termen används, främst MFL. I propositionen till 1970 års MFL uttalade departementschefen bl.a. att i begreppet marknadsföring får anses ligga att det skall vara fråga om åtgärder som syftar till att främja avsättning av varor eller tjänster. Hit hör, sägs det, i första hand framställningar och andra handlingar som vänder sig till allmänheten eller en viss grupp av intressenter, exempelvis annonser och säljfrämjande åtgärder av allmän inriktning. Termen marknadsföring täcker emellertid också åtgärder som är inriktade på enskilda individer, exempelvis säljargument som en försäljare använder vid förhandling med en enskild kund.[1]

I propositionen till 1975 års MFL görs det tillägget att redan själva saluhållandet, även om det är helt passivt, bör anses ingå i begreppet marknadsföring. Begreppet måste vidare anses innefatta inte bara försäljning utan också uthyrning och liknande förfaranden.[2]

Vi kan inte se annat än att termen marknadsföring, i den betydelse som framgår av angivna förarbetsuttalanden, täcker all den exploatering av plagiat som vi vill komma åt. Det är emellertid angeläget att framhålla att termen i den föreslagna lagen fattas i en vid betydelse. Sålunda bör lagen omfatta sådana fall där någon, utan att det kan sägas att vederbörande företar några allmänna "säljfrämjande åtgärder", tar kontakt med en enda person och med denne sluter ett köpe- eller hyresavtal. Förmodligen ryms även sådana åtgärder under MFL:s marknadsföringsbegrepp. Vi återkommer till omfattningen av begreppet marknadsföring i specialmotiveringen.

Det sagda innebär alltså att vi menar att den nya lagen bör vända sig mot marknadsförare som exploatörer av plagiat, oavsett om det är dessa som också har utfört själva efterbildningen eller ej.

Frågan kvarstår dock hur man skall ställa sig gentemot den som upptäcks vara sysselsatt med att plagiera någon annans produkt, utan att vederbörande har kommit så långt att han har börjat att exploatera efterbildningarna.

Vi menar att man i ett sådant fall bör beakta risken för ett kommande utnyttjande av produkterna. Det förefaller normalt mycket osannolikt att någon skulle sysselsätta sig med att tillverka kopior utan att så småningom kommersiellt utnyttja dessa. Det kan dock inte helt uteslutas att det kan föreligga fall då någon tillverkar kopior utan någon tanke på en framtida marknadsföring. Det kan från konkurrenssynpunkt inte anses otillbörligt att, utan tanke på framtida vinster, kopiera en produkt så att säga för egen räkning. Detta leder till att vi föreslår att efterbildaren bör träffas av lagen endast om det finns risk för ett otillbörligt förfarande.

Motsvarande resonemang kan föras också i andra situationer. Vi tänker främst på det fall att någon från utlandet importerar efterbildade varor som läggs på lager hos importören. Ett annat fall är där någon, utan att det föreligger en importsituation, lagerhåller kopior. För att lagen i sådana fall skall bli tillämplig, bör även i dessa fall krävas risk för ett kommande otillbörligt utnyttjande.

Till de internationella aspekter som kan bli aktuella i sammanhanget återkommer vi i avsnitt 7.11.

---

1 Prop. 1970:57 s. 64.
2 Prop. 1975/76:34 s. 124. Se vidare prop. 1976/77:123 s. 160 och Bernitz, Svensk marknadsrätt, s. 126.

7.8 Skall efterbildningsskyddet uteslutas då formen är funktionell?

Bakgrund

Ett konkurrensrättsligt skydd mot efterbildning har stark anknytning till det skydd som kan ges för varuutstyrslar enligt varumärkesrätten. Denna koppling kommer inte minst till synes då det gäller frågan om undantag från efterbildningsskyddet för produkter vars utformning betingas av syftet att åstadkomma en viss teknisk funktion.

I varumärkeslagen är detta spörsmål behandlat i 5 §. Där anges att ensamrätt till varukännetecken inte innefattar sådan del av kännetecknet, som huvudsakligen tjänar att göra varan eller dess förpackning mera ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken.

Det förefaller som marknadsdomstolen i sin praxis har tillämpat den grundsats som den angivna paragrafen ger uttryck för. Såvitt vi har kunnat se har bestämmelsen dock aldrig åberopats uttryckligen. Principen att inte ge efterbildningsskydd åt en funktionell form har kommit fram så att säga indirekt. Som nämnts i avsnitten 3.3.2 och 7.5 kräver marknadsdomstolen för att förbud enligt 2 § MFL skall medges att originalprodukten har "särprägel". Domstolen har i sin praxis kopplat ihop kravet på särprägel och frånvaro av skydd då produktens utformning fyller en teknisk funktion. Av t.ex. Perstorps-fallet (MD 1985:5) framgår att för "att en förpackning skall anses särpräglad krävs att dess utformning har en särskiljande funktion och inte huvudsakligen är tekniskt eller funktionellt betingad".

I litteraturen har Pehrson kritiserat denna koppling. Det förhållandet att ett föremål måste ha en viss utformning för att kunna fylla en viss given funktion, innebär inte automatiskt att utformningen saknar särskiljningsförmåga. Domstolen borde mera öppet ha redovisat i vad mån ingrepp mot vilseledande om kommersiellt ursprung kan ske där vilseledandet grundas på en efterbildning av tekniskt betingad formgivning.[1] Holmqvist har understrukit att formens distinktivitet i sin helhet skall bedömas i förhållande till den vara vars kommersiella ursprung formen individualiserar. Därvid kan den av funktionella former sammansatta helheten framstå som icke-funktionell och vara ägnad att framstå som ett kännetecken för varans kommersiella ursprung. De i helheten ingående funktionella delformerna kan mycket väl bidra till att ge känneteckenskaraktär åt varan i dess helhet samtidigt som de enligt 5 § varumärkeslagen är i och för sig fritt tillgängliga för andra näringsidkare. Ingående i en känneteckenshelhet fyller de funktionella formelementen tillsammans med andra formelement uppgiften att vara kännetecken, men tagna var för sig gör de det inte.[2]

Även enligt vår mening måste man skilja på frågan om särskiljningsförmåga och frågan huruvida efterbildningsskydd utesluts därför att den efterbildade formen är funktionell. Detta är särskilt väsentligt eftersom det enligt vårt lagförslag inte ställs något allmänt krav på "särprägel". Frågan om särskiljningsförmåga har endast betydelse vid en bedömning av huruvida det föreligger risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung (eller risk för varuförväxling). Men även i förväxlingsfallet måste de båda spörsmålen hållas isär. Vi vill skarpt understryka att, som har framhållits i litteraturen, det förhållandet att en vara helt eller delvis består av funktionella element, ingalunda innebär att den inte kan ha särskiljningsförmåga. Tvärtom kan en produkt, vars utformning är styrd av sitt tekniska syfte, mycket väl ha en lägre eller högre grad av distinktivitet. Dvs. produkten ger intryck av att härröra från en viss tillverkare eller marknadsförare. Om den inneboende distinktiviteten är otydlig, kan den tydliggöras genom en mer eller mindre omfattande inarbetning. Att produkten är känd på marknaden är också en förutsättning för att marknadsföring av en kopia skall medföra förväxlingsrisk - låt vara att det härför inte behövs

inarbetning i varumärkesrättslig mening. (Jämför till det sagda avsnitt 7.5 ovan.)

Dock kvarstår alltjämt frågan huruvida det förhållandet att produktens form har utformats med hänsyn till ett visst tekniskt ändamål skall medföra att en efterbildning inte skall anses otillbörlig. I den följande diskussionen behandlas först förväxlingsfallet. Hur frågan skall bedömas i övriga efterbildningsfall berörs i slutet av detta avsnitt.

Utgångspunkten

Som flera gånger tidigare har framhållits, utgår vi från att det skall råda efterbildningsfrihet utanför ramen för det immaterialrättsligt skyddade området. Men marknadsföring av en efterbildning får inte ske med vilka medel som helst. Enligt vårt lagförslag kan ett snyltande på annans insats komma att förbjudas. Detta gäller till en början om någon närgånget efterbildar annans icke-funktionella formgivning, särskilt om det föreligger förväxlingsrisk eller något annat av de särskilda typfallen av otillbörligt förfarande. Men om formen är funktionell, dvs. anpassad för att uppfylla ett visst funktionellt, tekniskt ändamål, kan saken komma i ett annat läge. Regler mot otillbörlig efterbildning bör inte få användas för att hindra andra näringsidkare att tillverka och marknadsföra kopior av varor som tjänar sådana ändamål. Detta skulle vara ett oacceptabelt ingrepp i marknadsekonomin. Rättsordningen bör inte lägga hinder i vägen för ett allmänt utnyttjande av formelement som - utan att vara patentskyddade - behövs för att åstadkomma en viss teknisk verkan. Man kan i detta sammanhang tala om ett frihållningsbehov, se avsnitt 3.2.4 ovan.

Krav på variation?

Frågan är dock vad det sagda närmare innebär. Skall all teknisk betingad formgivning vara undantagen från skydd? Svaret på denna fråga sammanhänger bl.a. med huruvida en form - funktionell eller icke-funktionell - är variabel.

Efterbildning av en icke-funktionell - estetisk - form kan på den grunden sägas vara onödig att formen alltid kan varieras. Om A tillverkar en prydnadsfigur i form av en tomte är det från funktionell synpunkt inte nödvändigt att B, som vill konkurrera med A, tillverkar en tomte som är identisk med A:s. I princip står det dock B fritt att tillverka och sälja sådana kopior. Endast om förfarandet är särskilt förkastligt kan det förbjudas enligt den föreslagna lagen. Det krävs då att särskilda rekvisit är uppfyllda.

Det viktigaste fallet är att det föreligger förväxlingsrisk mellan originalet och kopian. Denna förväxlingsrisk kan undanröjas på två sätt som för övrigt kan kombineras. Den första metoden är att variera formen och utseendet på kopian så långt att förväxlingsrisk utesluts. Den andra metoden är att visserligen behålla originalets utseende, men neutralisera förväxlingsrisken genom en särskiljande förpackning, tydlig märkning etc.

Men hur skall man se saken om det gäller en form som tjänar till att åstadkomma en viss teknisk funktion? Härvid skall till en början noteras vad som redan har antytts i det föregående, nämligen att en form kan vara sammansatt av såväl funktionella som icke-funktionella element, som kan vara mycket svåra - rentav omöjliga - att skilja åt. Som exempel kan nämnas en sax. Denna tjänar onekligen ett visst tekniskt ändamål, t.ex. att användas som verktyg i hushållet. Men samtidigt är det uppenbart att saxen kan ha utformats så att den också tillgodoser estetiska krav.

Frågan om en variabel eller icke-variabel form för åstadkommande av en viss teknisk funktion uppmärksammades av mönsterskyddsutredningen i det betänkande som ligger till grund för mönsterskyddslagen. Denna utredning uttalade nämligen bl.a. apropå frågan om mönsterskydd för s.k. nyttomönster:

> De betänkligheter, som sålunda framkommit, torde emellertid icke äga sådan styrka, att man har anledning att beakta dem. Sådana fall, där ett mönster verkligen utgör den enda möjliga tekniska utformningen av en idé, måste antagas vara mycket sällsynta. För utredningen har det t.o.m. varit svårt att bilda sig en föreställning om hur sådana mönster och idéer skulle se ut. I regel måste det nämligen av allt att döma finnas andra utformningar tillgängliga för att tillgodose den aktuella tekniska idé, som kommit till uttryck i mönstret, för så vitt icke samtliga dessa utformningar tagits i anspråk genom mönsterregistreringar.[3]

Marknadsdomstolen intar till frågan om skydd för variabla tekniska former en helt klar ståndpunkt. Så sägs i fallet MD 1981:2 (Conex) att en teknisk/funktionell varuutformning måste få vara tillgänglig för envar. Detta gäller enligt domstolen även om alternativa tekniska lösningar står till buds.

Det förefaller som att detta ståndpunktstagande nära överensstämmer med registreringspraxis i varumärkesärenden. Som framgår av avsnitt 3.2.4 råder en mycket sträng sådan praxis i fråga om varuutstyrslar, särskilt egentliga sådana. Denna praxis grundas på bestämmelsen i 1 § andra stycket varumärkeslagen att utstyrseln skall vara säregen. Men dessutom har praxis kommit att skärpas genom tillämpning av lagens 5 §. Denna paragraf infördes för att hindra att det på en omväg - via varumärkesrätten - infördes ett tidsobegränsat skydd för tekniska och funktionella element.[4] 5 § har enligt Holmqvist kommit att tolkas så att den från skydd undantar inte bara den *tekniska idé* som bärs upp av ett visst formelement, utan också den *utföringsform* som denna idé i det speciella fallet har fått. Även om formen inte är den enda för att åstadkomma det avsedda funktionella syftet blir den fritt tillgänglig för efterbildning.[5]

Som exempel på varumärkesrättslig registreringspraxis kan nämnas Philishave-fallet (RÅ 1966 s. 35). Utgången i detta fall har tolkats så att apparatens utförande var funktionellt betingad och därmed utesluten från varumärkesskydd enligt 5 § varumärkeslagen. Det skulle alltså sakna betydelse att en elektrisk rakhyvel kan utformas på många olika sätt och ändå åstadkomma samma tekniska verkan.[6]

Synsättet att det är tillåtet att kopiera varje tekniskt betingad formgivning, även om den är varierbar, har emellertid kritiserats. Enligt Holmqvist finns det inget frihållningsbehov för en form som åstadkommer en viss teknisk verkan, om samma verkan kan uppnås med andra former.[7]

I princip ansluter vi oss till Holmqvists uppfattning. Man bör kunna kräva att en konkurrent utnyttjar de möjligheter som står till buds för att variera sådana formelement som har en teknisk funktion. Ett sådant resonemang borde ha lika stor relevans vid en bedömning enligt MFL och vår föreslagna lag som vid bedömningen av det känneteckensrättsliga skyddet enligt varumärkeslagen. Dessa fall ligger varandra mycket nära och konkurrenshänsyn måste bli avgörande i båda situationerna.

Det bör dock kraftigt understrykas att - vare sig man ser saken ur varumärkesrättslig synvinkel eller ur det konkurrensrättsliga perspektiv som nu är aktuellt - det aldrig kan vara tal om att ge ett *idéskydd*. Ett sådant skydd kan endast erhållas med stöd av patenträttens regler. Varumärkesrättens skydd för varuutstyrslar är emellertid inte annat än ett formskydd. Det kan inte finnas skäl att från varumärkesrättslig ensamrätt undanta sådana former, vars tekniska idé kan förverkligas på annat sätt. Vi sysslar dock inte med varumärkesrätt utan med regler mot otillbörlig efterbildning. I förväxlingsfallet är situationen emellertid mycket närliggande. Vi menar att det i princip måste betraktas som oacceptabelt att någon tillverkar och marknadsför en förväxlingsbar kopia om det finns möjligheter att variera utformningen. Det bör gälla såväl estetiska som funktionella former.

Kravet på variation måste dock modifieras. Vid närmare granskning är det tveksamt om det är riktigt att alla eller de flesta tekniska former kan varieras. Vi tar åter hushållssaxen som exempel. Dennas form är som nämnts sammansatt av icke-funktionella och funktionella element. Här är nu endast av intresse frågan huruvida de tekniska elementen kan varieras utan att detta ändrar saxens funktion. Hos en hushållssax med delvis taggad skäryta kan skären säkert varieras i stor utsträckning, utan men för saxens funktion att klippa i t.ex. kartong eller tyg. Men en variation kanske är svår eller omöjlig med bibehållande av funktionen att klippa upp färsk fisk. Om det skulle konstateras att den skäryta som behövs för att uppfylla detta sista ändamål inte kan varieras, bör alltså efterbildning av skärytan inte kunna förbjudas.

Problemet kan också illustreras av det ovan nämnda Conex-fallet. Det gällde där klämringskopplingar försedda med s.k. rillor, som skulle underlätta åtdragning av kopplingarna. Marknadsdomstolen ansåg dessa rillor i första hand ha en teknisk funktion och inte en känneteckensfunktion och betraktade därför inte en efterbildning som otillbörlig. Original och kopior är här förvillande lika. Till en början skulle man kunna tycka att man genom att ändra på utseendet på rillorna skulle kunna uppnå samma tekniska funktion, att underlätta åtdragning av kopplingarna. Men är detta helt säkert? Krävs det då kanske ett annat verktyg för att dra åt kopplingarna? Skulle till äventyrs åtdragning då försvåras eller bli mindre effektiv?

Man kommer härvid över på en annan aspekt på kravet på variation av en teknisk form. Antag att en variation till uppnående av samma tekniska verkan i och för sig är möjlig. Men detta alternativa utförande kanske kan uppnås endast med betydligt större svårigheter och kostnader. Vi menar att i ett sådant fall frihållningsbehovet måste slå igenom. Variation av en teknisk form till undanröjande av förväxlingsrisken, kan inte krävas om den varierade produkten inte blir någorlunda likvärdig med originalet vad gäller konkurrenskraft på den aktuella marknaden. Skall variationen drivas så långt att förväxlingsrisken verkligen undanröjs, kanske kostnaderna till den grad springer i höjden att man kommer över gränsen på vad som är en konkurrensmässigt likvärdig variation. Som ovan nämnts kan det också tänkas att variationen går så långt att produkten inte längre fyller någorlunda samma tekniska funktion.

Vid bedömningen av om det skall krävas variation måste också beaktas vad som redan ovan har angivits, nämligen att en form ofta är sammansatt av både funktionella och icke-funktionella element. I avsnitt 3.2.4 har redovisats synsättet att man vid bedömningen av om en utstyrsel bör skyddas eller ej bör anlägga en *helhetssyn*. Inget hindrar att man låter ett alster såsom en helhet åtnjuta skydd, men från skyddet undantar de moment som är tekniskt betingade och icke varierbara. Detta synsätt går väl ihop med ordalagen i 5 § varumärkeslagen. Ett varukännetecken som består av både funktionella och icke-funktionella element kan enligt detta lagrum få varumärkesrättsligt skydd. Det är endast de *delar* av kännetecknet som är - huvudsakligen - funktionella som utesluts från skyddet.[8]

Det sagda kan illustreras med marknadsdomstolens avgörande i Fiskarsfallet (MD 1977:25). Detta fall gällde en efterbildning av en sax där efterbildningen överensstämde med originalet till form, färg och materialval. Marknadsdomstolen ansåg dock att originalsaxen inte var särpräglad och förbjöd inte efterbildning.

Som har sagts i avsnitt 7.5 anser vi det inte nödvändigt att - i förväxlingsfallet - ställa krav på annat än vanlig särskiljningsförmåga. Om vi antar att sådan föreligger, blir avgörande för skyddet saxens funktionella karaktär. Om man förutsätter att formen på saxen är huvudsakligen funktionell och dessutom antar att den - med bibehållen funktion - inte kan varieras skulle marknadsföring av en sax med samma form som originalets inte kunna förbjudas.[9] Därvid har man emellertid inte beaktat färgens betydelse. Som Pehrson har påpekat fyller en färg vanligen inte någon funktion.[10] Fiskars-plagiatet hade samma karakteristiska oranga färg som originalet. Tillsammans med den praktiskt taget identiska formen gör det identiska färgvalet att förväxlingsrisken kraftigt accentueras. Ett förbud borde alltså i detta fall kunna meddelas om dess räckvidd inskränktes till att avse marknadsföring av efterbildade saxar av samma färg.

En *sammanfattning* av det sagda ger följande. Vår utgångspunkt är att tekniska former inte får bli föremål för monopolisering. Men om ett tekniskt syfte kan uppnås i ett annat utförande, innebär det förhållandet att formen kan sägas vara funktionell inte något hinder mot att - då det föreligger förväxlingsrisk - meddela ett förbud mot marknadsföring av ett

plagiat. Vid bedömningen av om variation skall krävas, måste emellertid beaktas huruvida denna variation, som utesluter förväxlingsrisk, ligger inom ramen för vad som är från konkurrenssynpunkt rimligt. Om variationen endast med avsevärda kostnader och svårigheter kan genomföras bör denna inte krävas. Slutligen bör det förhållandet att en produkt innehåller funktionella element inte hindra ett förbud avseende marknadsföring av efterbildningar av i originalet ingående icke-funktionella element.

Neutralisering

Med det ovan förda resonemanget är man dock inte framme. Det gäller alltjämt att bedöma situationen där någon marknadsför en kopia på ett sådant sätt att det finns risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung. Kan det verkligen från konkurrenssynpunkt vara försvarligt att marknadsföra kopior så att förväxlingsrisk uppstår? Detta även om till äventyrs produkten - i sin helhet eller delvis - är såväl funktionell som icke-variabel?

Vi anser att frågan normalt bör besvaras nekande. Detta alltså även om produktens utseende, med hänsyn till ändamålet, inte går att variera och förväxlingsrisken alltså inte kan undanröjas på det sättet. Men en neutralisering av risken för förväxling måste regelmässigt ändå vara möjlig. Vi återgår till den nyss nämnda Fiskars-saxen som ett gott exempel. I finsk opinionsnämndspraxis har marknadsföring av ett Fiskars-plagiat - till skillnad från utgången i det svenska fallet MD 1977:25 - ansetts utgöra otillbörlig konkurrens. Men i ett par andra fall då plagiat hade förpackats i "produkten tydligt särskiljande försäljningsförpackning" ansågs förväxlingsrisk inte längre föreligga. Detta gällde också då svaranden dessutom hade satt ut sitt eget varumärke på själva saxen.[11]

Avslutande ord rörande förväxlingsfallet

Det sagda innebär alltså att marknadsföring av en förväxlingsbar kopia, även om den är av teknisk karaktär, i allmänhet inte kan vara tillbörlig. Låt vara att man kan tänka sig tekniska former som inte går att variera. Men om så skulle vara fallet, måste det - såvitt vi kan bedöma - regelmässigt finnas något annat sätt att tala om för kundkretsen att kopian har ett annat kommersiellt ursprung än originalets. Detta kan ske genom en tydlig märkning eller genom ett annorlunda färgval än originalets eller genom en särskild särskiljande förpackning.

Vad nu har sagts får dock inte tolkas som att vid bedömningen av frågan om förbud ingen hänsyn skall tas till att en produkts form är funktionell. I botten ligger hela tiden principen att en lag om otillbörlig efterbildning inte får medföra monopolisering av tekniska idéer. Det bör i allmänhet anses som allvarligare att underlåta att neutralisera estetiska än tekniska former. Det kan heller inte helt uteslutas att det finns fall då såväl en variation som en neutralisering ter sig svår eller rent av omöjlig. I vissa fall kan neutralisering väl vara möjlig, men opraktisk eller oproportionerligt kostsam. Man kan tänka sig banala produkter som skruvar, pluggar och liknande. I fall som dessa bör marknadsföring av efterbild-

ningar, fast det finns förväxlingsrisk, kunna accepteras.

Vi har noggrant övervägt om vi i den blivande lagen bör lägga fram ett förslag, motsvarande 5 § varumärkeslagen. Vi har härvid diskuterat en rad olika förslag till lydelse av en sådan paragraf. Vi har dock - och det gäller nu alltjämt endast förväxlingsfallet - kommit fram till att vi *inte* bör lägga fram något sådant förslag. Hur den tänkta bestämmelsen än formuleras, finns risken att den leder vilse. Ett viktigt skäl är också att ett sådant förslag borde samordnas med en eventuell revidering av 5 § varumärkeslagen. En revidering av denna paragraf bör emellertid ske i samband med en allmän översyn av varumärkesrätten. Vi inskränker oss därför till de uttalanden som gjorts här.

Andra fall än förväxlingsfallet

Det sagda har i allt väsentligt gällt förväxlingsfallet. Vi skall nu slutligen se på de övriga fall som särskilt skall beaktas vid bedömandet av huruvida marknadsföring av en efterbildning bör förbjudas. Det gäller alltså förtroendemissbruk, "unmittelbare Leistungsübernahme" och systematisk efterbildning.

Som flerstädes har framhållits hindrar lagförslaget inte en konkurrent att göra en mycket närliggande kopia av en originalprodukt, utom då det tillkommer moment som gör förfarandet särskilt stötande. Det måste dock medges att det förhållandet att formen är av teknisk karaktär kan kompensera vissa av de uppräknade förfarandena. Avgjutning är ett typexempel. Normalt kan det inte vara tillbörligt att använda avgjutning som ett medel att kopiera en annans produkt. Det kan dock inte uteslutas att, då det gäller tekniska former, en avgjutning kan vara nödvändig för att uppnå ett visst tekniskt resultat. Om detta är skälet till avgjutningen - och inte bara att spara in kostnader för produktionen - kan även en avgjutning te sig tillbörlig. Det är dock osannolikt att sådana fall skulle förekomma i praktiken. Ett motsvarande resonemang kan föras också i fråga om förtroendemissbruk och systematisk efterbildning. Inte heller för de nu aktuella otillbörlighetsfallen föreslår vi någon särskild lagregel rörande undantag från förbud då formen är teknisk.

---

1 Pehrson s. 195 och 198.
2 Holmqvist, manuset.
3 SOU 1965:61 s. 69 f.
4 SOU 1958:10 s. 248.
5 Holmqvist, manuset.
6 Se avsnitt 3.2.4 vid not 31-33.
7 Holmqvist, *Bilaga.*
8 Holmqvist a.a. Jfr Pehrson s. 196. - Holmqvist understryker att 5 § varumärkeslagen är så att tolka att paragrafen anger varumärkesrättens *omfång* och inte dess *förutsättningar*. Paragrafen är alltså en mot-

svarighet till den s.k. disclaimerregeln i 15 § varumärkeslagen.

9 Exemplet är valt endast för att illustrera resonemanget i texten ovan. Vi tar inte någon slutlig ställning till frågan om saxens form kan varieras med bibehållande av samma funktion.

10 Pehrson a.st.

11 Se betr. dessa fall avsnitt 4.3 vid not 30-32.

7.9. Sanktioner och säkerhetsåtgärder

Inledning

I avsnitt 3.4 har vi redogjort för de påföljder som är aktuella inom immaterial- och konkurrensrätten. I detta avsnitt skall diskuteras vilka påföljder som bör väljas i en lag om otillbörlig efterbildning.

Då det gäller de olika styrmekanismer som kan påverka människors handlande vill vi peka på inledningen i avsnitt 10.3 i betänkandet Företagshemligheter.[1] Liksom då det gäller att finna ut sanktioner mot angrepp på företagshemligheter, är det nu fråga om att styra ett handlande på marknaden.

De rättsliga påföljder som i praktiken är tänkbara på ifrågavarande område är straff, skadestånd och förbud. Dessa påföljder kan kompletteras av vissa säkerhetsåtgärder.

Straff

Av avsnitt 3.4 framgår att straff i dag förekommer både på immaterial- och konkurrensrättens område. Vad gäller immaterialrätten finns straffbestämmelserna i de särskilda immaterialrättsliga lagarna. Det noteras att detta gäller också varumärkesrätten. Uppsåtligt intrång i rätten till ett inarbetat varumärke är enligt varumärkeslagen straffbart.

Men även när det gäller illojal konkurrens förekommer kriminalisering. Så är fallet enligt 3 och 5 §§ IKL. Också i MFL förekommer straffbestämmelser. Lagens tre generalklausuler i 2-4 §§ är primärt belagda med förbud, men för särskilda typer av marknadsföringsåtgärder har stadgats straff (6-8 §§). Härvid är att lägga märke till att de förfaranden som är brottsliga enligt 6-8 §§ också är att anse som otillbörliga enligt 2 § och alltså kan förbjudas enligt denna paragraf. Att dessa förfaranden ändå har straffbelagts är ett uttryck för att de av lagstiftaren har ansetts speciellt oacceptabla.

Straff anses som bekant ha dels en allmänpreventiv och dels en individualpreventiv effekt. Som har framhållits i betänkandet Företagshemligheter är det dock inte säkert att den allmänpreventiva verkan gäller generellt. Då det gäller näringsidkarnas konkurrensbeteende torde denna verkan främst

vara avhängig av de etiska normer som allmänt gäller inom näringslivet. Det är naturligtvis möjligt att dessa normer kan påverkas av ett straffhot.

Vad gäller straffets individualpreventiva effekt är denna knappast adekvat på utredningens område. Som styrmedel att hindra en viss gärningsman att i fortsättningen göra sig skyldig till otillbörlig efterbildning, finns det lämpligare påföljder.

Vi har funnit flera skäl som talar mot straff för otillbörlig efterbildning. Efterbildning ligger oftast i ett gränsområde mellan sådant marknadsbeteende som kan accepteras och sådant som inte kan accepteras. Man skulle visserligen kunna tänka sig att - i enlighet med MFL:s modell - rycka ut vissa såsom särskilt allvarliga betraktade förfaranden och straffbelägga dessa. Det skulle dock möta stora svårigheter att, med den noggrannhet som med hänsyn till legalitetsprincipen krävs i straffrätten, precisera dessa förfaranden. Om man slopar tanken på straff innebär detta i själva verket en kontinuitet i förhållande till MFL. Efterbildning går inte in under de särskilda straffbestämmelserna i 6-8 §§ MFL, utan faller endast in under 2 §, och kan alltså i dag följas endast av förbud. I den mån efterbildningen är att betrakta som immaterialrättsintrång är den redan nu straffbar. Men något behov att utanför den immaterialrättsliga ramen utvidga möjligheterna till straff, finner vi inte påkallat.

Vidare skall observeras att efterbildning ofta sker inom ramen för ett företag som är juridisk person. Detta medför att straffet kommer att riktas mot ett annat subjekt än det som gjort de ekonomiska vinsterna på verksamheten.

I detta sammanhang skall nämnas de nyligen införda reglerna i 36 kap. BrB.[2] Här har introducerats en ny sanktion, benämnd företagsbot. Denna, som är konstruerad som en särskild rättsverkan av brott, skall kunna åläggas näringsidkare när brott har begåtts i deras verksamhet. För att företagsbot skall komma i fråga ställs särskilda krav bl.a. på att brottsligheten har inneburit ett grovt åsidosättande av särskilda skyldigheter som åvilar näringsidkaren eller annars är av allvarligt slag. Om kriminalisering av otillbörlig efterbildning skulle ske, innebär detta teoretiskt att företagsbot skulle kunna åläggas näringsidkare som utför efterbildningen. Vi anser dock inte att detta är något skäl att införa straff på utredningens område. Det förefaller oss föga sannolikt att efterbildning annat än i extrema fall kan komma att nå upp till den kvalifikationsnivå som krävs för att företagsbot skall kunna åläggas.

Utomlands, t.ex. i Västtyskland och USA, har skärpta straffpåföljder aktualiserats då pirathandeln ansetts medföra påtagliga missförhållanden. I Sverige har missbruk främst kunnat beläggas såvitt gäller piratkopiering av fonogram och videogram. Därför har också straffsatserna inom upphovsrätten höjts genom ny lagstiftning.[3] Vad gäller andra efterbildningar har vi inte ansett de missförhållanden som beskrivits i kap. 5 vara av så allvarlig natur att ingripande med straffpåföljd är motiverat.

Skadestånd

Som har nämnts finns i de immaterialrättsliga lagarna straffbestämmelser. De sålunda kriminaliserade gärningarna är härvid också skadeståndsgrundande. Detta följer av regeln i 2 kap. 4 § skadeståndslagen som anger att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott också är ersättningsskyldig enligt vad som gäller för person- eller sakskada.

2 kap. 4 § är dock endast en huvudregel. Till en början noteras att principen i paragrafen alls inte gäller i kontraktsförhållanden. Vidare ges i lag undantag från principen även i utomobligatoriska förhållanden. Härvid är särskilt att märka de regler som ges i immaterialrätten, se 58 § patentlagen, 54 § upphovsrättslagen, 36 § mönsterskyddslagen och 38 § varumärkeslagen. Dessa bestämmelser grundar rätt till skadestånd för ren förmögenhetsskada även utanför ramen för det straffbara området.[4] Rekvisiten i de olika bestämmelserna skiljer sig emellertid åt. Så kan enligt patent-, upphovsrätts-och mönsterskyddslagarna, till skillnad från vad som gäller enligt varumärkeslagen, skadestånd utgå även om gärningsmannen inte har förfarit oaktsamt.

Vad gäller konkurrensrätten är 3 och 5 §§ IKL straffbelagda. Skadeståndsskyldighet föreligger sålunda även då det gäller brott mot dessa lagrum. Däremot är skadeståndsreglerna i MFL mycket snäva. Om en näringsidkare bryter mot generalklausulen i 2 § MFL ger lagen inte möjlighet för en förfördelad näringsidkare att få skadestånd av den förstnämnde. Eftersom gärningen inte är straffbar, ställer svensk rätt den sistnämnde helt utan möjlighet till skadestånd i denna situation.

Det är först i det fall att en näringsidkare som har ålagts förbud enligt 2 § MFL har brutit mot förbudet - eller fråga är om brott mot lagens 6-8 §§ - som MFL ger en konkurrerande näringsidkare rätt till skadestånd (19 §).[5]

Som framgått av föregående avsnitt i detta kap. 7 är det vår avsikt att fastslå att vissa förfaranden med efterbildningar av varor etc. inte är acceptabla. Som redan har sagts och som skall utvecklas närmare i det följande, föreslår vi att förbud skall vara den primära påföljden.

Frågan är emellertid om det bör räcka med förbud och skadestånd då förbud har överträtts eller om redan ett förfarande som kan föranleda förbudstalan bör kunna medföra skadestånd.

Nämnda spörsmål behandlades av utredningen om illojal konkurrens. Utredningen yttrade i denna del följande:

> Vad härefter angår skador av sådana förfaranden, som endast föranleder förbudstalan, kunde väl tänkas ersättningsskyldighet i sådana fall, då skadan är förorsakad av vårdslöshet. Detta är den ståndpunkt, som intas i dansk, finsk och norsk rätt och som åtminstone i Danmark och Norge är helt överensstämmande med där gällande allmänna skadeståndsregler. I Sverige gäller emellertid i princip att

allmän förmögenhetsskada ersätts i utomobligatoriska förhållanden endast då den orsakats av straffbelagt handlande; undantag från principen finns särskilt inom immaterialrätten. Den allmänna principen hindrar naturligtvis inte att man, om man finner det sakligt motiverat, kan föreskriva skadeståndsskyldighet exempelvis vid icke uppsåtliga överträdelser av 1 och 2 §§. Emellertid måste beaktas att skadeståndssanktionen i dessa fall har mycket ringa praktisk betydelse. Konkurrensen i näringslivet är ett komplicerat ekonomiskt spel och möjligheterna att fastställa ett orsakssammanhang mellan exempelvis en tillämpad ohederlig marknadsföringsmetod eller en använd vilseledande reklamkampanj och ekonomiska skador hos andra näringsidkare är i regel begränsade. Detta bestyrks av erfarenheter från andra länder. Utredningen finner därför inte skäl att här föreslå undantag från allmänna svenska skadeståndsrättsliga principer.[6]

I propositionen till 1970 års MFL anslöt sig föredragande departementschefen till utredningens om illojal konkurrens angivna ståndpunkt. Han erinrade dessutom om vad han tidigare anfört om att ett handlande som strider mot de i den föreslagna generalklausulen angivna normerna inte i och för sig bör kunna föranleda påföljder av annat slag än ett förbud mot upprepande.[7]

För vår del finner vi anledning att nu bryta med den angivna principen. Erfarenheten visar att en förbudsregel ofta blir ett slag i luften om den inte kombineras med möjligheten för den förfördelade näringsidkaren att erhålla skadestånd. För närvarande gäller det egendomliga förhållandet att det i varumärkesrätten ges möjlighet till skadestånd för varumärkesintrång men inte till förbud, medan det i MFL ges möjlighet till förbud, men inte till skadestånd.

Vi har svårt att förstå yttrandet i 1966 års betänkande att en skadeståndssanktion vid överträdelse av ett förbjudet beteende skulle sakna praktisk betydelse. Tvärtom skulle en möjlighet till skadestånd framstå som en befogad förstärkning av det svaga rättsläge som den näringsidkare befinner sig i som har blivit utsatt för en otillbörlig efterbildning.[8] Däremot kan skadeståndsberäkningen i ett fall som detta vålla särskilda svårigheter. Men detta problem existerar också i immaterialrätten och där har man inte tvekat att införa skadeståndsregler.[9]

För införandet av en skadeståndsregel talar också med styrka internationella jämförelser. Förutom vad som gäller i våra nordiska grannländer, omnämnt i 1966 års betänkande i citatet ovan, vill vi peka på förhållandena i icke-nordisk rätt. I fransk rätt är hela regelkomplexet rörande illojal konkurrens uppbyggt på skadeståndsrättslig grund. I tysk rätt är generalklausulen i 1 § UWG sanktionerad med både förbud och skadestånd. Också i anglo-amerikansk rätt har rättsområdet utvecklats på skadeståndsrättslig grund, s.k. competitive torts.

Det sagda leder alltså till att vi föreslår att redan det beteende som är belagt med förbud skall vara skadeståndsgrundande. Den närmaste frågan blir härvid, huruvida det för skadeståndsskyldighet skall krävas uppsåt eller vårdslöshet eller om skadeståndsansvaret skall vara strikt.

Som ovan har nämnts kan enligt patent-, upphovs- och mönsterskyddslagarna skadestånd utgå även om gärningsmannen inte ens har förfarit oaktsamt. Detta är emellertid inte fallet enligt varumärkeslagen. Vi finner för vår del inte anledning att gå så långt som i förstnämnda tre lagar. I stället stannar vi vid den ståndpunkt som gäller enligt den vårt område närstående varumärkeslagen och som också gäller enligt skadeståndslagen: för skadeståndsansvar bör krävas uppsåt eller vårdslöshet.

Det skadestånd som det här gäller är av karaktären ren förmögenhetsskada. I allmänhet uppstår på utredningens område denna skada utanför det kontraktsrättsliga området. Det är därför nödvändigt, med hänsyn till svensk rätts ovan redovisade ståndpunkt, att införa en uttrycklig regel om man vill uppnå möjligheten att erhålla skadestånd på grund av otillbörlig efterbildning. Vi föreslår därför att man i den blivande lagen föreskriver ersättningsskyldighet för den som med uppsåt eller vårdslöshet har förfarit så att förutsättningar för förbud är för handen.

Nästa fråga blir då vem som skall vara berättigad till skadestånd. Man kommer här in på problemet vem som skall anses ha "talerätt" i fråga om skadestånd och vidare mot vem talan skall riktas. Den föregående framställningen har rört den skada som den har drabbats av som blivit plagierad. Men både på "originalsidan" och på "plagiatsidan" kan det finnas flera handelsled. Vem av dessa bör vara "taleberättigad" och mot vem?

Innan vi går vidare skall här sägas några ord om begreppet talerätt eller saklegitimation. Betydelsen av detta begrepp är omtvistat. Tidigare betraktades frågan om saklegitimation som ett spörsmål om materiell rätt. Bristande saklegitimation syntes i vissa fall vara tänkt att leda till påföljden ogillande. Enligt modern begreppsbestämning har bristande saklegitimation till rättsföljd att käromålet avvisas ex officio; talerätten är med denna utgångspunkt - i den mån talerätt över huvud taget krävs - en tvingande processförutsättning. Då det gäller fullgörelsetalan - t.ex. talan om skadestånd - tycks huvudprincipen vara att då någon yrkar fullgörelse för egen räkning, det över huvud taget inte skall ske någon talerättsprövning. Frågor om partsställningen tas därför inte upp annat än som en fråga om saken.[10]

Av detta drar vi den slutsatsen att frågan om vem som skall ha rätt att föra talan om skadestånd är ett spörsmål som skall lösas som en materiell fråga, dvs. det behövs inte någon "talerättsprövning". Om A yrkar förpliktande för B att till A utge ersättning för att B har marknadsfört en förväxlingsbar kopia av ett av A tillverkat original, skall domstolen pröva huruvida det av A påstådda förfarandet har medfört skada för A eller ej. Om svaret är ja, skall yrkandet bifallas, om inte skall det ogillas. För en sådan prövning behövs enligt vår mening ingen regel utöver den ovan angivna.

Det sagda hindrar inte att vi här anser oss böra diskutera vilka som kan bli berättigade till skadestånd på grund av otillbörlig efterbildning. Det är härvid två huvudkategorier som kan komma i fråga. Till den första kategorin hör de som befinner sig på "originalsidan", originaltillverkare, importör av original, säljare av original etc. Till den andra kategorin hör avnämarkretsen/konsumenterna.

Vad först gäller "originalsidan" är vissa fall helt klara. Om originaltillverkaren A är densamme som den som marknadsför en produkt, är det uppenbart att han kan lida en skada genom en otillbörlig efterbildning som utförs av B som samtidigt också marknadsför kopian. Andra fall är däremot mer komplexa. Hur är det om A säljer en produkt vidare till en importör, som i sin tur säljer den till en grossist, vilken ytterligare säljer den till en detaljhandlare? Skall alla personer i denna kedja kunna få skadestånd av B? Vi menar, i enlighet med det föregående, att några regler av formell karaktär inte kan hindra detta. Det är alltjämt fråga om det påtalade förfarandet skall anses ha orsakat käranden en förlust. Härvid får allmänna skadeståndsrättsliga principer relevans. Framför allt skall framhållas kravet på ett adekvat orsakssammanhang mellan det påstådda skadevållande förfarandet och skadan. Det skall inte förnekas att en sådan kausalitetsbedömning kan vålla problem. Fråga om skada för käranden över huvud taget skall anses föreligga, sammanhänger också med beräkningen av skadan, se härom nedan.

Den andra kategorin personer hos vilka skada kan tänkas är alltså avnämarna. Antag att en köpare K av en säljare S för 10 000 kr. förvärvar en klocka som han tror är ett schweiziskt originalur av mycket hög kvalitet och med hög "prestige". Det visar sig emellertid att den köpta varan är en skäligen värdelös förfalskning. Bör K härvid kunna få ersättning av S enligt de av oss föreslagna reglerna om otillbörlig efterbildning? Vad gäller förhållandet mellan säljaren och köparen kommer naturligtvis köprättsliga regler in i bilden. Den köpta klockan kan betraktas som "felaktig" och köprättsliga skadeståndsprinciper blir tillämpliga. Men bör köparen, vid sidan av de köprättsliga reglerna, därjämte kunna hävda en rätt till skadestånd på grund av otillbörlig efterbildning? Skall krav härvid kunna riktas, inte bara mot säljaren utan också mot ett s.k. bakre led, i förhållande till vilket köparen inte står i kontraktsförhållande och där de köprättsliga reglerna inte grundar rätt till skadestånd?

Vi har övervägt regler om skadestånd till avnämare av nyss antytt innehåll. Det förefaller emellertid - och särskilt mot bakgrund av skadeståndsreglerna i MFL - som det knappast skulle finnas något behov för en köprätten kompletterande regel om skadestånd för avnämare vid otillbörlig efterbildning. Frågan om köpares skadeståndsrätt mot bakre led än omdiskuterad inom köprätten. En särlösning just för otillbörlig efterbildning förefaller inte motiverad. Problemen bör lösas inom ramen för generella köprättsliga regler. På nu anförda skäl har vi stannat för att inte föreslå någon rätt till skadestånd för avnämare som drabbats av otillbörlig efterbildning. Köparna hänvisas alltså till att hävda sina anspråk i den ordning som köprätten erbjuder.

Den skadeståndsregel som vi föreslår innefattar enligt det ovan sagda därför endast ersättning för den skada som uppkommit för den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats.

Ett annat spörsmål är, som ovan antytts, om flera personer på "plagiatsidan" kan vara skadeståndsskyldiga. Även detta anser vi vara möjligt. Under förutsättning av uppsåt eller vårdslöshet bör såväl plagiatören som personer i följande handelsled kunna bli skadeståndsskyldiga gentemot en eller flera personer på "originalsidan". Enligt allmänna rättsgrundsatser bör ansvaret för flera medverkande i en skadevållande handling vara solidariskt.

Beräkning av skadestånd

Ovan har diskuterats vilka personer som kan vara berättigade till skadestånd och vilka som kan bli ersättningsskyldiga. Men härvid är svårigheterna inte uttömda. Problemet hur skadeståndet skall beräknas kvarstår. Redan i betänkandet Företagshemligheter var detta problem aktuellt. Vi angav där bl.a. att beräkningen av skadeståndet för ren förmögenhetsskada bereder bekymmer. Vi angav också att vi - med tanke närmast på de klagomål mot de låga ersättningsbelopp som utdöms i immaterialrättslliga mål - övervägt att föreslå införande av ett allmänt eller ideellt skadestånd på företagshemlighetsområdet. Emellertid övergavs detta uppslag, då vi inte ansåg det lämpligt att introducera denna påföljd i utomobligatoriska förhållanden på ett område som inte angår personlig integritet. I stället lade vi fram det förslaget att vid skadeståndsberäkningen skadan, om annat inte kan visas, skall anses uppgå till gängse vederlag att nyttja den angripna hemligheten eller till kostnaden för förvärv eller utveckling av hemligheten.[11]

Sedan betänkandet Företagshemligheter avlämnats har detta remissbehandlats och fortsatt beredning av lagstiftningsärendet har ägt rum inom justitiedepartementet. Vi har tagit del av ett utkast till lag om skydd för företagshemligheter. Detta innehåller en regel om beräkning av skadestånd vid angrepp på företagshemligheter. Det anges här att vid beräkning av skadestånd skall skadan, om inte annat visas, anses uppgå till skäligt vederlag för det förfogande över företagshemligheten som har ägt rum. När skäligt vederlag beräknas, skall hänsyn tas till näringsidkarens intresse av att inte företagshemligheten röjs eller utnyttjas obehörigen och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

Av intresse i detta sammanhang är också de nyligen företagna ändringarna i patentlagen.[12] Efter dessa ändringar har 58 § första stycket patentlagen följande lydelse:

> Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet begår patentintrång skall utge skälig ersättning för utnyttjandet av uppfinningen samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Vid bestämmande av ersättningens storlek skall hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.

I motiven till detta lagrum anger föredragande departementschefen bl.a. att de skadestånd som domstolarna dömer ut vid patentintrång sällan ger patenthavarna full ersättning för den skada som intrånget har medfört. Departementschefen anser det vara angeläget att stärka såväl skadeståndets reparativa som dess preventiva funktion. Vad gäller skadeståndets reparativa funktion konstaterar han att svagheterna i detta hänseende hänger samman med svårigheterna för patenthavaren att styrka skadans omfattning och den osäkerhet som allmänt är förenad med att göra säkra antaganden om den förlust som intrånget har medfört. Dessa svårigheter skulle enligt departementschefen försvinna om ersättningen kunde bestämmas med hänsyn inte bara till omständigheter som har rent ekonomisk betydelse för patenthavaren. Han pekar härvid på patenthavarens intresse av att den ensamrätt som patentet medför respekteras. Vidare bör den vinst som intrångsgöraren har gjort genom att missbruka patentet kunna tillmätas betydelse. Skadeståndet bör kunna sättas i relation också till ersättningen för det olovliga utnyttjandet. Ett utvidgat skadestånd bör kunna bestämmas till dubbla eller flerdubbla licensavgiften. Vad gäller den preventiva funktionen anför departementschefen bl.a. att skadestånd givetvis inte får vara så lågt att det blir mer ekonomiskt lönsamt att begå patentintrång än att på laglig väg förvärva rätten att utnyttja ett patent, exempelvis genom licensavtal. Skadeståndet bör ligga på en sådan nivå att det aldrig är ekonomiskt fördelaktigt att kalkylera med patentintrång. Departementschefen säger ytterligare bl.a. att de ändringar i grunderna för beräkning av skadestånd som han har förordat bygger på en medveten strävan att bättre än vad nuvarande bestämmelser medger markera intresset av att kompensera patenthavaren fullt ut för varje slag av patentintrång.[13]

I fråga om skadestånd för otillbörlig efterbildning gäller samma svårigheter som vid angrepp på företagshemligheter och vid patentintrång att beräkna storleken av skadan. Det finns också på utredningens område en risk för att domstolarna skulle hamna på en alltför låg nivå vid ersättningsberäkningen. Det finns alltså skäl att skapa en särskild regel som är ägnad att motverka ett sådant förhållande.

Utgångspunkten är med vårt synsätt att skadeståndet är en ersättning för en liden skada.[14] I grunden ligger alltså den reparativa synen på skadeståndet. Men denna utgångspunkt hindrar inte att det finns anledning att anta att det förhållandet att skadestånd utgår har en preventiv effekt - även om den effekten är mycket osäkrare än den reparativa.

När det gäller att föreslå en regel för beräkning av ersättningen för en konkurrensskada måste utgångspunkten vara att denna regel visserligen skall leda till en ersättning som ej är för låg, men heller inte högre än den reella ekonomiska skadan. I annat fall överträder man de konventionella gränslinjerna för ekonomisk skada enligt svensk rätt och närmar sig vad som i anglosaxisk rätt kallas punitive damages.[15,16]

Den lösning som kommer till uttryck i det ovan nämnda departementsutkastet till lag om skydd för företagshemligheter anser vi uppfylla dessa krav. Detta innebär att vi utgår från att det är den verkliga skadan som skall ersättas - om denna kan visas. Härvid kan sådana skadeposter aktualiseras

som kommer till uttryck i 58 § patentlagen, dvs. vederlag för utnyttjande av originalproduktens utseende där sådant kan tänkas. Men även andra förluster, t.ex. kostnader för en produktionsapparat som på grund av efterbildningen inte till fullo kan utnyttjas, skall beaktas. Men med hänsyn till svårigheterna att visa den verkliga skadan, föreslår vi en presumtionsregel för det fallet att den som utsatts för efterbildning kräver skadestånd. Om den verkliga skadan inte kan visas, bör ersättningen beräknas mera schablonmässigt. Vi föreslår härvid att ersättningen skall beräknas till vad efterbildaren skäligen kan anses ha sparat in i utvecklings- och marknadsföringskostnader.

Med den lösningen försätts efterbildaren i samma läge som om han fått fram sin produkt på legal väg. Presumtionsregeln innebär att skadeståndet skall beräknas till lägst vad som svarar mot inbesparade utvecklings- och marknadsföringskostnader. Skadestånd kan utdömas till högre belopp men aldrig till lägre.

Frågan är dock om detta är tillräckligt. Både i den nya 58 § patentlagen och i departementsutkastet till lag om företagshemligheter har den primära regeln kompletterats med möjligheten till ideellt skadestånd.

Enligt vår mening passar dock konstruktionen med ideellt skadestånd inte väl i det sammanhang som det nu gäller. Regler om ideellt skadestånd - utanför kontraktsrätten - finns för närvarande i 1 kap. 3 § skadeståndslagen. Detta lagrum ger utrymme för skadestånd för lidande som har drabbat någon i samband med vissa uppräknade brott. Vidare utgår ideellt skadestånd till den som har lidit personskada (5 kap. 1 § skadeståndslagen). Det är härvid fråga om ersättning för det *personliga* lidande som en person har åsamkats. Detta är något annat än ersättning för den skada av ekonomisk karaktär som någon drabbas av i samband med en otillbörlig konkurrensåtgärd, i vårt fall otillbörlig efterbildning.

Det finns visserligen redan nu regler om ideellt skadestånd i immaterialrätten, nämligen i 54 § andra och tredje stycket upphovsrättslagen.[17] Men inte heller dessa är någon bra förebild då det gäller ersättning för konkurrensskada. Skadestånd enligt sistnämnda lagrum kan ofta ses som ersättning för kränkning av den sidan av upphovsrätten som brukar kallas droit moral, dvs. det kan anses vara ersättning för kränkning av personlig integritet.[18]

I arbetsrätten finns regler om s.k. allmänt skadestånd. Enligt 55 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) kan vid bedömande om och i vad mån skada har uppkommit för någon hänsyn tas även till dennes intresse av att lagens eller kollektivavtalets bestämmelser iakttas och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Vad det här gäller är alltså ersättning för lag- eller avtalsbrott. Speciellt det förhållandet att det allmänna skadeståndet är en påföljd inte bara för avtalsbrott utan också för brott mot lag, gör att den preventiva mer än den reparativa funktionen sätts i förgrunden. Vid ersättningsberäkningen blir det inte fråga om att uppskatta storleken av en skada, utan det blir avtals- eller lagbrottets grovhet - graden av skuld hos den skadevållande

och handlingens beskaffenhet i övrigt - som blir avgörande.[19] I enlighet med vad vi ovan sagt om att vi anser skadeståndet på vårt område främst skall tjäna ett reparativt syfte, anser vi därför att inte heller reglerna i 55 § MBL är lämpade som förebild för utredningens vidkommande.

Av det sagda framgår att vi ställer oss tveksamma till att gå vägen via ideellt - icke-ekonomiskt - skadestånd.[20] Vi har stannat vid att inte föreslå införande av en regel därom. Vi anser det vara tillräckligt med den presumtionsregel som angivits ovan.

Vitesförbud

Förbud har tidigare varit en outvecklad sanktion i svensk rätt. Som har framgått av betänkandet Företagshemligheter och av avsnitten 3.4.3 - 3.4.4 ovan synes dock utvecklingen vara på väg därhän att sanktionen förbud - i kombination med vitesföreläggande - blir allmän inom immaterialrätten ocn närliggande rättsområden. Här skall särskilt erinras om den nya 57a § patentlagen, se avsnitt 3.2.1, samt det förslag till ny lag om företagshemligheter som är under beredning i justitiedepartementet.

Vad gäller otillbörlig efterbildning hyser vi - som framgått av det föregående - ingen som helst tvekan att föreslå vitesförbud som primär påföljd i samband med otillbörlig efterbildning.

Redan i dag är otillbörlig efterbildning belagd med förbud i den mån förfarandet anses falla under generalklausulen i 2 § MFL. I detta hänseende finns det inte skäl att göra någon förändring. Praxis på grundval av MFL torde ha visat att förbud är en lämplig och effektiv påföljd i detta sammanhang.

Ett spörsmål som här skall behandlas är huruvida det skall krävas uppsåt eller vårdslöshet för att förbud skall kunna meddelas. Vad gäller det motsvarande problemet inom ramen för generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i MFL, besvarar denna lags förarbeten frågan nekande. Föredragande departementschefen yttrade i propositionen till 1970 års MFL att, för att ett förbud skall kunna meddelas, det inte bör krävas att uppsåt eller vårdslöshet kan läggas den handlande till last. Beslutet bör grundas enbart på en bedömning av om förfarandet objektivt sett är sådant som avses i generalklausulen.[21]

Det finns inte anledning att då det gäller förbud mot otillbörlig efterbildning inta någon annan grundståndpunkt än vad som sålunda har uttalats. Domstolen har att avgöra huruvida ett visst förfarande är att anse som ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till. Uppsåt eller vårdslöshet från gärningsmannens sida behöver inte tas med i bilden. Men detta hindrar naturligtvis inte att dennes mer eller mindre hänsynslösa eller vårdslösa beteende kan tillmätas betydelse vid bedömningen av om rekvisiten för förbud är uppfyllda eller ej.

I förslaget till lag om företagshemligheter anges att förbud skall vara tidsbegränsat. Detta har sin grund i att en företagshemlighet så småningom, bl.a. genom den tekniska utvecklingen, förlorar sin karaktär av hemlighet.

Något helt motsvarande resonemang kan inte föras då det gäller otillbörlig efterbildning. Det är också att notera att MFL inte innehåller någon regel om tidsbegränsning av förbud. Vi finner dock skäl att föreslå en regel enligt vilken domstolen, där detta är påkallat, kan tidsbegränsa ett förbud. Det kan från konkurrenssynpunkt ofta vara skäligt att - åtminstone på vissa villkor - låta efterbildning få ske fritt när en viss tid förflutit efter det otillbörliga förfarandet.[22]

Säkerhetsåtgärder

Självklart bör ett förbud regelmässigt förenas med vite. Det bör dock, såsom enligt MFL:s regler, lämnas möjlighet att underlåta vitesföreläggande när det inte behövs.

Det ter sig naturligt att det också bör ges möjligheter att meddela ett förbud redan innan målet slutligt har avgjorts, med andra ord ett interimistiskt förbud. När vi nu föreslår att mål om otillbörlig efterbildning skall handläggas av allmän domstol, med den möjlighet till fullföljd av talan som då ges, är det särskilt viktigt att det är möjligt att få ett omedelbart stopp på ett otillbörligt förfarande.

Under senare år har det diskuterats huruvida det behövs en särskild regel om interimistiskt förbud, vid sidan av en regel om förbud. Det har hävdats att det skulle vara möjligt att redan med stöd av bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB meddela ett interimistiskt vitesförbud.[23] Emellertid har nu uttryckliga regler om interimistiskt förbud införts i patentlagen.[24] Som framgår av vad som anförts i betänkandet Företagshemligheter anser även vi att detta är den lämpligaste lösningen. Vi föreslår sålunda en särskild regel om interimistiskt förbud.

Av det föregående framgår att vi inte avser att föreslå straff för otillbörlig efterbildning, utan endast förbud och skadestånd. Härav följer att straffrättsliga tvångsmedel såsom beslag inte kan komma i fråga. Inte heller kan förverkande äga rum. Däremot kan åtgärder enligt 15 kap. RB - kvarstad m.m. - aktualiseras. T.ex. kan enligt 15 kap. 3 § RB förordnas om förbud att flytta efterbildade varor från ett lager.

Reglerna i 15 kap. RB är dock inte tillräckliga. Det krävs införande av ytterligare säkerhetsåtgärder. Vi tänker då på regler av det slag som upptas t.ex. i 55 § upphovsrättslagen, se härom avsnitt 3.4.3.

55 § upphovsrättslagen är så uppbyggd att första stycket innehåller regler om avstående, eventuellt mot lösen, av egendom med avseende på vilken intrång eller överträdelse föreligger. I paragrafens andra stycke handlar det bl.a. om ändring och förstörelse eller om andra åtgärder till förebyggande av missbruk.

Regler av detta slag har sin plats även i den lagstiftning som vi föreslår. Följande är ett exempel. En näringsidkare marknadsför en "slavisk" efterbildning av en originalprodukt, som genom utevaron av särskilda kännetecken är förväxlingsbar med originalet. Domstolen bör härvid enligt de föreslagna reglerna kunna förbjuda näringsidkaren att i fortsättningen marknadsföra kopian. Detta förbud bör kunna villkoras på så sätt att förbudet endast gäller om förväxlingsrisken inte neutraliseras, t.ex. genom en förpackning eller etikett som tydligt utmärker kopians kommersiella ursprung. Förbudet gäller framtida marknadsföring av kopior, vare sig dessa vid förbudstillfället existerar eller ej. Men detta förbud - villkorat eller ej - bör kunna kompletteras med föreskrift om neutralisering av redan befintliga kopior, t.ex. märkning av dessa.

Det kan tänkas extremfall då neutralisering är utesluten. Domstolen bör därvid kunna förordna om att kopiorna skall förstöras. Även andra åtgärder kan aktualiseras. Det sagda innebär att vi anser oss böra föreslå en motsvarighet till reglerna i 55 § andra stycket upphovsrättslagen, dvs. möjlighet att föreskriva att efterbildade varor skall ändras eller förstöras eller att andra åtgärder skall vidtas med dem för att förebygga sådant förfarande som avses med ett förbud.

Däremot har vi inte ansett att en regel - motsvarande 55 § första stycket upphovsrättslagen - om avstående hör hemma i en lag om otillbörlig efterbildning. Det kan enligt vår mening inte finnas något giltigt skäl till varför originalkreatören skulle kunna kräva att få kopior - om än mot lösen - överlämnade till sig. En sådan reglering kan vara naturlig vid kränkning av annans immateriella ensamrätt, men knappast vid otillbörliga förfaranden av här aktuellt slag.

---

1 SOU 1983:52 s. 271.
2 SFS 1986:118.
3 SFS 1982:284.
4 Jfr Bernitz m.fl. s. 163. Det noteras att skadestånd för ren förmögenhetsskada utanför det straffbara området också finns t.ex. i datalagen (1973:289).
5 Se betr. skadestånd i konkurrensförhållanden, Bernitz i Festskrift till Hellner s. 116 ff.
6 SOU 1966:71 s. 291.
7 Prop. 1970:57 s. 100 f.
8 Jfr åter Bernitz a.st. samt s. 144.
9 Till frågan om beräkningen av skadeståndet återkommer vi i det följande.
10 Gullnäs, I & Fitger, P & Eklycke, L & Eksborg, A-L, Rättegångsbalken I, Stockholm 1984, s. 11:3 f och 11:6.
11 SOU 1983:52 s. 338 ff och 394 f.
12 SFS 1986:233.

13 Prop. 1985/86:86 s. 30 f.
14 Betr. den följande framställningen jfr Hellner, J, Värderingar i skadeståndsrätten. Festskrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972, s. 299 ff.
15 Regeln i 58 § första stycket patentlagen medför dock i praxis att ersättning motsvarande licensavgift utdöms också om patenthavarens skada på grund av intrånget är ringa eller ingen alls. Bernitz m.fl. s. 100, prop. 1985/86:86 s. 29.
16 Se betr. punitive damages Breach of Confidence, Law Commission, No. 110, SO Cmnd. 8388, October 1981, s. 69 ff. Jfr SOU 1983:52 s. 253.
17 Motsvarande bestämmelser i 17 § andra och tredje stycket fotografilagen. - Högsta domstolen har i fallet NJA 1984 s. 34 (NIR 1985 s. 473) dömt ut skadestånd enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen för bl.a. ideell skada.
18 Bernitz m.fl. s. 71. Jfr prop. 1985/86:86 s. 30. Jfr också 3 § lagen (1978:800) om namn och bild i reklam.
19 SOU 1975:1 s. 496. Bergqvist, O & Lunning, L, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer, Stockholm 1986, s. 454 f.
20 Se nu också kritiken mot metoden att laborera med icke-ekonomisk skada hos Pehrson, L, Ersättning vid patentintrång - en kritisk granskning av nuvarande regler. Ulf, 50. Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen den 28 februari 1986, Stockholm 1986, s. 102 ff.
21 Prop. 1970:57 s. 77.
22 Jfr till det sagda avsnittet 4.4 om tysk rätt vid not 46 ff.
23 Prop. 1985/86:86 s. 41 och det där anmärkta rättsfallet NJA 1982 s. 633.
24 Anförda prop. s. 41 f.

7.10 Systematisk placering och processuell handläggning[1]

I detta avsnitt skall två med varandra sammanvävda frågor diskuteras. Den första frågan är var reglerna om efterbildning bör placeras och den andra frågan är hur reglerna processuellt bör handläggas.

Som redan har framgått kommer de regler vi föreslår primärt att skydda näringsidkare mot andra näringsidkare då det gäller otillbörlig efterbildning, dvs. en viss typ av illojal konkurrens. En första tanke är då naturligtvis att föra ihop reglerna tillsammans med andra regler mot illojal konkurrens.

I Sverige saknas dock en samlad lagstiftning rörande illojal konkurrens. 1931 års IKL innehåller, sedan andra materiella regler successivt har försvunnit ur denna lag, i huvudsak endast regler om skydd för företagshemligheter. Den lag om otillbörlig konkurrens som föreslogs i 1966 års betänkande blev inte genomförd. I stället tillkom MFL, som visserligen ger

möjlighet till skydd för näringsidkare, men vars tyngdpunkt ligger på konsumentskyddet.

I vårt betänkande Företagshemligheter diskuterade vi att föra in nya regler om företagshemligheter i MFL. Vi kom dock fram till att detta inte var lämpligt. Vi föreslog i stället en separat lag rörande företagshemligheter.

Vad gäller de nu aktuella reglerna om efterbildning är det uteslutet att tänka sig att föra in dem i IKL. Det finns all anledning att vänta sig att denna lag kommer att upphävas i samband med en ny lag om företagshemligheter.

Närmare till hands vore att föra in efterbildningsreglerna under MFL. Redan i dag har - under förutsättning av förväxlingsrisk - efterbildning ansetts falla in under generalklausulen i 2 § MFL. Man skulle kunna tänka sig att bryta ut efterbildningsfallen ur denna paragraf och specialreglera dem i en särskild ny bestämmelse, men alltjämt inom lagens ram. Som skall framgå nedan avvisar vi dock en sådan lösning.

MFL är en lag som präglas av den speciella typ av handläggning som skall ske då lagen tillämpas. Enligt MFL förs talan om förbud primärt av KO inför marknadsdomstolen som första och enda instans. Domstolen är sammansatt av representanter för näringsidkarna och för konsumenterna. Möjligheterna till skadestånd är mycket snäva. Det är endast om en näringsidkare bryter mot en av lagens straffbestämmelser eller ett enligt 2 § MFL redan meddelat förbud eller förbudsföreläggande som en konkurrent kan få skadestånd.

De av oss föreslagna reglerna har en annan inriktning än MFL. Visserligen kan det sägas att otillbörlig efterbildning är ett specialfall av otillbörlig marknadsföring enligt MFL. Vi har också strävat efter att åstadkomma en kontinuitet i förhållande till MFL. Men det finns dock skillnader. MFL präglas som nämnts i högre grad än vårt förslag av sin konsumentskyddande inriktning. Den viktigaste skillnaden gäller skadeståndet. Förslaget bygger på att det är nödvändigt att förstärka sanktionsapparaten, så att skadestånd kan utgå redan vid ett sådant förfarande som kan föranleda förbud. Allt detta talar för att inte placera de nya reglerna om otillbörlig efterbildning i MFL, utan i en separat lag.

En annan skillnad mellan MFL och den föreslagna lagen gäller säkerhetsåtgärder. MFL saknar sådana, medan vi föreslår regler av den typ som finns i 55 § upphovsrättslagen.

Vid ett ställningstagande till var de föreslagna reglerna systematiskt hör hemma måste vi emellertid också ta hänsyn till om handläggningen bör ske vid allmän domstol eller vid marknadsdomstolen.

För marknadsdomstolen talar flera skäl. Marknadsdomstolen är en specialdomstol med en sammansättning som borgar för särskild sakkunskap då det gäller konkurrensfrågor. Domstolen är särskilt kompetent då det gäller den

ofta svåra avvägningen mellan å ena sidan intresset av en fungerande konkurrens och å andra sidan intresset av att konkurrensen inte bedrivs med oacceptabla metoder. Redan i dag har domstolen byggt upp en icke föraktlig praxis när det gäller efterbildning.

Men andra skäl talar med styrka i motsatt riktning. Förslaget innebär att skadestånd skall kunna dömas ut då någon har gjort sig skyldig till en efterbildning som grundar möjlighet till förbud. Denna förstärkning av sanktionsapparaten anser vi, som framgår av avsnitt 7.9 ovan, vara mycket väsentlig. Marknadsdomstolen dömer i första och enda instans. Det är en allmän uppfattning att ett eninstanssystem inte är lämpligt då det gäller att pröva frågor om skadestånd. Sådana frågor är ofta besvärliga framför allt vad gäller beräkningen av ersättningens storlek. Speciellt inom immaterialrätten och närbesläktade rättsområden brukar skadeståndsberäkningen leda till stora svårigheter. Det är värdefullt att en möjlighet till överprövning finns för sådana frågor.

Ytterligare ett skäl talar för att allmän domstol bör handlägga frågor om otillbörlig efterbildning. Ofta kan en efterbildning, förutom att vara att anse som otillbörlig enligt den nya lagen, innebära ett intrång i en immaterialrättslig ensamrätt. Det bör innebära en stor fördel för en näringsidkare som anser sig förfördelad att vid en och samma domstol kunna väcka talan såväl om otillbörlig efterbildning som om intrång i en immaterialrätt. De som praktiskt sysslar med efterbildningsfrågor har också uttalat sig mycket starkt för möjligheten till en kumulation. Det skall här noteras att sådan kumulation är mycket vanlig i utländsk rätt.[2] Vad t.ex. gäller dansk rätt är kumulation tilllåten trots att frågor om illojal konkurrens handläggs vid en specialdomstol, Sø- og handelsretten.[3] Ett skäl för bedömning vid allmän domstol är vidare att - enligt vad som upplysts vid en av utredningen anordnad hearing - många efterbildningstvister kan ha stark lokal anknytning så till vida att efterbildaren och originaltillverkaren verkar inom samma område.

Det är uppenbart att marknadsdomstolen har störst erfarenhet av nyanserade bedömningar av verkningarna från konkurrenssynpunkt av olika åtgärder. En sådan nyanserad bedömning måste också komma till stånd enligt den föreslagna lagen om otillbörlig efterbildning. De allmänna domstolarna torde knappast genom sin befattning med immaterialrättslagarna i någon större utsträckning ha blivit förtrogna med bedömningar av detta slag. Detta hindrar dock inte att de allmänna domstolarna nu ges behörighet på detta område. Vi har i den föreslagna lagen sökt förebygga alltför lösliga bedömningar genom att bygga upp lagstiftningen kring vissa klart angivna situationer. Det finns därför ingen anledning att tro annat än att en allmän domstol skall vara kapabel att med stöd av den föreslagna lagen och dess förarbeten svara för en väl avvägd rättstillämpning på efterbildningsområdet. Erfarenheter från andra länder talar i samma riktning.

Vi finner - efter ingående diskussioner - att övervägande skäl talar för att de föreslagna reglerna förs till en självständig lag vid sidan av MFL. Tillämpningen av lagen bör ankomma på allmän domstol. Såväl denna lösning som ett val av marknadsdomstolen som behörig instans kommer att medföra

nackdelar i ett eller annat avseende. Dessa nackdelar sammanhänger ytterst med den uppdelning på olika domstolar som hos oss har kommit att gälla på immaterial- och konkurrensrättens område. Med de förutsättningar som föreligger går det alltså inte att finna en från alla synpunkter lämplig lösning.

Det faktum att rättstillämpningen inom stora delar av det aktuella rättsområdet exklusivt förlagts till marknadsdomstolen medför alltså, att samordningsproblem i förhållandet mellan allmän domstol och denna specialdomstol aldrig helt kan undvikas. Härvidlag står dock inte det nu framlagda lagförslaget i någon särställning. Sålunda förekommer redan i dag att en konkurrents användning av kännetecken som påstås vara förväxlingsbara kan prövas såväl av allmän domstol enligt varumärkeslagen eller firmalagen som av marknadsdomstolen enligt generalklausulen i 2 § MFL. Det är härvid delvis olika bedömningsgrunder och sanktioner som blir aktuella. Denna parallellitet har, såvitt utredningen kunnat finna, inte orsakat några praktiska problem i tillämpningen.

Samordningen mellan allmän domstol och marknadsdomstolen har framför allt uppmärksammats vid bedömningen av oskäliga avtalsvillkor. Allmän domstol har en generell möjlighet att åsidosätta eller jämka oskäliga villkor i ingångna avtal med stöd av 36 § avtalslagen, medan marknadsdomstolen kan förbjuda en näringsidkare att fortsättningsvis använda oskäliga avtalsvillkor med stöd av lagen (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare. Förhållandet mellan dessa lagregler och deras tillämpning av allmän domstol resp. marknadsdomstolen diskuterades ingående i förarbetena till 36 § avtalslagen. Härvid framhölls å ena sidan att marknadsdomstolen resp. allmän domstol är inbördes helt självständiga i sina bedömningar men att å andra sidan det är önskvärt att dessa domstolar ömsesidigt tar hänsyn till varandras avgöranden.[4] Detta synsätt, av vilket bl.a. följer att allmän domstol bör beakta marknadsdomstolens praxis, bör vara vägledande också vid tillämpningen av den nu föreslagna lagen.

Vi avser inte att föreslå några ändringar i MFL. Detta kommer att medföra en viss "överlappning" i förhållande till MFL. Teoretiskt kan en efterbildning komma att falla såväl under generalklausulen i 2 § MFL som under den av oss föreslagna lagen. Detta leder rentav till en "trippelreglering" eftersom en efterbildning också ofta kan betraktas som intrång i en immaterialrättslig ensamrätt. Mot bakgrund av det nyss anförda bör detta dock inte medföra några större problem.

Enligt MFL är det, som sagt, KO som har primär talerätt. Hittills har, som framgått av avsnitt 3.3.2, KO inte fört talan i några "rena" efterbildningsfall. Det finns ingen anledning att för framtiden vänta sig någon annan attityd från KO:s sida och detta än mindre om den nya lagen blir verklighet. Om KO ändå mot förmodan skulle anse sig vilja föra talan i ett efterbildningsfall, kvarstår emellertid denna möjlighet enligt MFL:s regler.

En enskild näringsidkare har enligt MFL rätt att föra talan vid marknadsdomstolen endast sedan KO har beslutat att ej tala i saken vid domstolen. Förslag om att näringsidkare skulle ha rätt att själva direkt väcka talan har övervägts men slutligen avvisats.[5]

De fördelar som processen vid marknadsdomstolen innebär - den relativa snabbheten genom eninstansförfarandet och kostnadsfördelningen - kan naturligtvis medföra att näringsidkare även i framtiden väljer att föra talan vid denna domstol. Men fördelarna med handläggningen enligt den nya lagen - möjligheten till kumulation, till skadestånd och till säkerhetsåtgärder - kan å andra sidan medföra stora fördelar som gör att näringsidkarna hellre väljer att beträda denna väg.

Vi vill understryka att det förhållandet att ett förfarande är att betrakta som otillbörligt enligt den av oss föreslagna lagen, inte påverkar frågan om efterbildandet till äventyrs också innebär ett intrång i en immaterialrättslig ensamrätt. Visserligen hänger frågor om immaterialrättsintrång och otillbörlig efterbildning nära samman, vilket gör en gemensam handläggning naturlig och rationell. T.ex. har frågor om inarbetning av varukännetecken betydelse i båda hänseenden. Men detta hindrar inte att vardera spörsmålet skall bedömas separat från sina speciella utgångspunkter. Att ett visst förfarande kan betraktas som immaterialrättsintrång hindrar inte att det också kan anses som otillbörlig efterbildning enligt den nya lagen.[6]

Även då det gäller skadeståndsbedömningen framstår den gemensamma handläggningen fördelaktig. Frågor huruvida en förfördelad näringsidkare har lidit skada och hur skadan skall beräknas kan i ett sammanhang bedömas i hela sin vidd.

---

1 Se till detta avsnitt det särskilda yttrandet av Thomas Utterström.
2 Betr. fransk rätt se Marianne Levin s. 119 vid not 183.
3 Se t.ex. UfR 1982 s. 987 (glasservis). - Det anmärks att Sø- og handelsrettens avgöranden kan överklagas till Højesteret. Jfr avsnitt 4.1 ovan.
4 Prop. 1975/76:81 s. 132
5 Prop. 1984/85:213 s. 50 ff.
6 Jfr prop. 1970:57 s. 90.

7.11 Reglernas internationella räckvidd

Immaterialrättslagstiftningen

Utgångspunkten är att de immaterialrättsliga ensamrätterna är nationellt och territoriellt begränsade. Detta innebär att det skydd som uppnås genom de svenska immaterialrättslagarna, t.ex. genom framställning av ett upphovsrättsligt skyddat verk, genom registrering av ett mönster eller genom inarbetning av ett varumärke, bara gäller inom Sverige. Något skydd mot efterbildning och utnyttjande av den skyddade prestationen eller det skyddade kännetecknet utomlands finns alltså i princip inte. Om däremot objektet olovligen kopieras utomlands och plagiaten importeras till Sverige, kan förfarandet angripas med stöd av de svenska reglerna om immaterialrättsintrång.[1]

För att tillgodose behovet av rättsskydd för immaterialrätter utanför det egna landet har en internationell rättsordning byggts upp med hjälp av internationella konventioner. Grundläggande är inom upphovsrätten Bernkonventionen av år 1886 och för det industriella rättsskyddets del Pariskonventionen av år 1883.[2] Huvudprinciperna i dessa bägge konventioner är regler om nationell behandling och om minimiskydd. Enligt principen om nationell behandling är varje medlemsstat skyldig att bereda medborgarna i andra konventionsstater ett lika omfattande rättsskydd som landet bereder sina egna medborgare. Principen om minimiskydd innebär att de anslutna staterna måste tillgodose vissa krav då det gäller omfattningen av de immaterialrättsliga ensamrätterna. Konventionsreglerna har medverkat till att immaterialrätterna i skilda länder i viss utsträckning har harmoniserats.[3]

Grundsatsen om immaterialrättens begränsade territoriella räckvidd slår igenom även i den internationella processrättens regler. Svensk domstol anses sålunda ha domsrätt i frågor om immaterialrättigheters uppkomst, rättsliga innebörd eller bestånd, endast om det rör sig om svenska rättigheter.[4] Motsvarande gäller i samband med talan om intrång i en immaterialrätt. Tvister om utländska immaterialrätter kan däremot endast i mycket begränsad utsträckning tas upp vid svensk domstol. Några skrivna regler om svensk domsrätt i immaterialrättsliga mål med internationell anknytning finns inte. I brist på bestämmelser brukar man söka ledning i de interna svenska forumreglerna i 10 kap. RB. T.ex. anses ersättning för intrång i en utländsk immaterialrätt kunna väckas mot en svarande med hemvist i Sverige enligt grunderna för 10 kap. 1 § RB.[5]

Vid talan om en svensk immaterialrätts uppkomst, rättsliga innehåll eller bestånd samt om intrång i rättigheter skall svensk rätt äga tillämpning. I den mån motsvarande frågor kan prövas i Sverige beträffande utländska rättigheter blir i regel det utländska skyddslandets regler tillämpliga. Gäller det skadestånd vid intrång i immaterialrätt torde en eventuell tvist böra lösas med tillämpning av *lex loci delicti*, dvs. lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits. I praktiken torde detta nästan alltid innebära tillämpning av skyddslandets lag. Ibland förekommer i avtal om immaterialrätter att parterna anger vilken lag som skall vara

tillämplig. Sådana avtal i lagvalsfrågan är i regel giltiga. Men för det fall parterna har underlåtit att välja avtalsstatut, blir frågan betydligt svårare. Utgångspunkten är här att man skall tillämpa den rättsordning som har den starkaste och mest relevanta anknytningen till avtalet.[6]

Den lämnade redogörelsen har framför allt gällt svensk internationell privat- och processrätt. Det kan i stort antas att utländsk rätt har motsvarande innehåll. Territorialitetsprincipen och de territoriellt präglade internationellt privat- och processrättsliga grundsatserna leder till svårigheter att hävda immaterialrätter utomlands. Denna olägenhet torde emellertid delvis kompenseras genom föreskrifterna i gällande konventioner om minimiskydd och om nationell behandling, genom harmoniseringen av nationella immaterialrättslagar i allmänhet samt genom lagvalsklausuler i avtal rörande immaterialrätter.

Regler om illojal konkurrens

I propositionen till MFL har föredragande departementschefen berört frågan om lagens tillämpning på marknadsföringsåtgärder med internationell anknytning. Han har härvid yttrat bl.a. att huvudsyftet med lagstiftningen är att sörja för att vissa normer iakttas beträffande marknadsföring på den svenska marknaden. Avgörande för om generalklausulen skall tillämpas på en viss åtgärd bör därför vara om åtgärden är inriktad på en svensk publik. Var åtgärden har företagits, är däremot i princip utan betydelse. Generalklausulen bör sålunda kunna tillämpas t.ex. i fråga om reklammaterial som har producerats i utlandet och därifrån distribuerats till mottagare i Sverige. Detta innebär enligt departementschefen att generalklausulen i och för sig kan tillämpas även på handlingar som företas utanför Sverige. De praktiska möjligheterna att i sådana fall nå den ansvarige med delgivning av ett vitesföreläggande eller att verkställa ett beslut om utdömande av vite, torde emellertid vara begränsade.[7]

I princip utgår det sagda alltså från att svensk lag skall tillämpas på åtgärder riktade mot svenska intressen, även om en marknadsföringsåtgärd har vidtagits utomlands. Detta kan sägas ligga i linje med tidigare centraleuropeisk praxis, där man också tenderat till en tillämpning av det egna landets lag, även där en gärning förövats utanför landet, men gärningens effekter uppträder inom landet.[8] Denna tendens till tillämpning av *lex fori* har emellertid kritiserats av den tyske rättsvetenskapsmannen Eugen Ulmer i egenskap av författare till ett förslag till en EG-konvention rörande tillämplig lag i fråga om kontraktuella och icke-kontraktuella förpliktelser. Ulmer förordar i stället tillämpning av *lex loci delicti*. Han anför att en tillämpning av lex fori inte tar hänsyn till bl.a. att näringsidkarna måste beredas möjlighet att anpassa sitt konkurrensbeteende utomlands till de regler som där gäller. Det är dock enligt Ulmer inte möjligt att besvara frågan om tillämplig lag generellt för alla typer av illojal konkurrens.[9]

För svensk rätts del torde emellertid departementschefens ovan angivna uttalande alltjämt äga betydelse. Detta skulle innebära att svenska regler om illojal konkurrens - inklusive MFL:s bestämmelser - skall tillämpas på

handlingar riktade mot intressen på svensk marknad. Detta oberoende av huruvida handlingen har utförts i Sverige eller i ett annat land.

Man skulle emellertid, då det gäller tillämplig lag, också kunna anknyta till vad som gäller i den internationella straffrätten. I och med att ett förbud regelmässigt förenas med vite får det en offentligrättslig eller straffrättslig karaktär. I 2 kap. BrB ges regler om tillämpligheten av svensk lag. Kapitlet utgår från att svensk rätt skall tillämpas på handlingar som begåtts i Sverige (2 kap. 1 § BrB). Men följande paragrafer i kapitlet förutsätter att även ett brott som begåtts utanför Sverige kan dömas efter svensk lag och vid svensk domstol. Det är möjligt att föreskriva att ett vitesförbud skall kunna meddelas även då den gärning som föranleder förbud har begåtts utanför Sverige.[10] Men detta skulle få betydelse endast för det fall att förutsättningar enligt 2 kap. BrB är för handen. Dvs. gärningsmannen måste vara svensk medborgare eller utländsk medborgare med hemvist i Sverige eller medborgare i ett annat nordiskt land. För en utländsk medborgare krävs att straffminimum inte är för lågt. Hur dessa bestämmelser skulle tillämpas i fråga om en vitessanktion är osäkert. Men det förefaller ändå som om möjligheterna att genom vitesförbud träffa handlingar som begås utomlands är små.

Som framgår av tidigare avsnitt innebär vårt förslag att en handling som kan förbjudas också kan grunda rätt till skadestånd om den företagits med uppsåt eller vårdslöshet. Från denna utgångspunkt bör man anlägga ett civilrättsligt betraktelsesätt, varvid man kommer in på de internationellt privaträttsliga principer som gäller för utomobligatoriskt skadestånd. I detta fall skall enligt svensk rätt, som den framträder i praxis, tillämpas lagen i det land där den skadegörande handlingen har företagits. Detta är också huvudprincipen i många främmande länders internationella privaträtt.[11]

Avslutande synpunkter

Vi kan alltså konstatera att de immaterialrättsliga reglerna liksom de av oss föreslagna reglerna av konkurrensrättslig karaktär knappast kan få någon nämnvärd räckvidd utanför svenskt territorium. Även om svensk rätt till äventyrs skulle vara tillämplig, kan principerna om domsrätt utgöra en ytterligare begränsning så till vida att utlänningar och utländska företag inte alltid kan lagföras här.

Vi har i vårt förslag övervägt i vad mån det med hänsyn till internationellt privaträttsliga principer är möjligt att komma åt sådana förfaranden som begås utomlands mot svenska företag. Vi har dock måst konstatera att det i allmänhet inte låter sig göra. En vidare syftning torde möta hinder i de internationellt privat- och processrättsliga reglerna samt även medföra problem såvitt angår bestämmelsernas verkställighet i praktiken.

Det sagda hindrar emellertid inte att utlänningars eller utländska företags förfaranden i Sverige kan tas upp vid svensk domstol för åtgärd enligt den föreslagna lagen, i den mån det här finns en behörig domstol. Vårt förslag omfattar ju marknadsföring, framställning, import och lager-

hållning av efterbildningar. Detta innebär t.ex. att förbudstalan kan väckas mot den som i Sverige marknadsför en efterbildning som har tillverkats utomlands. Även själva importen kan förbjudas, om det finns risk för att produkten kommer att utbjudas på den svenska marknaden. Efterbildningen behöver alltså inte ha tillkommit i Sverige för att omfattas av den föreslagna lagen.

Lagen omfattar dock endast förfaranden på svenskt territorium. Om svenska företag utsätts för efterbildning och plagiaten marknadsförs utomlands, får det svenska företaget söka vidta åtgärder enligt den lag som gäller på platsen.

En annan fråga är, om vi med vårt förslag skall försöka ingripa mot att svenska företag marknadsför efterbildningar utomlands. Av det ovan sagda följer att några direkta ingripanden knappast torde vara möjliga. Med gällande internationellt-privaträttsliga principer, och med de praktiska begränsningar som gäller för verkställighet, blir det varje enskilt land som tvingas att ta itu med den illojala konkurrens som bedrivs på dess territorium. Däremot torde det i viss mån vara möjligt för en stat att vidta åtgärder mot en framställning av efterbildningar på det egna territoriet som inriktas på export.

I det internationella samarbetet har krav på motverkande av plagiatexport ställts på länder som är kända för en omfattande tillverkning av plagiatvaror. Enligt den reciprocitetsprincip som råder i internationella förhållanden torde det därför åligga den svenska lagstiftaren att söka stävja sådan tillverkning och export av efterbildningar som inriktas på marknadsföring i andra länder. Ansträngningar av detta slag är nödvändiga för att på sikt komma till rätta med den internationella pirathandeln. Vi har därför i vårt förslag öppnat en möjlighet för domstol att förbjuda framställning, import eller lagerhållning av efterbildningar om det finns risk för ett förfarande som enligt lagen kan förbjudas. Därvid skall hänsyn även tas till förfaranden som kan äga rum utanför Sverige. På denna väg kan export av efterbildningar som framställts eller lagerhållits här i landet förhindras. Det är dock troligt att man skulle kunna förebygga sådan export mera effektivt genom generellt inriktade åtgärder av typ exportförbud.

Skall man uppnå ett rimligt och effektivt konkurrensrättsligt skydd, som även slår igenom i det internationella handelsutbytet, måste framför allt en vittgående harmonisering av reglerna i olika länder komma till stånd. Vi har vid utarbetandet av vårt förslag tagit stort intryck av vad som gäller i utländsk rätt. Sålunda är de förfaranden som vi anger som otillbörliga väl överensstämmande med vad som gäller enligt rättsordningarna i Norge och Danmark, Västtyskland, Frankrike och åtskilliga andra kontinentaleuropeiska länder. Vi anser därför att vårt förslag bidrar till enhetligare regler om illojal konkurrens i ett internationellt perspektiv samtidigt som det står i bättre överensstämmelse med Sveriges förpliktelser enligt Pariskonventionen.

1 Bernitz m.fl. s. 13, Pehrson, L, EG och immaterialrätten. Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt. Stockholm 1985 s. 13.
2 Betr. Pariskonventionen. Se avsnitt 6.1 ovan.
3 Arbetet med en fortsatt konventionsreglering fortsätter. Det skall nämnas att inom EG pågår dels en strävan att skapa en autonom EG-rättslig immaterialrättslagstiftning och dels en harmonisering av EG-staternas nationella immaterialrättslagstiftning. Pehrson a.a. s. 163.
4 Dock skall noteras reglerna i den europeiska patentkonventionen (SÖ 1980:2). Enligt konventionens art. 2 kan meddelas ett s.k. europeiskt patent. Ett sådant patent skall i varje fördragsslutande stat ha samma verkan som ett i staten meddelat nationellt patent.
5 Bernitz m.fl. s. 157, Bogdan, M, Patent och varumärke i den svenska internationella privat- och processrätten. NIR 1980 s. 272 ff och 276 ff, densamme, Svensk internationell privat- och processrätt, 2 uppl. Malmö 1985 s. 97 ff.
6 Bernitz a.a. s. 157 f, Bogdan i NIR 1980 s. 275 f, 279 f och 281 ff.
7 Prop. 1970:57 s. 93.
8 Ulmer, E, Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws, Deventer 1978 s. 19.
9 A.a. s. 19 f. Jfr även Anne-Catherine Imhoff-Scheier i Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Band 41/1985 s. 71 ff.
10 Jfr SOU 1983:52 s. 350.
11 Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt s. 220 ff.

7.12 Tullfrågor

Vi har tidigare redogjort för det internationella arbetet på "counterfeiting"-området. (Avsnitt 2.5 och kap. 6). Som en röd tråd löper strävandena från industriländernas sida att få till stånd ett system enligt vilket "counterfeit goods" kan stoppas redan vid gränsen, genom medverkan av tullmyndigheterna. Som vi redan har antytt har man i Sverige tidigare ställt sig tveksam till konventionsförslag med ett sådant innehåll. Frågan kommer att behandlas inom ramen för en ny s.k. GATT-runda.

I avsnitt 3.5 har omnämnts 1913 års lag, enligt vilken det ålåg tullpersonalen att ta i beslag varor med oriktig geografisk ursprungsbeteckning. Denna lag upphävdes i samband med 1970 års MFL. Tullmyndigheterna har ingen befogenhet att ingripa då det gäller tillämpningen av MFL. Inte heller i övrigt har tullverket någon tillsynsplikt då det gäller konkurrensrättslig eller immaterialrättslig lagstiftning.

I utländska rättssystem förekommer att tullmyndigheterna har möjlighet att ta i beslag "counterfeit goods". Särskilt skall nämnas USA som år 1978 fick en lagstiftning med ett sådant innehåll. Det beslagtagna godset kan

sedermera förklaras förverkat. Det är också möjligt att ta i beslag importerade varor, även efter det att tullklarering har skett[1].

I avsnitt 7.7 har behandlats frågan vilka personer som bör träffas av de regler som utredningen kommer att föreslå. Primärt avser vi i detta hänseende den som - på sätt som närmare anges i lagtexten - marknadsför en efterbildad vara (eller dess förpackning). Men förbud kan även riktas mot den som framställer, importerar eller lagerhåller en sådan efterbildning om det finns risk för ett sådant förfarande. Detta innebär att den föreslagna lagstiftningen kan begagnas för att beivra efterbildningar som sker utomlands, men som importeras för att marknadsföras på den svenska marknaden.

Frågan om åtgärder som skulle hindra själva importen, genom regler om införselförbud, möjlighet för tullmyndigheterna att ingripa med beslag osv. är föremål för internationella diskussioner i vilka Sverige deltar. (Jämför avsnitt 2.5 och kap. 6.) Vi finner oss därför böra avstå från egna förslag i denna del. Frågorna får övervägas närmare i samband med en eventuell anslutning till en internationell konvention e.d. rörande handeln med "counterfeit goods".

Det finns även flera andra skäl för denna vår ståndpunkt. Procedurer av det slag det här gäller är svåra att genomföra i praktiken. Detta sammanhänger med det numera allmänt tillämpade hemtagningssystemet. Ett viktigt skäl till att reglerna i 1913 års lag upphävdes var just att ingrepp från tullmyndigheternas sida inte gick att förena med det tullklareringssystem som i allt mindre utsträckning kom att bygga på okulärbesiktning av varje varupost. Det var också sådana synpunkter som medverkade till att förordningen om ursprungsmärkning av kläder vänder sig mot saluhållandet och inte mot importen. (Se härom avsnitt 3.5 ovan.)

Det sagda torde dock inte innebära att det är omöjligt för svensk del att skapa regler som vänder sig mot importen. Inom tullverket finns redan idag ett spaningssystem som möjliggör ingripande mot särskilda varuposter då det anses befogat, t.ex. för att leta efter smuggelgods. Det torde alltid vara möjligt att slå ned på ett varuparti i det fall tullverket har fått ett "tips".

Sammanfattningsvis har vi inte ansett oss böra lägga fram förslag i de hänseenden som nu är aktuella. Härför behövs enligt vår mening en särskild utredning med särskilda direktiv och speciell sakkunskap inom det handelspolitiska och tulltekniska området.

---

1 Bikoff i NIR 1983 s. 239.

7.13 Några framtidsperspektiv rörande immaterialrättsligt formskydd

Som framgått av tidigare avsnitt har vi funnit att de missförhållanden som nu föreligger beträffande efterbildningar bäst åtgärdas genom en särskild lag på området. Helt oberoende av vad som sålunda varit målet för och resultatet av vårt arbete har vi gjort en del iakttagelser beträffande reformbehovet inom immaterialrätten. Dessa kan eventuellt ha ett värde för framtida lagstiftningsarbete. Vi har funnit det riktigt att även lägga fram dessa reflektioner, trots att de flesta inte har något omedelbart samband med vårt lagförslag.

Vad först gäller varumärkeslagen har vi redan pekat på vad vi anser vara den största bristen i denna lag; frånvaron av möjligheter till förbud mot varumärkesintrång. Vi har redan sagt att vi näppeligen har mandat att föreslå några djupgående ändringar i de immaterialrättsliga lagarna. Men även om så vore, finns det ett viktigt skäl till att vi nu inte lägger fram förslag till förbudsregler i varumärkeslagen. Nämligen att ett praktiskt taget färdigt sådant förslag redan finns. År 1974 tillsattes varumärkesutredningen (Ju 1974:10). I dess direktiv ingick bl.a. att överväga införandet av vitesförbud för intrång i annans rätt till varukännetecken.

Varumärkesutredningen utarbetade sedan ett förslag till revision av varumärkeslagen, häribland förslag till regler om förbud som sanktion vid varumärkesintrång. Men innan utredningsarbetet var helt fullbordat, återkallade regeringen utredningens uppdrag. Detta torde ha sammanhängt med att frågan om Sveriges tillträde till en år 1973 träffad internationell överenskommelse om registrering av varumärken, Trademark Registration Treaty (TRT), inte längre var aktuell.

Varumärkesutredningen lämnade dock efter sig ett färdigt utkast till ett delbetänkande, vilket föreligger i stencil. Detta material är i ett sådant skick att det - efter remissförande - utan tvekan skulle kunna ligga till grund för lagstiftning om förbud.

Även om det måhända vore möjligt att ändra varumärkeslagen endast så långt att man där inför förbudssanktion, menar vi dock att en mera långtgående revidering av varumärkesrätten är påkallad. För detta borde emellertid ett nytt utredningsarbete - med särskilda direktiv som grund - komma till stånd. Härvid borde enligt vår mening en fråga övervägas som inte berördes i varumärkesutredningens nyss nämnda opublicerade betänkande. Det gäller frågan om varumärkesrätt till varuutstyrslar.

Av avsnitten 3.2.4 och 7.8 ovan har framgått att praxis rörande varumärkesrätt för varuutstyrslar har föranlett en livlig diskussion i den juridiska litteraturen. Det har bl.a. sagts att praxis rörande registrering av främst egentliga varuutstyrslar har varit onödigt sträng. Detta har bl.a. sammanhängt med uttrycket säregen i 1 § andra stycket varumärkeslagen och utformningen av 5 § i lagen. Vi anser att de frågor det här gäller bör tas upp i hela sin vidd. Härvid borde man dock avvakta resultatet av den monografi på varumärkesrättens område som utredningens sakkunnige Lars Holmqvist är i

med att författa. Utredningen har under sitt arbete haft förmånen att ta del av manuskript till vissa delar av detta arbete. Det förefaller oss naturligt att en eventuell ny utredning rörande varumärkesrätten får avvakta tills Holmqvists arbete är fullbordat. Problemen rörande frihållningsbehovet för former som har en teknisk funktion, har där beretts ett stort utrymme.

Vad härefter gäller mönsterskyddslagen är följande att säga. Även i fråga om denna lag framstår frånvaron av en förbudssanktion som en akut brist. Det förefaller oss möjligt att - med det nyss nämnda förslaget till ändringar i varumärkeslagen som förebild - relativt enkelt införa sådana möjligheter.

Men även beträffande mönsterskyddslagen förefaller det oss lämpligare med ett större grepp. Vi vill här peka på den omfattande studien Formskydd, författad av Marianne Levin, också hon sakkunnig i utredningen. Författaren pekar här på brister i det nuvarande skyddet för formgivning (design) och skissar på förslag till förbättringar.[1]

Det skall i detta sammanhang också anmärkas att i en nyligen avgiven motion[2] har kritiserats tillämpningen av mönsterskyddslagens skillnadsregel. Enligt motionären skyddas inte längre rena nyttomönster. För att lösa problemet föreslog motionären bl.a. att, efter tysk förebild, en ny skyddsform för nyttomönster infördes. Lagutskottet som behandlade motionen yttrade bl.a. att intresset av nordisk rättslikhet talade mot att man i Sverige skulle överväga en utvidgning av mönsterskyddet. Emellertid nämnde lagutskottet att en utredning numera hade tillkallats i Finland för att klargöra behovet av skydd för nyttighetsmönster. Utskottet ansåg att det för närvarande inte fanns någon anledning att frångå tidigare ställningstaganden i saken. Men, fortsatte utskottet, skulle det i Finland framläggas ett förslag till en särskild skyddsform, kunde det finnas skäl att överväga frågan på nytt. Utskottet hänvisade också till de överväganden som för närvarande pågår inom justitiedepartementet med anledning av de förslag som utredningen om skydd för företagshemligheter framlagt i betänkandet Företagshemligheter.[3]

I likhet med Marianne Levin anser vi att mönsterskyddslagen borde bli föremål för en genomgripande översyn i syfte att förbättra skyddsmöjligheterna. Även detta borde ske inom ramen för ett särskilt utredningsarbete. Mot denna bakgrund finner vi - oavsett frågan om omfattningen av vårt uppdrag - att det nu inte är lämpligt att förslå några ändringar i mönsterskyddslagen.

I samband med diskussionen om reformbehov inom mönsterrätten kan det noteras att vårt förslag endast drabbar efterbildningar som är förväxlingsbara eller annars framställts eller marknadsförts med särskilt förkastliga metoder. Den inom textilsektorn vanliga - och redan i 1966 års betänkande diskuterade - situationen att textilvaror närgånget efterbildas utan att förfarandet framstår som särskilt klandervärt,[4] har vi inom ramen för våra direktiv inte kunnat lösa. Gällande mönsterrätt anses allmänt otillräcklig i detta sammanhang. Det tål att övervägas om ett effektivare skydd är på sin plats. Utomlands finns exempel på tänkbara lösningar.

Vad gäller sanktionssystemet inom immaterialrätten över huvud taget, skall här erinras om de nyligen skedda ändringarna av patentlagen,[5] varvid bl.a. infördes möjligheten att meddela vitesförbud vid patentintrång. I samband med lagstiftningsärendets behandling i lagutskottet, togs också upp några riksdagsmotioner. I en av motionerna[6] togs upp frågan om en samordning av sanktionssystemet inom området för det industriella rättsskyddet över huvud taget, särskilt vad gäller mönsterskydds- och varumärkesrätten. Utskottet ansåg för sin del att det fanns skäl att avvakta erfarenheterna från den praktiska tillämpningen av de nya reglerna i patentlagen innan man tar ställning till frågan om motsvarande regler bör införas i övrig lagstiftning på området.[7]

Vad sålunda förevarit ger ytterligare stöd åt vår ståndpunkt att nu inte föreslå några ändringar i varumärkes- och mönsterskyddslagarna.

Vi vill slutligen också betona intresset av nordisk rättslikhet på immaterialrättens område. Eventuella ändringar av immaterialrättslagarna bör ske inom ramen för nordiskt samarbete i syfte att uppnå största möjliga enighet.

---

1 Marianne Levin s. 465 ff.
2 Motion 1985/86:L 227.
3 LU 1985/86:29 s. 10 f.
4 SOU 1966:71 s. 239 ff.
5 SFS 1986:233, prop. 1985/86:86.
6 Motion 1985/86:305.
7 LU 1985/86:29 s. 7 f

7.14 Kostnader

Det åligger utredningen enligt 13 § kommittéförordningen (1976:119) att söka beräkna kostnaderna för den föreslagna lagens genomförande.

Den föreslagna lagen innefattar effektivare åtgärder mot otillbörliga efterbildningar. Den kan förväntas minska förekomsten av efterbildningar på marknaden och på sikt förebygga att otillbörliga efterbildningar marknadsförs. Därmed kan på längre sikt de samlade kostnaderna för konflikter angående plagiat bringas ned. Genom den föreslagna lagen ges också en bättre bas för förhandlingar i efterbildningsfall. Även på detta sätt minskas kostnaderna för konflikter om otillbörlig efterbildning. Sammanfattningsvis innebär förslaget att de samlade kostnaderna för samhället och för enskilda som beror på otillbörlig efterbildning kommer att minska.

Ser man kostnadsfrågan på kort sikt och endast i förhållande till den offentliga sektorn, bör man observera att den föreslagna lagen innebär att de företagare som drabbats av efterbildning får bättre tillgång till domstols hjälp när det gäller att hävda sina rättigheter. Förmodligen innebär detta till en början en viss ökad belastning på de allmänna domstolarna. Man kan visserligen anta att de flesta fall som kommer att behandlas enligt den nya lagen kommer att förenas med talan om immaterialrättsintrång. Men det blir troligen också någon överströmning från marknadsdomstolen av efterbildningsfall till de allmänna domstolarna.

Blir den här angivna belastningen på domstolarna över huvud taget märkbar, torde den i varje fall vara övergående. Den ökning av det allmännas kostnader som eventuellt och övergångsvis kan inträda, måste bli i hög grad marginell.

8 SPECIALMOTIVERING

Lag om otillbörlig efterbildning

Lagen innehåller sex paragrafer. 1 och 2 §§ anger vilka typer av förfaranden som kan förbjudas. 3 § reglerar närmare utformningen av förbud. 4 § rör interimistiskt förbud. 5 § rör skadestånd och 6 § säkerhetsåtgärder.

1 §

Denna paragraf innehåller tre stycken. *Första stycket* anger mot vem ett förbud kan riktas och vilka förfaranden som kan bli föremål för förbud. *Andra* och *tredje* stycket anger ytterligare personkategorier som förbud kan riktas mot.

Första stycket

I första stycket punkterna 1-4 anges fyra specificerade typfall då förbud mot marknadsföring av en efterbildning kan meddelas. Vissa allmänna förutsättningar för förbud kan utläsas av punkten 5. Dessa förutsättningar är att förfarandet - på sätt som motsvarar vad som anges i punkterna 1-4 - utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till.

Som kommer att utvecklas ytterligare i det följande, innebär detta att det i och för sig är möjligt att meddela ett förbud i en situation när förutsättningarna i punkten 5 är uppfyllda, men situationen inte kan hänföras till något av de fyra typfallen. Så bör dock ske endast i mycket speciella situationer.

Marknadsföring av en efterbildning

I paragrafens första stycke anges att en näringsidkare som marknadsför en vara eller dess förpackning kan, om vissa krav är uppfyllda, av allmän domstol förbjudas att fortsätta förfarandet. Med marknadsföring avses detsamma som i MFL. Hit hör alla typer av avsättningsfrämjande åtgärder, vare sig dessa vänder sig till allmänheten i gemen eller till en viss grupp av intressenter. Även åtgärder riktade mot en viss individ räknas hit, t.ex. säljargumentering som en försäljare riktar mot en enskild kund. Inte bara försäljning, utan också uthyrning och liknande förfaranden innefattas. Redan själva saluhållandet, även om det är helt passivt, ingår i begreppet marknadsföring. (Prop. 1970:57 s. 64 och 1975/76:34 s. 124.)

Av detta följer att "marknadsför" i första stycket har en vidsträckt betydelse. All slags exploatering av en efterbildning får anses falla in under begreppet. Inte bara utbud riktade mot en större eller mindre obestämd krets av konsumenter eller andra avnämare räknas hit. Även det fall att någon tar kontakt med en enda person och erbjuder denne att köpa, hyra etc. produkten är att räkna som marknadsföring.

Efterbildning

Första stycket talar om "en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning". Den första frågan är härvid vad som menas med en efterbildning.

Det noteras till en början att ordet "efterbildning" i lagtexten används för att beteckna ett plagiat eller en kopia och inte för att beskriva själva förfarandet. I lagens rubrik används dock termen som en beteckning på förfarandet. Så sker också ibland i den följande framställningen.

För att ett objekt skall framstå som en efterbildning krävs i princip att det är resultatet av en kopiering av ett vid tillverkningstillfället existerande original. Detta utesluter det fristående dubbelskapandet. Om alltså B på egen hand skulle råka tillverka en identisk kopia av A:s produkt, kan detta aldrig vara en efterbildning i lagens mening.

Normalt är situationen naturligtvis sådan att plagiatören efterbildar en originalprodukt som redan finns på marknaden. Men lagen ställer inte något generellt krav på att det förhåller sig just på det sättet. Kopiering av en originalprodukt, som ännu inte har förts ut på marknaden, är också en efterbildning. Detta gäller även om originalet inte har hunnit att mångfaldigas utan kanske bara existerar som en enstaka prototyp. Det krävs dock att prototypen är fullgången. I det schweiziska förslaget till ny lag om illojal konkurrens talas om att någon övertar en annans arbetsprestation som är "marktreif" resp. "prêt à être mis sur le marché". Dessa uttryckssätt kan tjäna till ledning även för den svenska lagens del. Om alltså prototypen är så preliminär att den sedermera marknadsförda produkten utvisar betydande skillnader, bör en kopiering av prototypen inte räknas som en otillbörlig efterbildning av produkten i fråga.

Motsvarande gäller andra tillverkningsunderlag än prototyper: en ritning, en produktbeskrivning, ett tillverkningsrecept etc., även om underlaget har tagit gestalt i t.ex. ett datorprogram som lagras på en diskett. Men det ställs samma krav här som i fråga om prototypen, nämligen att underlaget är fullgånget, dvs. det skall direkt kunna användas för att tillverka en marknadsfärdig produkt.

Den nya lagen kan alltså täcka förfaranden med produkter som ännu inte finns ute på marknaden. Härvid kan lagen komma att konkurrera med reglerna i IKL (liksom med de regler om skydd för företagshemligheter som föreslagits i betänkandet (1983:52) Företagshemligheter). Ett visst förfarande kan strida mot båda regelsystemen. Följande är ett exempel. A är anställd vid företaget F. Han har hand om den tekniska utvecklingen av en viss produkt. Då produkten är färdig att föras ut på marknaden - men ännu bevaras hos F som en företagshemlighet - sätter A i gång tillverkning och marknadsföring av plagiat av originalet i egen regi.

Det nämnda fallet är ett exempel på förtroendemissbruk som är ett av de fyra typfallen i första stycket. Närmare om förhållandet mellan detta fall och regler om företagshemligheter anges i det följande.

En efterbildning skall för att falla under lagen vara "nära". Detta är ett uttryck för att en efterbildning inte behöver vara identisk. Det räcker att efterbildningen i väsentlig utsträckning överensstämmer med originalet. I vissa fall kan en efterbildning bara avse vissa karakteristiska drag hos originalet, men skilja sig i övrigt från originalet beroende på att original och kopia har olika användningsområden. Som exempel kan nämnas en handdukshängare och en tvålkopp, där vissa utsmyckningsdetaljer är lika.

En vara eller dess förpackning

Paragrafens första stycke rör efterbildning av en "vara eller dess förpackning".

Uttrycket vara uttrycker till en början att det är fråga om en viss typ av lös egendom, nämligen sådan som man också brukar kalla lösöre. Men denna egendom skall ha introducerats på marknaden i kommersiellt syfte.

Härmed utesluts efterbildningar av objekt som inte har kommersiell anknytning. Det kan röra sig om t.ex. museiföremål, föremål av etnografisk karaktär och föremål som endast har affektionsvärde.

Mellan en vara och dess förpackning finns det inte någon bestämd gräns. Ofta är det naturligtvis klart att en efterbildning avser, inte varan själv, utan varans förpackning, t.ex. efterbildning av en flaska innehållande ett mineralvatten. Men ibland kan en viss "förpackning" ha en självständig ställning som kommersiellt objekt. Det kan t.ex. röra sig om en plastpåse med ett visst utförande och ett visst mönster, som skall användas för att forsla dagligvaror. Om någon efterbildar denna påse är det snarast att anse som efterbildning av en "vara". För lagens tillämpning har denna gränsdragning dock ingen betydelse. Det är inte avsikten att den praxis som råder i varumärkesrätten, där egentliga varuutstyrslar har erhållit skydd i mindre utsträckning än förpackningsutstyrslar, skall få en motsvarighet inom den nya lagens ram.

Förfaranden som kan förbjudas

Av lagen framgår till en början att den handling som kan förbjudas är marknadsföring av en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning. Detta räcker dock inte. Det krävs därutöver att förfarandet uppfyller kraven i en eller flera av fem uppräknade punkter. Som redan nämnts innehåller punkterna 1-4 specificerade beskrivningar av de förfaranden som kan förbjudas, medan den femte punkten ger utrymme för förbud i andra fall.

Det skall understrykas att det förhållandet att marknadsföring av en efterbildning faller in under någon av punkterna i första stycket inte utan vidare innebär att förbud skall meddelas. Första stycket anger inte annan än att förbud *kan* meddelas, om de grundläggande förutsättningarna föreligger. Ur punkten 5 kan utläsas att en allmän förutsättning för meddelande av förbud, även i fall som avses i punkterna 1-4, är att förfarandet utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem

som marknadsföringen riktar sig till. Som nedan framhålles innefattar t.ex. en avgjutning inte alltid ett snyltande på annans insats, särskilt om det är fråga om enkla och allmänt förekommande former eller om efterbildningen är nödvändig för att uppnå ett tekniskt ändamål. (Då det gäller denna problematik hänvisas till den allmänna motiveringen, avsnitt 7.8.)

En omständighet som kan vara att beakta vid bedömningen av frågan om förbud är tidsaspekten. Antag att det har gått avsevärd tid sedan originalet introducerades på marknaden och att originaltillverkaren måste anses ha täckt sina investeringskostnader och även erhållit en rimlig förtjänst. I ett sådant fall kan det finnas anledning att anse att efterbildningen inte är otillbörlig. (Jämför specialmotiveringen till 3 § nedan.)

En särskild fråga är om förbud skall kunna meddelas vid efterbildning av en vara eller en förpackning som redan åtnjutit tidsbegränsat skydd enligt immaterialrättslig lagstiftning. Problemet blir främst aktuellt när skyddstiden gått ut för en produkt som åtnjutit skydd enligt mönsterskyddslagen. Den omständigheten att en sådan skyddstid har löpt ut kan inte hindra ett ingripande med förbud enligt denna lag mot förfaranden som medför risk för förväxling av produktens kommersiella ursprung eller vid förfaranden som innebär förtroendemissbruk. Vid andra förfaranden med efterbildningar där det immaterialrättsliga skyddet har löpt ut, bör förbud normalt inte komma i fråga.

Rätten kan underlåta att förbjuda ett förfarande om ett förbud bedöms vara onödigt. Så kan vara fallet om det står helt klart att vederbörande även utan ett förbud avser att avbryta det ifrågavarande förfarandet. (Jämför SOU 1983:52 s. 397.) Slutligen kan ett förfarande te sig så bagatellartat att ett förbud på den grunden inte ter sig påkallat.

En annan omständighet att beakta är att ett medgivande till efterbildningen har lämnats av originaltillverkaren. I de fall då skälet till ett förbud är att förfarandet har möjliggjorts genom förtroendemissbruk eller genom avgjutning eller annat direkt tillägnande eller att förfarandet systematiskt riktas mot annat företag, bör ett medgivande av originaltillverkaren utesluta möjligheten att meddela förbud. I de fall där förbudet motiveras med att marknadsföringen av efterbildningen medför risk för förväxling rörande produktens kommersiella ursprung, måste frågan bedömas annorlunda. Enligt 35 § varumärkeslagen kan den som förvärvat ett varumärke eller fått licens att utnyttja ett varumärke förbjudas att använda detta om användningen av kännetecknet är vilseledande i den nye innehavarens eller licenstagarens hand. Sådant förbud kan också meddelas mot en varumärkesinnehavare som använder varumärket på ett sådant sätt att allmänheten vilseleds. Något skäl att inta en annan ståndpunkt i den nya lagen föreligger inte. I de fall marknadsföringen av en efterbildning medför risk för att allmänheten vilseleds, bör därför ett medgivande, lämnat av den som skapat originalet, inte utesluta att förbud meddelas.

Punkten 1, förväxling rörande kommersiellt ursprung

Detta är ett fall som redan är etablerat i svensk rätt. Det behandlades i propositionen till 1970 års MFL (prop. 1970:57 s. 76 och 90). Härefter har en relativt omfattande praxis utvecklats i marknadsdomstolen. Det är naturligt att rättsutvecklingen i fortsättningen bygger vidare på denna praxis. Dock förordas i det följande vissa avvikelser härifrån. (Jämför också avsnitt 7.5 ovan.)

Enligt punkten 1 skall vid fråga om förbud beaktas om förfarandet medför risk för förväxling rörande produktens kommersiella ursprung. Vad det här gäller är då marknadsföringen av en kopia sker på ett sådant sätt att konsumenterna riskerar att förväxla en näringsidkares kopior med originalen. Detta kan också uttryckas så att det finns risk för att köparna vilseleds beträffande det kommersiella ursprunget.

Förväxlingsfallet utmärks av sitt dubbla skyddssyfte. Det är från den förfördelade näringsidkarens synpunkt en snyltning på dennes insats då kopiorna marknadsförs så att det finns risk för att de framstår som original. Men dessutom är förfarandet från konsumentsynpunkt klart otillbörligt. Det finns nämligen ett befogat konsumentintresse att veta vad som är kopior och vad som är original. Detta innebär att konsumentskyddsaspekter här kommer in i bilden på ett mer direkt sätt än vad som gäller punkterna 2-4. I fallet under punkten 1 har den förfördelade näringsidkaren och konsumentkollektivet ett sammanstämmande intresse av att kopior inte marknadsförs så att det kan uppkomma förväxling vad gäller det kommersiella ursprunget. Det förbehållet måste dock göras att många konsumenter värdesätter möjligheten att få köpa billiga varor, även om dessa är kopior och inte original. Man måste också skilja mellan olika varutyper. Då det gäller märkesvaror med hög "prestige" - t.ex. mycket dyrbara armbandsur - är det ett större konsumentintresse att inte vilseledas än då det gäller mera banala produkter som t.ex. bilreservdelar. I det sista fallet kan dock säkerhetsaspekter komma in i bilden. Vidare kan det förhållandet att varans form tjänar ett tekniskt syfte göra att förväxlingsbarheten får accepteras. (Jämför avsnitt 7.8 ovan.) Sådana omständigheter skall beaktas vid den samlade bedömningen av om förbud skall meddelas. Som redan har angivits ovan är det inte säkert att förbud bör meddelas därför att omständigheterna i de olika punkterna i första stycket är uppfyllda.

Punkten 1 talar alltså om risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung. Härmed avses inte endast varans faktiska ursprung. Det kan visserligen förekomma att en tillverkare själv distribuerar varorna under en viss beteckning. Men ofta är den som marknadsför varorna och förser dem med sitt kännetecken en annan än tillverkaren. Det finns inte något som hindrar en återförsäljare från att utplåna tillverkarens varumärke och sätta dit sitt eget. När man i varumärkesrätten talar om kommersiellt ursprung, avser man den som tillhandahåller varan under sitt kännetecken. Genom att själv sätta sitt varumärke på varan eller tillåta att t.ex. en licenstagare använder varumärket, ger känneteckenshavaren bl.a. till känna att han tar ansvar för varan och dess egenskaper. Detta gäller även om det

inte omedelbart framgår av märket vem som är dess innehavare. Varumärket utpekar i så fall ett anonymt kommersiellt ursprung. (Jämför SOU 1958:10 s. 214 och Pehrson s. 32 ff.) Normalt har man att räkna med endast en sådan varumärkesrättslig avsändare av varan, även om det ibland förekommer att det anges ett dubbelt ursprung, t.ex. "Specialtillverkad för NK av Tiger".

Från konsumentsynpunkt måste man emellertid räkna med att en produkt normalt har flera kommersiella ursprung i olika led. Köper någon en tvål av märket Lux i en dagligvarubutik, uppfattar han att varan har sitt ursprung dels hos butiken, dels hos den anonyme innehavaren av varumärket Lux. På samma sätt finns det skäl att tro, att en vara eller förpackning som säljs i en dagligvarubutik och som saknar kännetecken eller som har märkts endast med butikens varumärke (t.ex. "ICA-handlarens Allrengöring"), har tillverkats av någon annan än butiken, trots att denna tillverkare inte kan identifieras med hjälp av varans märkning. Särskilt gäller detta naturligtvis om den butikskedja som säljer varan inte accepterar att varor i deras butiker märks med andra varumärken än butikskedjans firma. (Jämför Pehrson s. 49 f angående varuhuskedjan Carrefour.)

Frågan om marknadsföringen av en efterbildning medför risk för förväxling i fråga om det kommersiella ursprunget måste avgöras med utgångspunkt i om köparen har anledning att räkna med att den vara han överväger att köpa har tillverkats eller marknadsförts av samma företag som tillverkat eller marknadsfört det original han, kanske flyktigt, gjort bekantskap med. I den mån man alltså har att räkna med flera kommersiella ursprung i olika led för samma vara, bör det räcka med att köparen vilseleds om något led för att förbud skall kunna meddelas.

Det kan vara så, att köparen uppfattar både efterbildningen och dess kännetecken som originalvaran och dess kännetecken. I så fall kan marknadsföringen av efterbildningen i de flesta fall angripas både enligt den nya lagen och enligt varumärkeslagen. En annan situation är att varken originalet eller efterbildningen har försetts med något kännetecken, men köparen ändå har anledning att tro att efterbildningen är samma produkt som originalet. Men så kan också vara fallet trots att kännetecknen för originalet och kopian tydligt skiljer sig åt. Ovan har berörts fallet att kopian säljs under ett enhetsmärke i en butik som har till policy att sälja varor endast under detta varumärke. I ett annat fall kanske originaltillverkaren öppet har använt olika varumärken för samma vara. Ett konfektionsföretag eller en tvättmaskinstillverkare märker t.ex. kostymer resp. tvättmaskiner levererade till en återförsäljare med dennes varumärke och använder vid leveranser till en annan återförsäljare denne senares varumärke. I båda fallen anger han emellertid vem som har tillverkat varan t.ex. genom uttrycket "made for NK by Tiger" eller genom att skilt från varumärket uppge sin firma. Finner en konsument en identisk kostym resp. tvättmaskin hos en tredje återförsäljare märkt med dennes varumärke, kan han ha skäl att tro att varan även i detta fall har tillverkats av den originaltillverkare som tillverkat varan åt de förstnämnda återförsäljarna.

Ett vilseledande rörande kommersiellt ursprung innefattar ofta också ett vilseledande beträffande produktens kvalitet. Detta gäller om, som ofta är fallet, kopian är sämre än originalet. Men detta förhållande saknar i princip betydelse. Konsumenten luras även om - till äventyrs - de båda varorna är kvalitetsmässigt likvärdiga. Det är som sagt ett befogat konsumentintresse att veta om man köper ett original eller en i och för sig fullgod kopia.

Annorlunda är det däremot om det inte rör sig om förväxling rörande kommersiellt ursprung utan om vad som kan kallas kvalitets- eller varuförväxling. Detta är fallet då det inte kan sägas att konsumenten vilseleds beträffande det kommersiella ursprunget, men konsumenten tror att en viss vara har samma egenskaper som ett original. Varuförväxling har berörts i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.5. Som där har sagts kan risk för varuförväxling endast i sällsynta undantagsfall medföra förbud.

Det krävs inte att förväxling av kommersiellt ursprung verkligen har ägt rum. Det räcker med att det finns en *risk* för en sådan förväxling. Denna risk är relaterad till en hel rad frågor, bl.a. varans särskiljningsförmåga, inarbetning av varans utseende samt eventuell neutralisering.

Som har framhållits i den allmänna motiveringen finns det en stark anknytning mellan förväxlingsfallet och varumärkesrätten. Det finns därför anledning att, då det gäller att avgöra om det föreligger risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung, använda sig av ett varumärkesrättsligt synsätt. Det bör dock observeras att frågan inte gäller om det föreligger intrång i en varumärkesrättslig ensamrätt. Som redan uttalades av departementschefen i propositionen till 1970 års MFL saknar det - för bedömning av kommersiellt ursprung - principiell betydelse huruvida åtgärden innebär intrång i en ensamrätt. Departementschefen tillade dock att det i praktiken kunde vara svårt att hålla i sär de båda frågorna. Han kom sedan in på betydelsen av att ett kännetecken blivit inarbetat, varom mera nedan. (Prop. 1970:57 s. 90.)

För att förväxling mellan ett original och en kopia överhuvud taget skall kunna äga rum, måste krävas att originalet har vad som i varumärkesrätten kallas särskiljningsförmåga eller distinktivitet. Beträffande innebörden av detta begrepp hänvisas till varumärkesrätten. (Se avsnitt 3.2.4 ovan.)

Utan att ett original har en viss grad av distinktivitet kan förväxling med en kopia över huvud taget inte äga rum. Detta innebär att det inte är möjligt att vilseledas beträffande det kommersiella ursprunget i fråga om en vara med ett helt banalt utseende, t.ex. en vanlig träskruv. Det skall dock noteras att även sådana varor kan vinna särskiljningsförmåga t.ex. genom en särskild färgsättning eller genom att förpackas i en särskiljande förpackning. Det sagda gäller också sådant som ris, öl och mineralvatten.

Inom varumärkesrätten skiljer man mellan ursprunglig och förvärvad distinktivitet. En vara som saknar ursprunglig distinktivitet kan förvärva sådan genom användning. (Jämför vad som nedan sägs om inarbetning.)

Det bör inte krävas, för att förväxlingsrisk skall anses vara för handen, att originalet har den höga grad av distinktivitet som gäller för varu-utstyrslar enligt 1 § andra stycket varumärkeslagen. Detta har utförligt utvecklats i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.5. Det förhållandet att en produkts utformning är styrd av ett tekniskt eller funktionellt syfte medför inte att produkten inte kan äga distinktivitet. Det är alltså i ett fall då någon efterbildar en sådan produkt inte uteslutet att det föreligger risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung.

Kravet på distinktivitet hänger, som redan antytts, samman med frågan om det skall krävas att en produkts utseende har blivit inarbetat hos de personer som produkten vänder sig till. För att en förväxling mellan ett original och en kopia skall kunna äga rum räcker nämligen inte att originalet har en viss ursprunglig distinktivitet. Det måste därutöver krävas att de konsumenter som den ifrågavarande produkten vänder sig till (omsättningskretsen) har någon kunskap om originalets existens och dess utseende. Detta gör att det kravet måste ställas att originalet har förts ut på marknaden och att ett så stort antal konsumenter känner till detta, att dess utseende kan sägas vara "känt". Däremot krävs inte den särskilt höga grad av inarbetning som är ett krav för varumärkesrättslig ensamrätt enligt 2 § andra stycket varumärkeslagen.

Det sist sagda gäller under förutsättning att det är klart att original-produkten har en - ursprunglig - distinktivitet. Om detta däremot inte är fallet, kan en omfattande användning kompensera denna brist. I sådant fall kan det alltså bli fråga om att kräva en högre grad av kännedom än i det förstnämnda fallet. (Jämför åter avsnitt 7.5.)

För att förväxling mellan ett original och en kopia skall kunna äga rum räcker naturligtvis inte att originalet har särskiljningsförmåga och i viss utsträckning är inarbetat. Det krävs också att kopian är förväxlings-bar med originalet. Detta innebär i sin tur att det finns en tillräcklig grad av likhet mellan original och kopia. Avgörande härvid är, som har framhållits av marknadsdomstolen i fallet MD 1983:3 (Ajax), huruvida likheten i fråga om produkternas utstyrsel är sådan att dessa båda skapar i det väsentliga samma minnesbild hos konsumenten. Däremot utesluts inte förväxlingsrisken om produkterna sedda tillsammans kan skiljas åt. Det räcker inte att produkterna har olika beteckningar. Det sagda gäller framför allt produkter som säljs genom självbetjäning.

Den nya lagen uppställer inte något självständigt krav på en neutralisering av förväxlingsrisken. Det räcker att konstatera att förfarandet medför förväxlingsrisk. Om en sådan risk föreligger, är detta ett uttryck för att den som marknadsfört produkten inte har gjort tillräckligt för att undanröja risken. Även om vederbörande verkligen har gjort ett lovvärt - fast misslyckat - försök till neutralisering, men förväxlingsrisk ändå föreligger, kan förbud meddelas. (Däremot kan en misslyckad neutralisering medföra befrielse från skadestånd. Se specialmotiveringen till 5 § nedan. Jämför också den allmänna motiveringen, avsnitt 7.5 ovan.)

I praktiken har naturligtvis neutralisering eller utebliven neutralisering betydelse vid bedömningen av fråga om förbud, eftersom en utförd neutralisering normalt medför att förväxlingsrisken utesluts. Det är klart att det krävs olika mycket i olika situationer för att uppnå denna effekt. Medan det i vissa fall är möjligt att neutralisera förväxlingsrisken med små åtgärder, är det i andra fall inte tillräckligt ens att använda ett annat kännetecken för efterbildningen. Jämför vad som sagts ovan.

Original och kopior till samma försäljningsled

Om det skall föreligga förväxlingsrisk, måste huvudregeln vara att utbudet av såväl kopior som original sker till samma krets av avnämare. Det kan röra sig om konsumenter i sista försäljningsled eller till en grossist i ett tidigare handelsled. I fallet MD 1977:28 (Canicum) angavs - som en grund för ogillande - att försäljningen av originalen, bortsett från försäljningen till två mindre grossister, hade gått till två storförbrukare, medan kopiorna såldes i dagligvarubutiker.

Men även i detta fall kan undantag tänkas. Följande är ett exempel. Ett öl av ett visst märke och med en karakteristisk etikett distribueras av näringsidkaren A endast till restauranger. Härefter marknadsför B på den vanliga konsumentmarknaden ett annat öl, vars förpackning är förväxlingsbar med originalets. I detta fall kan väl tänkas att konsumenterna förväxlar kopior med original.

Original och kopia samtidigt på marknaden

För att det skall föreligga risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung måste utgångspunkten vara att original och kopia finns samtidigt på en och samma marknad. I det nyss nämnda Canicum-fallet yttrade marknadsdomstolen att risken för vilseledande var ringa; vid den tidpunkt då kopian lanserades hade originalprodukten sedan ett halvt år tillbaka gått ur marknaden.

Som marknadsdomstolen här antyder kan det finnas förväxlingsrisk även då originalvaran har dragits bort från marknaden. Det kan under en övergångsperiod finnas en kvardröjande effekt under vilken konsumenten kan tro att kopian är ett original.

Men även innan en vara bjuds ut på en viss marknad, kan förväxlingsrisk föreligga. Detta om man med marknad avser marknaden inom en viss bestämd region. En vara kan med braskande marknadsföring introduceras t.ex. i Skåne. Om kopior därefter marknadsförs i Göteborg är det inte uteslutet att konsumenter där kan förledas att tro att de köper ett original. Ett motsvarande fenomen kan tänkas om en vara marknadsförs i ett land och kopior därefter säljs i ett annat land. De s.k. kålungedockorna marknadsfördes först i USA och sedan bl.a. i Sverige. Men i Sverige och i Finland marknadsfördes kopior innan original hade hunnit dit. Eftersom marknadsföringen av dessa dockor var synnerligen intensiv och genomträngande, kan det väl tänkas att konsumenterna vilseleddes beträffande dockornas kommersiella ursprung.

Punkten 2, förtroendemissbruk

Det andra typfallet i uppräkningen i första stycket är där förfarandet har möjliggjorts genom ett förtroendemissbruk.

Naturligtvis kan marknadsföring av en efterbildning innebära såväl risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung som ett förtroendemissbruk. Men vad som nu är av intresse är det fall, där förväxlingsrisk alls ej föreligger och där förfarandet således inte kan inrymmas under punkten 1.

Förtroendemissbruk är en typ av avtalsbrott. För att förtroendemissbruk skall kunna äga rum fordras att det föreligger en avtalsrelation av en viss kvalificerad karaktär. Av avtalet skall - uttryckligen eller underförstått - följa att den som anförtrotts en produkt inte utanför avtalets ram får marknadsföra en kopia av den anförtrodda produkten. Vad gäller anställda avses termen förtroende täcka inte bara vad en anställd uttryckligen har erhållit i förtroende från arbetsgivaren, utan också vad han kan anses ha fått del av inom ramen för anställningsförhållandet. (Jämför SOU 1983:52 s. 384 och 387.)

Som har angivits i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.6, har den nu ifrågavarande punkten nära anknytning till reglerna i IKL. (Jämför vad som sägs under rubriken Efterbildning ovan.) Följande är ett exempel. En arbetstagare kopierar en hemlig prototyp som han har kommit i kontakt med under sin anställning. Omedelbart efter det att arbetsgivaren har marknadsfört produkter överensstämmande med prototypen, sätter arbetstagaren i gång konkurrerande marknadsföring av kopior som han i hemlighet har tillverkat på grundval av prototypen. Detta förfarande torde vara straffbart enligt 3 § första stycket IKL samtidigt som det kan grunda förbud enligt den nya lagen.

3 § första stycket IKL omfattar endast anställda. Andra stycket rör däremot var och en som för affärsändamål har anförtrotts en s.k. teknisk förebild. Med "förtroendemissbruk" enligt lagen om otillbörlig efterbildning menas något mera än vad som förstås med att en förebild skall vara "anförtrodd" enligt 3 § andra stycket IKL. Antag att två företagare A och B har startat en s.k. joint venture. B erhåller av A prover på en produkt som parterna kommer överens om skall produceras och marknadsföras i samarbete. I strid mot överenskommelsen sätter B i gång att - med proverna som förebild - på eget bevåg tillverka och marknadsföra produkten för egen räkning. Det förhållandet att en liknande produkt till äventyrs finns på öppna marknaden utesluter inte att B genom sitt förfarande har gjort sig skyldig till förtroendemissbruk. Om förutsättningarna enligt 1 § första stycket i den nya lagen är uppfyllda, bör förfarandet därvid kunna förbjudas. (Jämför vad som sagts i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.6, i anslutning till redogörelsen för hovrättsfallet rörande vävstolen Göta.)

Punkten 3, direkt tillägnande av annans insats

Denna punkt är en motsvarighet till det begrepp som i tysk rätt betecknas *unmittelbare Leistungsübernahme*. (Jämför avsnitt 4.4.)

Punkten uttrycker det förhållandet att, även om det inte föreligger förväxlingsrisk, en efterbildning inte får ske med vilka medel som helst. Punkten vänder sig framför allt mot avgjutning. Men även andra tekniska metoder, där efterbildaren direkt och totalt övertar utseendet på den andres produkt hör hit. Man kan tänka sig metoder där efterbildaren använder modern elektroteknik. Det kan t.ex. i fråga om tvådimensionella alster röra sig om fotokopiering.

Vad som särskilt utmärker denna punkt är att efterbildaren inte själv åstadkommer någon egen prestation att tala om. Om B efterbildar A:s prydnadstomte, accepterar lagen detta om B med A:s figur som förebild själv modellerar en mycket snarlik figur (om det inte föreligger förväxlingsrisk eller någon annan särskild otillbörlighetsgrund). B har härvid själv utfört en prestation, låt vara med en annans produkt som förebild. (Det bortses här också från det fallet att B:s förfarande utgör ett intrång i en immaterialrättslig ensamrätt.) Men om B gjuter av originalfiguren och härefter marknadsför kopior som är identiska, bör förfarandet i regel grunda förbud.

Som redan tidigare har sagts innebär det förhållandet att omständigheterna i någon eller flera av punkterna i första stycket är för handen inte utan vidare att förbud skall meddelas. En avgjutning av produkter som saknar särprägel - t.ex. vanliga skruvar och muttrar - kan knappast anses vara ett snyltande på annans insats och förutsättningarna för att meddela förbud föreligger därför normalt inte i sådana fall. Så kan däremot vara fallet om det gäller särpräglade produkter som har krävt stora resurser att utveckla. (Jämför den allmänna motiveringen, avsnitt 7.6).

Det skall slutligen påminnas om att det förhållandet att en avgjutning är nödvändig för att efterbildningen skall fylla ett tekniskt ändamål kan göra att avgjutningen ter sig tillbörlig. (Se härom avsnitt 7.8.)

En särskild fråga är hur den situationen skall bedömas då kopian visserligen är framställd genom avgjutning etc., men efterbildaren därefter har gjort vissa ändringar av kopian som gör att den inte längre framstår som helt identisk med originalet. En sådan situation måste bedömas från fall till fall. Om "justeringarna" är helt obetydliga, bör detta inte medföra någon skillnad i bedömningen i förhållande till om dessa inte utförts. Men om ändringarna är av sådan storleksordning att det blir fråga om en egen självständig prestation från efterbildarens sida, bör förbud ej längre komma i fråga. Vid bedömningen är det naturligtvis väsentligt vilka kostnader som efterbildaren själv har lagt ned på den nya produkten.

Punkten 4, systematisk efterbildning

Med systematisk - eller planmässig - efterbildning kan avses två huvudfall. Den ena situationen är då en näringsidkare under en tidsperiod fortlöpande efterbildar varje ny produkt som en annan näringsidkare marknadsför. Den andra situationen är då någon på en gång efterbildar någon annans hela sortiment eller en väsentlig del av detta.

I första hand syftar lagtexten på den förstnämnda situationen. Efterbildaren "hänger den andre i hälarna". Det är vanligt att en sådan efterbildning är kombinerad med efterbildning av annans "marknadsföringskoncept" (Jämför de allmänna motiven, avsnitt 7.3 samt specialmotiveringen till 2 § nedan.) En sådan kombination av efterbildning förstärker naturligtvis graden av otillbörlighet. Förbud kan dock meddelas även om det gäller en "ren" systematisk efterbildning av den angivna typen.

Man kan fråga sig vad det närmare betyder att efterbildningen är "systematisk" i ovan angiven mening. När B första gången marknadsför kopior av A:s nya produkter, kan det naturligtvis inte betraktas som ett systematiskt förfarande. Det förhållandet att förfarandet en enda gång har upprepats, är knappast heller en omständighet som i och för sig bör föranleda förbud. I enlighet med vad som tidigare sagts, bör den nya lagen tillämpas med försiktighet. Det är först då B vid flera tillfällen har kopierat nyheter som A har producerat och därmed dokumenterat förfarandets karaktär av snyltning, som ett förbud kan komma i fråga.

Den andra typen av systematisk efterbildning är då någon vid ett och samma tillfälle efterbildar hela eller en väsentlig del av en annans sortiment. Det kan röra sig t.ex. om ett system av elektriska kopplingar, där varje enhet efterbildas i varje detalj. Som speciellt otillbörligt kan ett sådant förfarande framstå om det kombineras med andra omständigheter, t.ex. att ett förfarande av det nämnda slaget upprepas. Snyltningen på annans insats kan framstå som särskilt kvalificerad om originaltillverkarens hela existens vilar på försäljningen av de varor som har efterbildats.

I likhet med vad som nyss nämnts om systematisk efterbildning av den första typen, kan efterbildning av ett helt produktsortiment kombineras med efterbildning av en annans "marknadsföringskoncept". T.ex. kan ett sortiment av olika slag av dambindor vara uppbyggt enligt ett visst färgschema som representerar olika storlek och kapacitet. Vidare kan det för samma sortiment finnas bilder som bär upp annonsering och annan marknadsföring, t.ex. bilden av en kvinna med utslaget hår som återkommer såväl på förpackningen som i separata annonser. I sådana fall förstärks förfarandets otillbörliga karaktär. (Jämför åter den allmänna motiveringen, avsnitt 7.3 och specialmotiveringen till 2 §.)

Även om någon systematiskt marknadsfört efterbildningar av produkter ur en annan näringsidkares sortiment behöver förfarandet inte innebära ett snyltande på annans insats om efterbildandet bara avser enkla och allmänt förekommande former.

Punkten 5, övriga fall

Även om ett förfarande inte faller in under någon av punkterna 1-4, kan förfarandet förbjudas om, som det anges i lagtexten, "förfarandet på ett annat motsvarande sätt utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till".

Tillämpning av punkten 5 aktualiseras då det inte föreligger något sådant typfall av snyltning eller annat otillbörligt förfarande som anges i punkterna 1-4. I den allmänna motiveringen har diskuterats situationer då ett förfarande med efterbildning undantagsvis skulle kunna anses otillbörligt, trots att det inte faller in under något av de uppräknade fyra typfallen. Varuförväxlingsfallet har omnämnts i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.5, och i specialmotiveringen till 1 § första stycket punkten 1 ovan. "Russin-ur-kakan"-fallet har berörts i avsnitt 7.6. Som där anges finns det skäl att i dessa fall vara återhållsam med att meddela förbud.

Av 1 § första stycket framgår att det blir möjligt att i flera fall än som tidigare i praxis medgivits enligt 2 § MFL inskrida med förbud mot förfaranden med efterbildningar. Denna utvidgning kommer främst till uttryck i 1 § första stycket punkterna 2-4. Men vid en ytterligare utvidgning därutöver måste stor försiktighet iakttas.

Den försiktighet som krävs då det gäller utvidgning av skyddet utanför de fyra punkterna sammanhänger med intresset av en fungerande, effektiv konkurrens. I den allmänna motiveringen, avsnitt 7.1, har understrukits vikten av att detta intresse upprätthålls. Men det måste också beaktas att konkurrensen inte får bedrivas med vilka medel som helst. I särskilda fall är ett förfarande av ett sådant slag att det kan anses överskrida vad som är tillbörligt på en fri marknad. Vid bedömning av om så är fallet skall hänsyn tas såväl till den förfördelade näringsidkarens intresse som till allmänhetens intresse av en effektiv konkurrens, häribland konsumenternas intresse av att erhålla en fullgod information rörande de marknadsförda produkterna.

Lagen gör det möjligt att beivra vissa från konkurrenssynpunkt särskilt oacceptabla förfaranden. Ett sådant förfarande karakteriseras enligt punkten 5 allmänt av att det - på ett sätt som motsvarar en eller flera av punkterna 1-4 - utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktas till. Som redan tidigare har sagts kan härav utläsas allmänna förutsättningar för meddelande av förbud.

Uttrycket snyltande syftar på vad som i flera länder på den europeiska kontinenten kallas ett "parasitärt" förfarande. Detta betyder att någon, i stället för att själv lägga ned kostnader på produktutveckling och marknadsföring, utnyttjar en annans insatser. "Man skördar där någon annan har sått". Av detta står klart att uttrycket snyltande är att tolka som något som är starkare än "utnyttjande". I "snyltande" ligger ett moment av klander. Grundläggande är att den som marknadsför efterbildningen genom sitt förfarande gjort avsevärda besparingar i utvecklings- och/eller marknadsföringskostnader. Det är däremot inte något formellt krav att en annan näringsidkare - "den förfördelade" - har visats lida skada. Men naturligtvis svarar ofta en vinst på efterbildarens sida mot en förlust på originaltillverkarens sida. Om så är fallet, förstärks naturligtvis handlingens karaktär av "snyltande".

Förfarandet skall från konkurrenssynpunkt vara i sådan grad oetiskt att det inte kan accepteras på en fri marknad näringsidkare emellan. Vid domstolens bedömning av om så är fallet bör hänsyn tas till det utomrättsliga normsystemet. Liksom enligt 2 § MFL får det alltså betydelse vad som är god affärssed. Men det är att notera att domstolen inte är bunden av de värderingar som vid tillfället för avgörandet råder inom näringslivet. (Jämför prop. 1970:57 s. 60 och 87 f.)

Som framgår av lagtexten kan förbud meddelas också om förfarandet på motsvarande sätt som enligt punkterna 1-4 utgör en handling som är otillbörlig mot "dem som marknadsföringen riktar sig till". Härmed avses den totala s.k. omsättningskretsen, vare sig det gäller privatpersoner eller kommersiella avnämare. (Jämför prop. 1970:57 s. 88.) Härmed ger lagen uttryck för att frågan om förbud inte ses enbart från den förfördelade näringsidkarens synpunkt. Lagen ser nämligen efterbildningens otillbörlighet också ur ett konsumentperspektiv. Vad det här gäller är avnämarnas (konsumenternas) intresse av att få fullgod information om de varor som bjuds ut på marknaden eller, med andra ord, att inte vilseledas beträffande främst det kommersiella ursprunget. Uttrycket "dem som marknadsföringen riktar sig till" är härvid nära knutet till punkten 1 i 1 § första stycket.

Vid bedömande av om förbud bör meddelas skall, i enlighet med vad som sagts ovan, beaktas det allmänna intresset av att konkurrensen i möjligaste mån är fri. Ett förfarande som i förhållande till den förfördelade näringsidkaren innebär ett snyltande på dennes insatser måste accepteras om samhällets intressen av en fungerande konkurrens väger över. En sådan avvägning kan naturligtvis i det enskilda fallet te sig svår. Men den underlättas om man ser till konkurrensens speciella effekt att leda till en för konsumenterna fördelaktig prissättning av varorna på marknaden. Exempel är efterbildning och försäljning av "piratdelar" till en maskin. (Jämför avsnitt 7.6 ovan.) B plockar ut A:s "bästsäljare" och marknadsför efterbildningar därav till ett mycket lågt pris. (B utmärker tydligt att kopiorna har ett annat kommersiellt ursprung än originalets, så det är inte fråga om förväxlingsrisk.) Ett förfarande av detta slag kan i det enskilda fallet vara förödande för A. Men med hänsyn till konsumenternas intresse av billiga reservdelar bör förfarandet normalt accepteras. Undantag bör komma i fråga endast i speciella fall.

Förbud av allmän domstol att fortsätta förfarandet

Om förutsättningarna i första stycket är uppfyllda, kan allmän domstol meddela förbud att fortsätta förfarandet.

För att rätten skall kunna meddela ett förbud krävs att någon framställer ett yrkande härom. Vilka personer som har talerätt regleras i lagens 3 §. Där anges också att ett förbud kan tidsbegränsas, att det kan villkoras och att det normalt skall förenas med vite.

Då det gäller möjligheten att meddela förbud intar lagen samma principiella ståndpunkt som har angivits i propositionen till 1970 års MFL (prop.

1970:57 s. 77). Det bör sålunda inte krävas att den handlande kan läggas till last uppsåt eller vårdslöshet. Domstolens avgörande av om förbud skall meddelas bör grundas enbart på en bedömning av om förfarandet objektivt sett är sådant som avses i bestämmelsen. Det sagda hindrar inte, som har framhållits i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.9, att vederbörandes subjektiva inställning kan beaktas vid bedömningen av om förfarandet är sådant att förbud bör meddelas.

Förbud riktas enligt första stycket mot en näringsidkare som marknadsför en efterbildning. "Näringsidkare" har samma innebörd som enligt motiven till MFL. Dvs. termen skall fattas i vidsträckt mening och omfatta var och en som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art, både en fysisk och en juridisk person. Detta innebär bl.a. att förbud kan riktas mot statliga och kommunala organ som idkar näring. (Se vidare prop. 1970:57 s. 90 f. MFL:s näringsidkarebegrepp har övertagits i konkurrenslagen. Se härom prop. 1981/82:165 s. 163 f, särskilt av näringsfrihetsombudsmannen på s. 163 angivna synpunkter på begreppet.) Vad som avses med "marknadsföring" har angivits ovan. Det är inte något krav att den som utsätts för förbud själv har tillverkat kopian. Kopieringen kan ha skett i ett föregående eller ännu tidigare handelsled. Detta kan innebära att den som marknadsför produkten inte känner till att denna är en efterbildning. I enlighet med vad som nyss har sagts om att uppsåt eller vårdslöshet inte krävs, hindrar detta inte att förbud kan meddelas, om förutsättningarna annars är uppfyllda.

Ett förbud måste vara klart preciserat. Det kräver i sin tur att käranden noga anger vilket förfarande som han yrkar förbud mot. Inget hindrar att rätten begränsar förbudet i förhållande till vad som har yrkats. (Jämför prop. 1974:4 s. 220 och prop. 1985/86:86 s. 41.)

Det kan ofta bli aktuellt att kombinera ett förbud med sådana säkerhetsåtgärder som anges i lagens 6 §. Se härom specialmotiveringen till denna paragraf.

Andra stycket

Enligt 1 § första stycket kan den näringsidkare träffas av förbud som marknadsför en efterbildning. Som har framhållits kan denne själv ha efterbildat originalet. Vanligare torde dock vara att den som marknadsför efterbildningen är en annan än den som har framställt denna.

Andra stycket kompletterar första stycket i vad gäller de personer som förbud kan riktas mot. Om en näringsidkare framställer, importerar eller lagerhåller efterbildningar är skälet härtill oftast att han avser att - själv eller genom ett senare handelsled - marknadsföra efterbildningarna. Som framgår av den allmänna motiveringen, avsnitt 7.7, har det ansetts befogat att kunna meddela förbud även på detta förberedande stadium. En förutsättning härför är enligt andra stycket att det finns risk för ett sådant förfarande som har angivits i första stycket. Detta innebär att det skall bedömas som sannolikt dels att marknadsföring kommer att äga rum, dels att förfarandet kan hänföras till någon eller några av punkterna 1-5 i första stycket.

Detta innebär att förbud inte skall meddelas då det bedöms att det inte föreligger någon risk för en framtida marknadsföring. Så kan vara fallet om det står klart att en person tillverkar kopior i annat än i kommersiellt syfte, t.ex. som ett led i hobbyverksamhet eller för vetenskapligt bruk. Samma gäller om ett företag lagts ned och det förefaller helt osannolikt att tillverkningen av efterbildningar skulle tas upp igen.

Utformningen av förbudet ställer sig annorlunda vid förbud enligt andra stycket i jämförelse med förbud enligt första stycket. Enligt första stycket avser förbudet endast en fortsatt marknadsföring av efterbildningarna, jämför ovan. Förbud enligt andra stycket måste utformas olika beroende på vilken situation som det är fråga om. Det har inte ansetts nödvändigt att tynga lagtexten med alla varianter. Vad gäller framställning eller import är det naturligt att förbudet avser fortsatt framställning respektive import. Förbudet kan också avse framtida marknadsföring. Vid lagerhållning av efterbildningar får förbudet avse framtida marknadsföring av efterbildningarna. Enligt 3 § första stycket andra meningen kan förbudet villkoras. Dessutom kan här aktualiseras tillämpning av någon av de säkerhetsåtgärder som upptas i lagens 6 §.

I andra meningen i 1 § andra stycket anges att vid bedömningen av risk för marknadsföring av efterbildningar skall hänsyn även tas till förfaranden som kan äga rum utanför Sverige. Denna regel har berörts i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.11, som rör reglernas internationella räckvidd. Här skall erinras om vad som där sägs, nämligen att det inte kan förväntas att den nya lagen kan bli tillämplig på förfaranden som sker utomlands. Men genom regeln i andra stycket öppnas dock en möjlighet att stoppa förberedelser till marknadsföring av efterbildningar utanför svenskt territorium. Typexempel på vad som avses är följande. I landet L tillverkas för den inhemska marknaden en viss produkt. Näringsidkaren N i Sverige tillverkar här kopior avsedda att exporteras till L för att där konkurrera med originalprodukten. Om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda kan förbud riktas mot N att fortsätta tillverkningen av efterbildningar och att i framtiden marknadsföra sådana.

Bestämmelsen i andra meningen gäller naturligtvis även i det fallet att det är fråga om efterbildningar av i Sverige tillverkade produkter. Ett företag här tillverkar t.ex. uteslutande för export till landet K en viss ljusstake. Om N tillverkar kopior av samma vara att också exporteras till och marknadsföras i K, kan andra stycket komma att tillämpas.

Tredje stycket

Enligt tredje stycket kan förbud meddelas även en anställd hos en näringsidkare och annan som handlar på en näringsidkares vägnar samt var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till handlingen. Denna regel överensstämmer helt med 2 § andra meningen MFL. Det hänvisas till MFL:s förarbeten. (Prop. 1970:57 s. 77 och 90 f.)

2 §

Denna paragraf kompletterar 1 § första stycket då det gäller de objekt som kan vara föremål för efterbildning enligt lagen.

I 2 § anges att vad som sägs i 1 § om efterbildning av en vara eller dess förpackning skall i tillämpliga delar också gälla efterbildning som avser utformning av reklam, broschyrer, inredning och utstyrsel eller andra liknande inslag i marknadsföring.

Som har angivits i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.3, hänger ibland utformningen av en vara - eller dess förpackning - mycket nära samman med marknadsföringen av den. Sålunda avbildas produkten ofta i annonser och andra reklammeddelanden. Vid fråga om förbud enligt 1 § kan sådana marknadsföringsmetoder inverka på bedömningen. Genom marknadsföringen kan t.ex. risken för förväxling med en originalvara öka, 1 § första stycket punkten 1. En systematisk efterbildning kan bedömas strängare om även marknadsföringen imiterats, 1 § första stycket punkten 4.

Genom 2 § utvidgas lagens tillämpningsområde ytterligare. Paragrafen avser även efterbildning av reklam utan samband med efterbildning av en vara eller dess förpackning. Ett exempel är efterbildning av en reklambroschyr, där kopian "slaviskt" följer originalets utformning, dess layout och utseendet på dess bilder. I avsnitt 7.3 har omnämnts efterbildning av en broschyr för en bastuanläggning. Som ytterligare exempel kan anges en broschyr för en samlarserie avseende porslin, där originalets utformning i olika hänseenden noggrant kopieras i en av en konkurrent utgiven broschyr.

2 § omfattar även andra inslag i marknadsföring där det är fråga om efterbildning av marknadsföringens yttre form. Detta gäller framför allt de kombinationer av olika inredningsdetaljer som sammantagna bildar en viss karakteristisk helhetsverkan, "koncept". I avsnitt 7.3 har som exempel angivits de olika detaljer som kännetecknar en viss restaurang eller restaurangkedja. Det är dock inte nödvändigt, för att 2 § skall bli tillämplig, att olika detaljer förekommer i kombination. Även t.ex. en separat efterbildning av en personaluniform är att räkna som efterbildning av utstyrsel enligt paragrafen.

Det skall understrykas att lagen, vare sig det gäller 1 § eller 2 §, endast rör efterbildning av en företeelses utseende. Företeelsen kan vara två- eller tredimensionell och efterbildningen rör det som är iakttagbart för synen, dvs. form och färg. Härigenom dras en gräns mot efterliknande av idéer eller metoder, t.ex. en viss försäljningsstrategi, sätt att utföra underredesbehandling av bilar eller program för biltvätt.

Vad som kan förbjudas enligt 2 §, jämfört med 1 §, är inte marknadsföringen som sådan av t.ex. en reklambroschyr. Denna är normalt inte det kommersiella objekt som marknadsföringen avser. Om så är fallet, är det enbart 1 §, och inte 2 §, som är tillämplig. Förbud enligt 2 § avser *användningen* av broschyren i fråga vid marknadsföringen av den produkt broschyren avser, t.ex. en viss porslinsservis.

3 §

Första stycket

Den grundläggande bestämmelsen om förbud mot efterbildning finns i lagens 1 §. 3 § kompletterar i vissa hänseenden 1 § - och 2 § - i vad gäller förbud.

Som redan har sagts i specialmotiveringen till 1 § har rätten alltid möjlighet att göra en bedömning av lämpligheten av förbud i det enskilda fallet. Om förbud meddelas, bör förbudet inte utsträckas längre än nödvändigt.

Detta överensstämmer med vad som anges i 3 § första stycket. Enligt första styckets första mening kan ett förbud enligt 1 § eller 2 § tidsbegränsas om så är påkallat. Och enligt andra meningen får förbudet utformas så att det endast gäller om en viss föreskrift inte iakttas.

Att ett förbud kan tidsbegränsas sammanhänger med önskemålet att få till stånd en rimlig balans mellan å ena sidan den förfördelade näringsidkarens intresse att inte utsättas för oetiska konkurrensmetoder och å andra sidan det allmänna intresset av en fungerande konkurrens. Härvid kan rätten komma att finna att förbud visserligen bör meddelas, men att det vore onödigt hämmande för konkurrensen att låta det bestå en längre tid.

I tysk rätt har man ibland ansett det acceptabelt att B exploaterar A:s prestation, bl.a. om så lång tid har förflutit att det rimligen kan anses att A tjänat in sina investeringskostnader. (Se avsnitt 4.4 vid not 46 - 48.) I ett sådant fall kan förbud ofta inte komma i fråga redan av det skälet att något snyltande på annans insats enligt 1 § första stycket inte föreligger. Om så ändå anses vara fallet kan den omständigheten att kostnaderna i betydande grad tjänats in föranleda att ett förbud begränsas i tiden. Jämför specialmotiveringen till 1 § första stycket ovan.

I 3 § första stycket andra meningen anges som sagt att ett förbud får utformas så att det endast gäller om en viss föreskrift inte iakttas. Denna bestämmelse sammanhänger framför allt med 1 § första stycket punkten 1 som rör förväxling rörande kommersiellt ursprung. Då det gäller efterbildningar som medför förväxlingsrisk, är det oftast möjligt att neutralisera denna risk. Detta kan antingen ske genom en ändring av själva produktens utseende - t.ex. ändring av form eller färg - eller också kan kopian ursprungsmärkas eller saluföras i en särskiljande förpackning. Då en neutralisering på det ena eller andra sättet regelmässigt är möjlig, bör rätten utforma förbudet därefter. Förbudet kan enligt lagen villkoras så att det bara gäller om en neutraliseringsåtgärd av specificerat slag inte vidtas. Det är vidare möjligt att rättens beslut differentieras t.ex. så att förbudet beträffande marknadsföring av redan befintligt sortiment är undantagslöst, medan marknadsföring av i framtiden tillverkade varor bara blir förbjudet om förväxlingsrisken inte har neutraliserats.

Vid rättens bedömning av om förbudet skall villkoras måste emellertid stor försiktighet iakttas. En föreskrift om en viss neutraliseringsåtgärd bör komma i fråga endast om det står utom allt tvivel att åtgärden verkligen utesluter förväxlingsrisken. Härvid skall hållas i minnet vad som angivits i specialmotiveringen till 1 § första stycket punkten 1 rörande förväxlingsrisk. Det noteras t.ex. att olika märken på två förpackningar normalt inte utesluter förväxlingsrisk om förpackningarna i övrigt har ett snarlikt utseende.

En föreskrift i samband med förbud kan aktualiseras också i andra situationer än förväxlingsfallet. T.ex. kan, då det gäller avgjutning, rätten förordna att förbud skall gälla endast om efterbildaren inte ändrar efterbildningen på ett visst angivet sätt.

Ofta aktualiseras ett villkorat förbud i samband med att rätten föreskriver en säkerhetsåtgärd enligt lagens 6 §. T.ex. förbjuder rätten fortsatt marknadsföring av ett plagiat om inte ändring av detta sker. Samtidigt förordnar rätten att de varor som efterbildaren har på lager ändras på motsvarande sätt. Jämför specialmotiveringen till 6 §.

I 3 § första stycket tredje meningen anges att förbud skall förenas med vite om detta inte av särskilda skäl är obehövligt. Denna bestämmelse överensstämmer helt med vad som sägs i 5 § MFL. De fall då vite inte bör föreläggas enligt den nya lagen är likartade med dem som upptas i motiven till nämnda paragraf. Således bör möjligheten att underlåta vite utnyttjas sparsamt. Vite bör inte föreläggas en statlig myndighet. Inte heller bör vite föreläggas om målet har bragts inför domstolen endast från prejudikatsynpunkt och det står helt klart att svaranden är beredd att upphöra med det påtalade förfarandet om rätten bifaller kärandens förbudstalan. (Prop. 1970:57 s. 91 f. Jämför SOU 1983:52 s. 398.)

Det skall erinras om att ett vitesförbud kan riktas såväl mot en fysisk som mot en juridisk person. Detta framgår numera uttryckligen av 2 § viteslagen (1985:206). (Jämför också NJA 1984 s. 296 där vite ansågs kunna föreläggas ett handelsbolag. Se vidare avsnitt 3.4.5 ovan och där gjorda hänvisningar.)

Vid bedömande av vitesbeloppets storlek skall beaktas bestämmelserna i 3 § viteslagen. Detta innebär att vitet skall sättas till ett så stort belopp att det kan antas få svaranden att åtlyda förbudet. Härvid skall framför allt hänsyn tas till dennes ekonomiska förhållanden. Men även kärandens intresse av att få slut på det påtalade förfarandet bör beaktas. Om det gäller ett förväxlingsfall, kommer också konsumentkollektivets intresse in i bilden.

Det noteras att enligt 4 § viteslagen vite numera kan föreläggas som s.k. löpande vite. Det erinras dock om att departementschefen i propositionen till viteslagen uttalade att löpande vite borde användas med en viss försiktighet. Även i övrigt hänvisas till viteslagens regler och motiven härtill. (Se härom avsnitt 3.4.5 ovan. Jämför också prop. 1985/86:86 s. 41.)

Andra stycket

Andra stycket anger vem som har rätt att föra talan om förbud. Enligt lagrummet får sådan talan föras av den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats. Talan får även föras av en sammanslutning av näringsidkare eller konsumenter.

Talerätt har alltså i första hand den som har skapat originalprodukten. Den som förvärvat rätt att framställa originalprodukten genom licens avses ha samma rätt att föra talan om förbud som originaltillverkaren. (Jfr prop. 1974:4 s. 221 samt prop. 1985/86:86 s. 40 f.) Vidare tillkommer talerätten personer som senare förvärvat produkten för försäljning och marknadsfört denna. Samtliga säljled på "originalsidan" omfattas alltså av talerättsregeln.

Den som marknadsför en produkt är regelmässigt också näringsidkare. Beträffande innebörden av denna term hänvisas till konsumentskyddslagstiftningen. (Se t.ex. prop. 1984/85:110 s. 141.) Originaltillverkaren kan i undantagsfall vara en privatperson. Som exempel kan anges en person vilken, som ett led i hobbyverksamhet, sysslar med att tillverka hemslöjdsföremål. Om en sådan person blir utsatt för att hans produkter efterbildas och marknadsförs, har han enligt lagen rätt att föra talan om förbud. Till skillnad från vad som gäller enligt 10 § MFL fordrar lagen alltså inte att den som för talan om förbud skall vara näringsidkare.

Förutom den som har framställt eller marknadsfört originalet har en sammanslutning av näringsidkare eller av konsumenter talerätt. I denna del överensstämmer den nya lagen med MFL, fast talerätten där endast gäller om KO beslutat att ej göra ansökan. I enlighet med vad som har angivits i motiven till MFL ställs inte upp något krav på representativitet eller särskilda kvalifikationer i övrigt hos sammanslutningen i fråga. (Se prop. 1970:57 s. 97.)

I enlighet med det synsätt som kommer till uttryck i förarbetena till 2 § MFL avses med "konsumenter" inte bara privatpersoner, utan även andra slutliga avnämare. (Se prop. 1970:57 s. 88.)

Tredje stycket

Enligt paragrafens tredje stycke får talan om utdömande av vite föras av den som har ansökt om vitesförbudet. Av allmänna processrättsliga regler följer här att den också har talerätt till vilken rätt till originalprodukten har överlåtits eller upplåtits. (Se 13 kap. 7 § RB. Jämför prop. 1985/86:86 s. 43.)

Enligt lagens 1 § skall förbud meddelas av allmän domstol. Det blir då också allmän domstol som förelägger vite. Enligt 7 § punkten 3 viteslagen skall frågor om utdömande av vite prövas av tingsrätt om tingsrätten själv (eller högre rätt) har förelagt vitet.

Tredje styckets andra mening anger att i samband med talan om utdömande av vite får talan föras om nytt vitesförbud. Skälet till denna regel är att talan om förbud handläggs som tvistemål, medan mål om utdömande av vite enligt 8 § viteslagen handläggs som brottmål. Det är därför inte möjligt att, utan en särskild kumulationsregel, i samma rättegång handlägga såväl talan om utdömande av vite som talan rörande nytt vitesförbud.

Vid kumulation blir reglerna i 22 kap. 1, 3 och 5 §§ RB analogiskt tillämpliga. Detta innebär bl.a. att rätten efter vad som är lämpligt kan handlägga målen gemensamt eller var för sig. (Jämför prop. 1985/86:86 s. 43.)

4 §

Denna paragraf innehåller regler om s.k. interimistiskt förbud.

Reglerna i paragrafen ansluter sig nära till reglerna om interimistiskt förbud i den nya 57 a § patentlagen, som i sin tur bygger på vad som gäller enligt 15 kap. RB om säkerhetsåtgärder i tvistemål. (Se prop. 1985/86:86 s. 28 och 40 ff.)

Första stycket

Enligt paragrafens första stycke krävs för interimistiskt förbud att käranden visar sannolika skäl för sin talan om förbud. Detta innebär att käranden skall ha yrkat att rätten förbjuder svaranden att fortsätta ett visst angivet förfarande och han skall göra sannolikt att detta förfarande uppfyller kraven för förbud enligt 1 § eller 2 §. Det krävs vidare att det skäligen kan befaras att svaranden i väsentlig utsträckning fortsätter med det påtalade förfarandet. Om så är fallet kan rätten - på yrkande av käranden - meddela förbud intill dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har förordnats.

Beslutet kan meddelas under rättegången, men även i samband med dom i saken. Om beslutet har meddelats under rättegången, skall enligt tredje stycket rätten, då den avgör målet, pröva om beslutet alltjämt skall bestå.

Rätten har alltid möjlighet att, om omständigheterna föranleder till detta, upphäva eller ändra ett interimistiskt förbud. Detta kan aktualiseras t.ex. då ett interimistiskt förbud kvarstår efter fullföljd till högre rätt.

Enligt första stycket andra meningen är huvudregeln att interimistiskt förbud inte får meddelas innan svaranden har fått tillfälle att yttra sig. Undantag gäller dock i det fall det föreligger risk för att dröjsmål skulle åstadkomma skada.

Andra, tredje och fjärde stycket

För att ett interimistiskt förbud skall kunna meddelas krävs enligt andra stycket att käranden ställer säkerhet för den skada som kan tillfogas svaranden. I undantagsfall kan dock rätten, om käranden saknar förmåga att ställa säkerhet, befria käranden från detta.

Enligt tredje stycket skall rätten, då målet avgörs, pröva om interimistiskt förbud fortfarande skall bestå.

I lagrummets fjärde stycke sägs att i fråga om överklagande av beslut enligt första stycket samt i fråga om handläggningen i högre rätt, gäller vad som föreskrivs i RB om talan mot beslut enligt 15 kap. i denna balk.

Andra, tredje och fjärde styckena är i sak identiska med tredje, fjärde och femte styckena i den nya 57 a § patentlagen. Det hänvisas till motiven till dessa lagrum.

5 §

Denna paragraf rör skadestånd. I paragrafens första stycke anges förutsättningarna för skadestånd. Där ges också en regel om beräkning av skadeståndet. Andra stycket innehåller en preskriptionsregel.

Första stycket

Enligt första stycket första meningen skall den som med uppsåt eller av vårdslöshet har förfarit så att förutsättningar för förbud enligt 1 § eller 2 § är för handen, ersätta den skada som har uppkommit för den som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats. Rätt till skadestånd tillkommer härvid inte endast originaltillverkaren och eventuella licenstagare, utan även personer i senare handelsled, allt i den mån dessa kan visa att de lidit skada genom det påtalade förfarandet. (Jämför åter avsnitt 7.9 samt specialmotiveringen till 3 § andra stycket ovan.)

För att en person skall kunna åläggas skadeståndsskyldighet krävs att han har förfarit så att han enligt 1 § - eventuellt 2 § - skulle kunna åläggas förbud att fortsätta förfarandet. Om i målet förs talan om såväl förbud som skadestånd, inträder möjligheten att döma ut skadestånd endast om rätten finner att förbudsyrkandet kan bifallas. Om talan enbart förs om skadestånd, måste det ändå ske en prövning huruvida förutsättningarna för förbud är för handen.

Enligt 5 § räcker det dock inte för skadestånd att det föreligger förutsättningar för förbud. Det krävs dessutom att den person, vars förfarande skulle kunna förbjudas, har handlat med uppsåt eller vårdslöshet. Förekomsten av sådana subjektiva rekvisit är däremot, som framhållits i specialmotiveringen till 1 §, inte något krav då det gäller förbud.

Det kan alltså inträffa fall, då en person kan drabbas av förbud att fortsätta marknadsföring av en viss produkt men ändock inte blir

ersättningsskyldig på grund av att det brister på den subjektiva sidan. Ett exempel har omnämnts i den allmänna motiveringen, avsnitt 7.5. Det gäller det fall att den som marknadsfört efterbildningen har gjort sitt bästa för att neutralisera en förväxlingsrisk, men misslyckats härmed. Han kan t.ex. ha satt på etiketter som på grund av olyckliga omständigheter har lossnat. Det är dock inte givet att vederbörande i ett sådant fall går fri från skadestånd. Vad som skall krävas av en näringsidkare i fråga om neutralisering får bedömas med hänsyn till vad som kan anses som normal aktsamhet på den marknad det gäller. Här får praxis närmare forma rättsutvecklingen.

Det torde bli en vanlig företeelse att det subjekt som blir skadeståndsskyldigt enligt den nya lagen är en juridisk person. Så blir fallet om den skadevållande handlingen har utförts av ett den juridiska personens organ, t.ex. ett aktiebolags verkställande direktör. Men även eljest kan skadeståndsskyldighet inträda för ett företag - fysisk eller juridisk person - om en arbetstagare anställd vid företaget har orsakat skadan. Härvid aktualiseras tillämpning av reglerna om s.k. principalansvar i 3 kap. 1 § skadeståndslagen. Det noteras också att i ett kontraktsförhållande inträder - enligt huvudregeln - principalansvar inte bara för vårdslöshet av en arbetstagare, utan också för vårdslöshet av en självständig uppdragstagare. (Jämför Hellner, Skadeståndsrätt, s. 110 ff.)

Första stycket andra meningen innehåller en specialregel om beräkning av skadeståndet.

5 § avser ersättning till den som har framställt eller marknadsfört det original som efterbildats. Utgångspunkten är att skadestånd skall beräknas - på grundval av allmänna rättsgrundsatser - till ett belopp som motsvarar den verkligt lidna skadan. Den skadelidande har härvid bevisbördan rörande skadans omfattning. Då det gäller vilka skadeposter som kan aktualiseras kan jämförelse göras med 54 § upphovsrättslagen och 58 § patentlagen. Det kan tänkas att den skadelidande kan visa att han har erbjudits ett visst belopp i vederlag för ett utnyttjande av utseendet på originalprodukten. Rätten kan då lägga detta belopp till grund för ersättningens beräkning. Men det kan också röra sig om ersättning för uppbyggnad av en produktionsapparat, för tillverkning och för marknadsföring samt ersättning för förlorade marknadsandelar. Det är dock inte säkert att ersättning för alla dessa förlustposter bör utgå på en gång. Härvid kan den s.k. differensbedömningen tjäna till ledning. Denna innebär att man jämför den skadelidandes ekonomiska ställning sådan som den skulle vara om ingen skada hade inträffat med dennes verkliga ställning då skadan nu har inträffat. (Se Hellner a.a. s. 267 ff. Jämför också SOU 1983:52 s. 394.)

Det kan dock vara svårt för käranden att visa den verkliga skadan på grundval av en sådan teoretisk metod. 5 § andra stycket ger därför en presumtionsregel. Enligt den skall ersättningen, om inte annat har visats, motsvara vad efterbildaren skäligen kan anses ha sparat in i utvecklings- och marknadsföringskostnader.

Genom tillämpning av presumtionsregeln försätts efterbildaren i ett läge som denne skulle ha befunnit sig i om han själv hade utvecklat och marknadsfört den produkt han efterbildat. Man kan säga att ersättningsregeln innebär en slags indragning av den fördel efterbildaren har tillskansat sig genom plagiatet. Däremot går regeln inte så långt som till konfiskation av efterbildarens handelsvinst.

Presumtionsregeln aktualiseras alltså i det fallet att den skadelidande inte kan visa den verkliga skadan. Men detta befriar honom inte från bevisbördan i fråga om vad efterbildaren kan anses ha sparat in i utvecklings- och marknadsföringskostnader. Härvid kan det vara till ledning att den skadelidande/käranden förebringar uppgifter rörande sina egna utvecklings- och marknadsföringskostnader avseende originalprodukten. Men även omständigheter på efterbildarens sida kan tjäna till ledning. Det kan gälla uppgifter om efterbildarens vinst eller åtminstone storleken av dennes omsättning.

Det skall inte förnekas att även beräkning av skadeståndet på grund av presumtionsregeln kan vålla svårigheter. Till sist kan tillämpning av 35 kap. 5 § RB aktualiseras.

Andra stycket

5 § andra stycket rör preskription av den tid inom vilken talan om skadestånd får väckas. Lagen har utformats efter mönster av 58 § tredje stycket patentlagen. (Jämför prop. 1966:40 s. 208. Jämför också SOU 1983:52 s. 395 f.)

Lagrummet anger att talan om ersättning enligt första stycket får avse skada endast under de fem senaste åren innan talan om skadestånd väcktes. För skadestånd under tid dessförinnan är rätten till ersättning förlorad.

Preskriptionstiden är således fem år. Utgångspunkten för beräkning av denna tid är den tidpunkt då skadan visar sig. Den skadevållande handlingen kan vara utsträckt i tiden, vilket leder till att också skadan inträffar fortlöpande. Preskriptionen räknas därvid från varje tidpunkt då skadan visar sig.

Paragrafen innebär alltså att talerätten avseende ersättning för skada som har uppkommit tidigare än fem år före talans väckande är preskriberad. Däremot medför paragrafen ingen begränsning framåt i tiden. Frågan huruvida ersättning kan utgå för framtida skada får lösas efter allmänna rättsgrundsatser.

6 §

Första stycket

6 § rör säkerhetsåtgärder. I paragrafen sägs att rätten vid meddelande av förbud enligt 1 § kan, på yrkande av den som enligt 3 § andra stycket får föra talan om förbud, besluta att en vara eller en förpackning som avses

med förbudet skall, om detta är skäligt, ändras eller förstöras eller att annan åtgärd skall vidtas med den för att förebygga ett fortsatt sådant förfarande som avses med förbudet.

Vad gäller talerätten råder alltså överensstämmelse mellan dem som har rätt att föra talan om förbud enligt 3 § andra stycket och dem som får föra talan om säkerhetsåtgärder enligt 6 §. Taleberättigade är härvid de som har framställt eller marknadsfört det original som har efterbildats samt en sammanslutning av näringsidkare eller konsumenter.

De åtgärder som det här gäller aktualiseras i samband med att rätten förbjuder en näringsidkare att fortsätta ett visst förfarande. T.ex. näringsidkaren N förbjuds att marknadsföra en kopia som medför förväxlingsrisk. Rätten villkorar dock förbudet enligt 3 § första stycket andra meningen så att det endast gäller om N inte vidtar en viss angiven ändring av produktens utseende som innebär att förväxlingsrisken elimineras. I samband härmed beslutar rätten - efter yrkande härom - att N skall på motsvarande sätt ändra de varor som han har på lager.

Möjligheten att meddela en säkerhetsåtgärd är således kopplad till att rätten meddelar förbud. Det har inte ansetts att det föreligger behov av separata säkerhetsåtgärder.

De åtgärder som uppräknas i paragrafen är tre. Gränsen mellan dem är flytande, men som paragrafen är skriven finns det inte något skäl att närmare skilja dem åt. Med ändring avses t.ex. att en prydnadsfigurs form ändras eller att den erhåller andra färger än originalets. Med "annan åtgärd" avses framför allt en annan neutraliseringsåtgärd än ändring av produktens form eller färg. Denna kan t.ex. förses med etiketter, märkning eller placering i en särskild förpackning. Förstörelse är en åtgärd som torde aktualiseras endast i extrema fall då det är helt uteslutet att andra åtgärder kan vidtas.

Åtgärderna aktualiseras framför allt då det är fråga om tillämpning av 1 § första stycket punkten 1, dvs. fall då det föreligger risk för förväxling rörande kommersiellt ursprung. Härvid blir det tal om sådana neutraliseringsåtgärder som ovan har omnämnts. Men det är inte uteslutet att en åtgärd kan komma i fråga också i andra situationer. Om B har gjutit av A:s original och B därefter marknadsför på detta sätt framställda identiska kopior av originalet, kan detta förfarande förbjudas enligt 1 § första stycket punkten 3. Detta förbud kan - på motsvarande sätt som i förväxlingsfallet - villkoras så att förbudet endast gäller om B i samband med kommande marknadsföring inte ändrar kopiornas form. Det ligger härvid nära till hands att också förordna om ändring av de kopior som B redan har tillverkat och som han har på lager. I detta fall är det ju inte fråga om att åtgärden skall tjäna till att neutralisera en förväxlingsrisk. Men ändringen av kopiorna kan leda till att dessas utseende så mycket kommer att skilja sig från originalets, att marknadsföring av kopiorna inte längre kan anses som ett snyltande och inte heller är otillbörlig. Ett motsvarande resonemang avses kunna föras då det gäller 1 § första stycket punkterna 2 och 4.

Åtgärder enligt den nya lagens 6 § kan kombineras med åtgärder enligt 15 kap. 3 § RB. I detta lagrum anges bl.a. att, om någon visar sannolika skäl för att han mot någon har ett anspråk som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning och det skäligen kan befaras att vederbörande hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt, domstolen får förordna om lämplig åtgärd. En sådan åtgärd får innebära förbud vid vite att företa en viss handling.

Antag att det i ett mål är aktuellt att förbjuda B att marknadsföra kopior av A:s original. I samband härmed är det också tal om att enligt den nya lagens 6 § förordna om neutralisation av de redan tillverkade varor som B förvarar på sitt lager. Det uppenbaras då att B avser att undanskaffa varorna till en okänd plats för att härigenom slippa ifrån neutralisationen. Det är härvid möjligt för rätten att enligt 15 kap. 3 § RB meddela vitesförbud för svaranden att flytta bort varorna från lagret.

Andra stycket

I 6 § andra stycket sägs att vad som i första stycket sägs om en vara eller en förpackning också gäller sådana inslag i marknadsföringen som anges i 2 §. Rätten kan, t.ex. i samband med förbud att begagna en viss reklambroschyr, förordna att inneliggande lager av broschyren skall på visst sätt ändras.

Särskilt yttrande av den sakkunnige Thomas Utterström

Enligt direktiven har utredningen haft i uppgift att "undersöka behovet av ett förstärkt skydd mot otillbörlig efterbildning, grundat på intresset av att motverka illojal konkurrens och eventuellt föreslå regler om detta". Det framhölls samtidigt att det här är fråga om ett område där försiktighet är påkallad. "Endast ett klart framträdande praktiskt behov torde kunna motivera ingripanden från lagstiftarens sida", anfördes det. Det betonades också att det inte bör komma i fråga att skapa ett objektskydd mot efterbildning vid sidan av det skydd som ges genom den immaterialrättsliga lagstiftningen.

Utredningen anser att det finns ett lagstiftningsbehov och föreslår en särskild lag om otillbörlig efterbildning. Enligt lagförslagets centrala bestämmelser skall allmän domstol kunna förbjuda en näringsidkare att marknadsföra en nära efterbildning av en vara eller dess förpackning i vissa fall. Vidare föreslås en skadeståndsregel samt en bestämmelse om säkerhetsåtgärder.

Jag ställer mig tveksam till vissa delar av förslaget och skall i det följande redovisa min inställning.

1. *Behovet av lagstiftning*

Utredningen anser att skyddet mot marknadsföring av en nära efterbildning i dag är otillräckligt för den näringsidkare eller konsument som marknadsföringen riktar sig till, liksom för den person som får sin insats efterbildad.

Behöver då den förra kategorien ett förstärkt skydd?

Marknadsföringen av en efterbildning kan vara otillbörlig om det finns risk att de personer som den riktar sig till vilseleds i något hänseende, t.ex. i fråga om efterbildningens kommersiella ursprung. Som kommittén också framhåller faller en sådan marknadsföring redan i dag under marknadsföringslagens (MFL) generalklausul om otillbörlig marknadsföring (2 §).

Det är visserligen riktigt som kommittén anför (s. 99), att KO inte har fört något renodlat efterbildningsfall till marknadsdomstolen. Det betyder givetvis inte att KO har ansett att man bör godta vilseledande marknadsföring av efterbildningar. I flera fall då konsumentverket/KO ansett att det funnits en beaktansvärd risk att marknadsföringen av en efterbildning kan vilseleda har man således ingripit mot marknadsföringen och förmått näringsidkaren i fråga att upphöra med den. Att KO också kan komma att föra ett sådant fall till marknadsdomstolen om näringsidkaren inte frivilligt upphör med marknadsföringen kan belysas med exempel från angränsande områden (se t.ex. MD 1973:15, AGI, 1976:18, SparKronan och 1985:9, Jenny Nyström). Mot bakgrund av att det sålunda redan i dag finns ett regelsystem som skyddar den som marknadsföringen av vilseledande efterbildningar riktar sig till, kan jag inte finna att denne har behov av ett ökat näringsrättsligt skydd av det slag som här är i fråga.

Den person utredningen främst vill ge ökat skydd är nu knappast heller den som en efterbildning marknadsförs till, utan *den som skapat eller marknadsfört orginalet.*

Frågan är då om det finns ett klart framträdande praktiskt behov att ge denne ytterligare skydd, utöver det som bl.a. immaterialrätten och MFL tillhandahåller.

Utredningen har förtjänstfullt sökt belysa detta behov. En faktor som utredningen därvid pekat på är den internationella utvecklingen. Som utredningen anför har frågan om otillbörliga efterbildningar under senare år kommit i blickpunkten på olika håll i utlandet. I flera länder har åtgärder vidtagits för att förhindra saluhållandet av s.k. counterfeit goods. Problemet gäller i huvudsak olika former av varumärkesintrång, t.ex. det som består i att en efterbildning utan märkesinnehavarens tillstånd förses med ett välkänt och välrenommerat varumärke. Utredningen pekar också på att frågan har ägnats uppmärksamhet i olika organisationer där Sverige är medlem. I betänkandet framhålls att Sverige hittills i stort sett varit förskonat från detta problem. Samtidigt betonas att den internationella utvecklingen på sikt kan skapa problem också här (s. 190 f; jämför s. 181).

Utredningens farhågor kan vara berättigade. Men det är viktigt att slå fast att dess lagförslag inte är avsett att reglera problemet "counterfeiting" i betydelsen varumärkesintrång, eftersom sådant intrång redan enligt gällande bestämmelser är sanktionerat med straff och skadestånd, kan medföra förbud och även kan falla under allmänna straffrättsliga regler om t.ex. bedrägeri. Den beskrivning som ges i betänkandet av fenomenet counterfeiting belyser därför - till den del den avser varumärkesintrång - inte behovet av en lag av det slag som utredningen föreslår. Lagförslaget tar ju, såvitt jag kan se, tvärtom också i första hand i praktiken sikte på sådan efterbildning som inte innefattar intrång i en ensamrätt eller i övrigt är straffsanktionerad.

Utredningen hänvisar vidare till förekomsten av efterbildningar i Sverige. Som framgår av betänkandet händer det att svensktillverkade varor efterbildas utan att detta kan angripas med stöd av gällande lagstiftning. Det är alltså fråga om fall som varken utgörs av varumärkesintrång eller innebär intrång i någon annan immaterialrätt. Det är dock oklart vilken omfattning som företeelsen har. Men företrädare för näringslivet har i olika sammanhang framhållit att nu gällande regler i immaterialrättslagstiftningen och MFL ger den som skapat eller marknadsfört ett original ett otillräckligt skydd. Jag vill mot den bakgrunden givetvis inte påstå att denne inte skulle behöva ett bättre skydd i vissa fall. Kanske kan detta skyddsbehov också, på grund av den internationella utvecklingen, bli mera markerat i framtiden.

Även om den som har skapat eller marknadsfört ett original kan behöva ett starkare skydd, är jag emellertid tveksam till om skyddsbehovet är tillräckligt stort för att motivera en lagstiftning av så delvis vidsträckt karaktär som den tilltänkta. Min tveksamhet hänger samman med frågan vilka

konsekvenser regleringen kan få för en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens.

2. *Hänsyn till en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens.*

Möjligheten att - inom de ramar som bl.a. immaterialrättslagstiftningen och MFL redan i dag uppställer - fritt utnyttja tekniska och estetiska landvinningar har ett stort värde. En sådan frihet bidrar till att främja konkurrensen och därmed den tekniska och estetiska utvecklingen och ger på sikt konsumenterna bättre varor till lägre priser. Även om behovet av ytterligare skydd för dem som skapar eller marknadsför originalprodukter skulle anses så stort att denna frihet bör inskränkas genom lagstiftning, bör lagstiftningen vara så precist utformad och ha en så klart avgränsad räckvidd att det inte finns risk att den kan komma att ligga till grund för åtgärder som hämmar en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens. Enligt min uppfattning inrymmer utredningens förslag vissa problem i detta hänseende.

Enligt ordalydelsen skall prövningen enligt förbudsbestämmelsen i 1 § i lagförslaget göras under hänsynstagande till antingen den som har fått sin insats efterbildad eller den som marknadsföringen av efterbildningen har riktats mot. Lagtexten ger däremot inte något uttryckligt stöd för domstolen att beakta vilka konsekvenser ett förbud kan få i ett vidare samhällsperspektiv, närmast då i det konkurrenshänseende som jag angav nyss. (Det kan nämnas att ett rekvisit med sådan innebörd diskuterats men avvisats av utredningen.) I motiven framhålls visserligen att hänsyn skall tas till verkningarna från konkurrenssynpunkt (s. 241 f och 267). Det är dock oklart vilken vikt en domstol utan lagstöd kan tänkas komma att tillmäta dessa verkningar vid en prövning enligt den föreslagna lagen.

En liknande oklarhet gäller i frågan vilka slag av efterbildningar som kan komma att omfattas av lagen. Förbudsbestämmelsen i 1 § skall enligt motiven läsas så, att ett förbud kan meddelas om antingen något av fallen i första stycket punkterna 1-4 föreligger och förfarandet dessutom, enligt punkt 5, utgör ett snyltande på annans insats eller är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till, *eller* visserligen inget av fallen 1-4 föreligger men förfarandet, enligt punkt 5, "på annat motsvarande sätt" utgör ett snyltande eller är otillbörligt. I motiven uttalas att en avgjutning av produkter som saknar särprägel, t.ex. vanliga skruvar och muttrar, knappast kan vara ett snyltande på annans insats, men samtidigt framgår att ett förbud ibland skall kunna meddelas även i sådana fall (s. 198 och 264).

Även om 1 § punkt 5 ges den dubbla innebörd som har angetts och ett förbud alltså inte kan meddelas den som har marknadsfört en efterbildning som möjliggjorts genom "en avgjutning eller ett annat direkt tillägnande av annans insats" (punkt 3), om inte förfarandet dessutom är så kvalificerat att det kan anses utgöra ett "snyltande", kan bestämmelsen uppenbarligen i vissa fall komma att utgöra underlag för en monopolisering av även mycket enkla former och modeller. Till detta kommer att förbudsregeln i 1 § i förening med skadeståndsregeln i 5 § kan få samma effekt som om giltig-

hetstiden för olika ensamrätter enligt immaterialrättslagstiftningen i själva verket varit obegränsad - när den tiden löpt ut i ett visst fall kommer likväl förbud enligt den tilltänkta lagen att kunna riktas mot den som efterbildar prestationen i fråga, och denne kan också bli skadeståndsskyldig. Även här förordas visserligen i motiven en restriktiv tillämpning, men möjligheten utesluts inte (s. 257).

Det jag nu har sagt belyser att det alltså i flera avseenden är oklart vilken räckvidd den föreslagna regleringen i praktiken kan komma att få. Det jag nyss har pekat på visar att den i det enskilda fallet kan komma att skapa ett objektskydd av det slag som avvisades vid tillkomsten av 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring (jämför prop. 1970:57 s. 75) och även i övrigt utgöra stöd för långtgående ingripanden som kan vara till nackdel från konkurrenssynpunkt. Man kan enligt min mening heller inte bortse från att den oklarhet om lagens räckvidd som jag nu har påtalat kan avhålla näringsidkare från att fritt utnyttja andras insatser även i fall då ett sådant utnyttjande också med utredningens synsätt borde kunna godtas. Denna oklarhet kan alltså i sig komma att verka hämmande på en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens.

3. *Tillämpningsorgan. Förhållandet till 2 § MFL*

Den föreslagna förbudsregeln i 1 § i lagförslaget kommer, som tidigare berörts, att till viss del få samma tillämpningsområde som 2 § MFL. Det gäller sådana fall då ett förbud aktualiseras därför att marknadsföringen av en vara eller dess förpackning medför risk för förväxling rörande produktens kommersiella ursprung (punkt 1), liksom då förfarandet i något annat avseende är otillbörligt mot dem som marknadsföringen riktar sig till (punkt 5). Till skillnad från MFL skall tillämpningen av förbudsregeln dock inte ankomma på marknadsdomstolen utan på allmän domstol. Utredningen konstaterar att denna lösning har nackdelar men anser att fördelarna överväger.

Jag har tidigare anfört att det enligt min mening inte finns något behov av en regel med den innebörd som angetts nu. Till detta kommer att praktiska och principiella skäl talar mot att man inför ett förbudssystem som är parallellt med MFL:s. Utredningen anför visserligen att ett likartat förhållande råder mellan MFL och varumärkeslagen, liksom mellan 36 § avtalslagen och de näringsrättsliga lagarna om oskäliga avtalsvillkor. Såväl marknadsdomstolen som allmän domstol kan således pröva om användningen av ett vilseledande varumärke bör förbjudas. Även bortsett från att denna dubblyr främst torde ha historiska orsaker (den särskilda förbudsregeln i 35 § varumärkeslagen fanns redan då den generella förbudsregeln om otillbörlig marknadsföring infördes 1970) bör då noteras att den prövning som skall ske enligt den föreslagna bestämmelsen ligger närmare den som görs enligt 2 § MFL än vad en prövning enligt varumärkeslagen gör. Således torde man vid en prövning av det senare slaget knappast ta så vittgående och allsidig hänsyn till konkurrensrättsliga principer som motiven förutsätter att domstolen skall ta vid tillämpningen av den nu föreslagna bestämmelsen. Likaså är en prövning enligt förbudsbestämmelsen i varumärkeslagen mera begränsad än prövningen enligt MFL - och den enligt den före-

slagna bestämmelsen - i så måtto att den avser om ett varukännetecken i ett visst fall är vilseledande, men däremot inte den vidare frågan huruvida marknadsföringen av en efterbildning är otillbörlig.

Ännu mindre slående är det att i detta sammanhang jämföra med det förhållande som råder mellan 36 § avtalslagen och de näringsrättsliga avtalsvillkorslagarna. Den prövning som allmän domstol gör med stöd av 36 § avtalslagen sker efter andra principer än marknadsdomstolens enligt avtalsvillkorslagarna, och det är bara marknadsdomstolen som kan meddela förbud mot fortsatt användning av ett avtalsvillkor. Man kan här inte tala om parallella men i stället om kompletterande system. Någon konfliktmöjlighet av det slag som utredningens lagförslag inrymmer, nämligen att två domstolar som båda prövar en förbudstalan kan komma till olika resultat, kan således inte uppstå här. Innebörden av utredningens förslag är däremot att om marknadsdomstolen vid sin prövning i ett visst fall av hänsyn till den fria konkurrensen finner att ett förbud inte bör meddelas med stöd av 2 § MFL, en allmän domstol ändå skall kunna meddela ett förbud enligt lagen om otillbörlig efterbildning. En sådan ordning ter sig inte ändamålsenlig.

Enligt min mening underskattar utredningen vidare de svårigheter som är förbundna med en avvägning av det slag som domstolen enligt motiven förväntas göra, dvs. av å ena sidan hänsyn till den som fått sin insats efterbildad, liksom till den som marknadsföringen riktat sig till, och å den andra hänsyn till konkurrensaspekterna. Det finns skäl att i detta sammanhang påminna om de överväganden som den föredragande departementschefen gjorde i samband med tillkomsten av 1970 års MFL. Han anförde då bl.a. att

> nya materiella regler om reklam och marknadsföring för sin tillämpning kräver inrättande både av ett särskilt organ med uppgift att övervaka marknaden och beivra lagöverträdelser och av ett centralt organ med dömande funktioner. Det dömande organet bör vara sammansatt av representanter för staten, näringslivet och konsumenterna. Genom en sådan konstruktion kan garantier skapas för snabba beslut, enhetlig praxis och en rättstillämpning som omfattas med förtroende av alla berörda parter.- - -
>
> Den nyss antydda organisatoriska uppläggningen med ett övervakande organ och ett särskilt centralt organ med dömande funktioner överensstämmer nära med den som f.n. finns på konkurrensbegränsningsområdet. Näringsfrihetsrådet har där den dömande funktionen och näringsfrihetsombudsmannen för det allmännas talan hos rådet. Åtskilliga skäl talar för en sammankoppling mellan organisationen för administrering av konkurrensbegränsningslagstiftningen och den organisation som skall handha den nya generalklausulen mot otillbörlig reklam och marknadsföring. Ett skäl som jag särskilt vill peka på är att generalklausulen mot otillbörlig reklam och marknadsföring inte får tillämpas så att den kommer i konflikt med de principer som ligger bakom konkurrensbegränsningslagstiftningen. Samtidigt är det viktigt att inte konkurrensbegränsningslagstiftningens princip om fri konkurens ges så stor räckvidd att den sanktionerar otillbörliga konkurrensmetoder.

Det effektivaste sättet att undvika konfliktrisker av olika slag hade, sades det, varit att helt samordna administrationen av de båda lagarna. Departementschefen stannade dock för att det var tillräckligt om den dömande funktionen förenades hos ett och samma organ (prop. 1970:57 s. 61).

Genom att rättsbildningen har lagts på marknadsdomstolen - med dess särskilda sammansättning och kompetens - har man således skapat garantier för att det kan ske en väl avvägd prövning av å ena sidan intresset att komma till rätta med otillbörliga marknadsföringsmetoder (t.ex. marknadsföring av vilseledande efterbildningar) och å andra att upprätthålla en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens. Jag anser för min del att de skäl som 1970 anfördes för den då valda lösningen fortfarande har bärkraft och att det således inte finns skäl att nu införa ett system som strider mot det synsätt som kom till uttryck i samband med tillkomsten av 1970 års MFL.

4. *Sammanfattning*

Sammanfattningsvis anser jag således att det skydd som erbjuds enligt 2 § MFL innebär att någon lagstiftning av det slag utredningen föreslår inte behövs för att skydda dem som marknadsföringen av en nära efterbildning riktar sig till. Det är däremot möjligt att den som får sina insatser efterbildade kan behöva ett starkare rättsligt skydd än han har i dag, eller att ett mera markerat sådant behov kan komma att uppstå längre fram. En eventuell förbudsregel måste dock, av hänsyn till det allmänna intresset av en väl fungerande konkurrens, ges en snävare avgränsning än i lagförslaget. Regelsystemet bör inte heller utformas så att det täcker det område som redan i dag omfattas av MFL och immaterialrättslagstiftningen.

VARANS FORM SOM KÄNNETECKEN

av Lars Holmqvist

Formskydd (i vidare mening) är en sedan länge använd beteckning på motsatsen till idéskydd. Det renaste formskyddet ges genom upphovsrätten, där dock brukskonsten har idéinslag. Det renaste idéskyddet ges genom patenträtten. Inom kännetecknsrätten är förhållandet formskydd/idéskydd utan relevans, men det kan ändå konstateras att skyddet för kännetecken är ett skydd för deras form, inte för det bakomliggande motivet; idéskydd för t.ex. ett figurmärke skulle innebära ett motivskydd. Jämför upphovsrätten, som inte skyddar verkets bakomliggande ämne, motiv eller idé.

I det här sammanhanget sysslar vi emellertid med formskydd i trängre mening, dvs. skyddet för varans form och då speciellt i den kännetecknsrättsliga aspekten. Vad saken gäller är således den *kännetecknsverkan som varans form är avsedd att ha eller faktiskt har*. Vi behandlar formgivningens *semiotiska* innebörd. Semiotiken är som bekant läran om tecknen och deras uttolkning. Den är ett komplement till semantiken, betydelseläran, som egentligen bara är relevant vid ordmärken och dessas relation till generiska beteckningar. Alla andra varukännetecken än ordmärken, således figurmärken, varuutstyrslar och s.k. annat särskilt varukännetecken (personaluniformer, dekor på varuvagnar, inredning av affärslokaler, akustiska kännetecken och doft- eller luktkännetecken) har företrädesvis en semiotisk innebörd.

En sådan innebörd kan finnas hos en viss modestil som kännetecknar ett visst modehus (t.ex. Katja of Sweden, Chanel, Bally m.fl.). Det är då fråga om en generell semiotisk innebörd hos modevarorna som identifierar deras ursprung t.ex. genom visst snitt, val av vissa slag av tyger och mönster, viss typ på plaggen osv., vilket allt kommer konsumenterna att associera till en viss modeskapare. Här kumuleras brukskonsten med en semiotisk verkan utan att modeskaparen i fråga kan åberopa ett registrerat kännetecknsskydd för sin modestil. Vederbörande får grunda sitt skydd antingen på en inarbetning av sin modestil (ett konkurrensrättsligt skydd) eller får inskränka sig till ett varuutstyrselskydd för vissa varor eller vissa textilmönster m.m. Möjligheten till ett konkurrensrättsligt skydd för en viss modestil skall hållas isär från det skydd som ges personaluniformer och annan sådan kännetecknsrättslig utmärkning av ett visst företag och dess rörelse ("annat särskilt varukännetecken").

Kännetecknsverkan hos en varas form finns emellertid mest typiskt hos varuutstyrslar. Definitionen på en varuutstyrsel är som bekant "säregen utstyrsel av vara eller dess förpackning". Eftersom en varuutstyrsel är ett kännetecken, måste det under alla omständigheter finnas *någon* liten del som är distinktiv i varumärkeslagens mening och som alltså är ägnad att individualisera varans kommersiella ursprung. En vara vars formgivning är *uteslutande* betingad av varans funktion och avsedda användning är alltså inte en varuutstyrsel i varumärkeslagens mening. Vi kan således bortse från t.ex. tändstift, vevstakar, kolvringar, vägguttag,

stickkontakter och liknande alster när vi talar om varuutstyrslar. För varuutstyrslar gäller först och främst samma grundläggande distinktivitetsrekvisit som för alla andra varukännetecken: 1) de skall vara ägnade att uppfattas som varukännetecken och 2) de skall kunna vara föremål för ensamrätt utan att otillbörligt hindra andra näringsidkare från att lovligen beskriva eller göra reklam för sina varor. Det andra distinktivitetsrekvisitet är ett uttryck för frihållningsbehovet, särskilt det absoluta.

De grundläggande distinktivitetsrekvisiten är svårare att uppfatta vid varuformer än vid ord. Begreppen deskriptivitet och suggestivitet har ingen relevans vid varuutstyrslar. Gränsdragningen måste göras mellan å ena sidan generisk karaktär, som vid formgivning motsvaras av uteslutande funktionell form, och å andra sidan distinktivitet, som vid formgivning motsvaras av icke-funktionell form med eller utan inslag av funktionella drag. Hela distinktivitetsbedömningen, såväl vid ordmärken som vid figurer och varuutstyrslar, sker i förhållande till frihållningsbehovet, särskilt det absoluta, det som i motsats till det relativa frihållningsbehovet inte kan undanröjas genom inarbetning.

Gränsdragningen mellan det som kan innehas med ensamrätt och det som är föremål för ett frihållningsbehov är den röda tråden i all immaterialrättslig lagstiftning i alla länder, även om detta inte överallt utsäges lika klart och tydligt.

Som följd av att någon *finindelning* av distinktiviteten inte är möjlig vid varuformer på samma sätt som vid ord krävs det att den erforderliga distinktiviteten *tydliggöres* i långt högre grad vid varuutstyrslar än vid ordmärken. Därför uppställs utöver de grundläggande distinktivitetsrekvisiten ett rekvisit på *säregen karaktär*. Beträffande rekvisitet "säregen" säger förarbetena att det indikerar att fordringarna på särprägel eller "distinktivitet" bör ställas *tämligen* höga i fråga om varuutstyrslar, men ingalunda extremt höga (man sätter alltså likhetstecken mellan begreppen särprägel och distinktivitet, vilket inte är korrekt: särprägel är någonting mera än distinktivitet i allmänhet). Undersöker man rekvisitet "säregen" noga, finner man att förarbetena inte är entydiga om dess innebörd - de olika uttrycken för distinktivitet används utan klar åtskillnad. Men det står klart att särprägel måste anses innebära mera än en associationsfri ("fantasiartad") distinktivitet. Synonymer till "säregen" är enligt Svenska Akademiens Ordbok begrepp som "egenartad", "särpräglad", "originell". "Säregen" är alltså motsatsen till "banal", "ordinär", "vanlig". Däremot är det *inte synonymt med deskriptiv eller generisk*. "Säregen" kan vara synonymt med "unik" eller "nästan unik". Andersson och Svensson är banala släktnamn men är inte därför generiska typbeteckningar. Det finns visserligen en påstådd typkaraktär i namnet Svensson som beteckning för svensken i gemen, men det ändrar naturligtvis inte släktnamnets namnkaraktär.

Det ställs således inte enligt förarbetena så våldsamt höga krav på varuutstyrslars distinktivitet som det oftast påstås. Man kan säga att förarbetena närmast föreskriver en betryggande, en tillräckligt *tydlig*,

distinktivitet. Detta krav ställs dels på grund av svårigheten att skilja funktionell från icke-funktionell formgivning i ett visst alster, dels på grund av de långa skyddstiderna inom kännetecknsrätten. De är som bekant de längsta inom immaterialrätten.

Det råder en klar skillnad i distinktivitetskrav mellan egentliga varuutstyrslar, där varans form är dess eget varumärke, och förpackningsutstyrslar. *Kraven på distinktivitet hos egentliga varuutstyrslar ställs väsentligt högre än på förpackningsutstyrslar.* Kraven på dessa senares distinktivitet ställs dock högre än på figurmärken. Egentliga varuutstyrslar och förpackningsutstyrslar definieras ofta som tredimensionella varukännetecken. Det är delvis korrekt men täcker inte hela begreppet varuutstyrsel. En sådan kan också bestå av en dekor eller ett mönster som täcker hela varan. En sådan utstyrsel kallas lämpligen *dekorutstyrsel*, även om uttrycket inte tidigare har funnits i svensk doktrin. Som exempel kan nämnas dekoren på vissa väskor som täcker hela väskan med t.ex. bokstäverna PC (Pierre Cardin) eller CD (Christian Dior). Ett figurmärke är däremot begränsat till sin yta.

Det är i och för sig möjligt att få registrerat egentliga varuutstyrslar utan inarbetning, men detta synes enligt administrativ praxis förutsätta en formgivning som är helt associationsfri, dvs. formen får inte ha något begreppssamband med varans ändamål (t.ex. en tvål utformad som en ekorre eller en flaska utformad som en trädstubbe). Det är således inte alltid nödvändigt att visa inarbetning av egentliga varuutstyrslar, men samtidigt måste det sägas att registreringsmyndigheten och dess besvärsinstanser ställer mycket höga krav på distinktiviteten och den säregna karaktären. Så snart varans form inte är uteslutande icke-funktionell synes det nödvändigt att visa inarbetning av utstyrseln, även om de funktionella dragen inte dominerar.

Inarbetning av ett kännetecken *tydliggör* att kännetecknet har tillräcklig distinktivitet. Där inarbetning krävs har den detta syfte. Det är att märka att distinktivitetsgraden inte ändras genom inarbetningen: ett deskriptivt varumärke inarbetas inte till ett suggestivt, ett suggestivt inarbetas inte till ett associationsfritt. Varukännetecknets semantiska och semiotiska relation till varan ändras inte i och för sig. Däremot tydliggörs genom inarbetningen att båda distinktivitetsrekvisiten är uppfyllda och att kännetecknet därför kan vara föremål för en ensamrätt. Om det krävs bevis om säregen karaktär hos kännetecknet och denna bedöms vara något osäker eller oklar, kan tvekan härom undanröjas genom en särskilt stark och omfattande inarbetning, låt vara att alstret inte därigenom blir mera säreget i och för sig än det tidigare var. Men genom inarbetningen blir det klart att det finns en grund för en ensamrätt. Här föreligger en viktig skillnad mellan *statiska* och *dynamiska* rättigheter. De förra är statiska i den meningen att rättigheten inte förändras till sin styrka och sitt omfång *på grund av* att rättigheten användes. Detta gäller upphovsrättigheter samt patent- och mönsterrättigheter. Till skillnad härifrån är kännetecknsrättigheter dynamiska i den meningen att de ändras till styrka och omfång *som följd av* att de användes. En rättighet kan uppstå på grund av användning vid sidan av en registreringsrätt.

Det bör observeras att inarbetning av varuutstyrslar oftast är sammankopplad med inarbetning av ett ordmärke som utgör benämningen på varuutstyrseln (BURBERRYS, PHILISHAVE, THORSMANS, CONEX, LEGO). Om namnet på varuutstyrseln ihågkommes så snart man ser varan, är detta ett indicium på att utstyrseln är inarbetad. Men namnet ingår givetvis inte i varuutstyrselskyddet.

Bilden av varuutstyrselbegreppet blir inte fullständig om man inte också nämner verkan av 5 § varumärkeslagen. Denna regel utsäger som bekant att ensamrätten till varukännetecken inte innefattar sådan del av kännetecknet som *huvudsakligen* tjänar till att göra varan mera ändamålsenlig eller att ha en annan funktion än att vara kännetecken. Här utesluts alltså icke-känneteckensfunktionen från känneteckensskydd. Regelns verkan och syfte är således att hindra beviljandet av en rätt till vad som i realiteten är ett till tiden obegränsat mönsterskydd.

Ställs dessa olika regler samman, är det tydligt att frågan om skydd för varuutstyrslar är en fråga om vilken del av formgivningen som dominerar: den funktionella eller den icke-funktionella, dvs. den kännetecknande. 5 § varumärkeslagen utsäger att de funktionella inslagen i formgivningen inte får överväga. Det kan som nämnts vara svårt att avgöra hur det förhåller sig med detta. Det enda man kan göra är att konstatera ett mer eller mindre påtagligt inslag av icke-funktionell formgivning. Någon finindelning är som nämnts inte möjlig. Det är därvid att märka att kumulation är möjlig även mellan känneteckensrätt och patenträtt. Att en vara har varit föremål för patentskydd gör den inte i och för sig till en helt och hållet funktionell produkt och diskvalificerar den således inte känneteckensrättsligt i och för sig. Frågan måste bedömas in casu.

Om en varuutstyrsel, särskilt en egentlig sådan, befinnes ha ett påtagligt inslag av funktionell formgivning, är det som nämnts nödvändigt både de lege lata och de lege ferenda att visa inarbetning av utstyrseln. Att inarbetningen därvid inte får någon verkan på rent funktionella detaljer i helheten är uppenbart. Motsvarande gäller vid ordmärken: man kan inte inarbeta ordet bord som ordmärket BORD för varan bord (jfr tvålen TVÅL och tandkrämen TANDKRÄM), dels därför att det inte är ägnat att uppfattas som ett varumärke (och därmed inte uppfyller det första distinktivitetsrekvisitet), dels därför att det inte kan innehas med ensamrätt utan förfång för andra näringsidkare (och därmed inte uppfyller det andra distinktivitetsrekvisitet utan i stället är föremål för ett absolut frihållningsbehov: ordet bord är det enda ord som finns för att beteckna begreppet bord). Motsvarande gäller vid formgivning: den enda form som finns tillgänglig för att åstadkomma en viss teknisk verkan och som inte kan varieras utan att funktionen eller verkan blir en annan är föremål för ett absolut frihållningsbehov. Samma gäller det allmänna formförrådets former som måste hållas tillgängliga för alla näringsidkares behov (se t.ex. varumärkesbyråns uttalande om frihållningsbehovet för enkel förpackningsformgivning i RIGELLO-fallen). Kan formen varieras och ändå ge samma tekniska verkan, hindrar den inte andra näringsidkare från att nå samma verkan med andra former. Den är då i princip skyddsbar om den uppfattas

som ett kännetecken, vilket visar sig efter inarbetning. Det är då att observera att det är *helheten* som inarbetas. En sådan helhet består i allmänhet av icke-funktionella former i vilka det emellertid mycket väl kan ingå funktionella delar.

De senare är inte skyddsbara i och för sig, men helheten kan vara skyddsbar. Eventuellt kan det bli nödvändigt med en disclaimer för de funktionella delarna. Exakt motsvarande förhållande gäller vid ordmärken. Det beprövade KARLSONS KLISTER är här det bästa exemplet. Helheten är inarbetad, men innehavaren, Mölnlycke AB, kan inte på grund av denna helhetsinarbetning påstå en ensamrätt till ordet "klister" i och för sig som ordmärke för klister.

Man ser stundom den åsikten framförd att det inte är möjligt att ge ensamrätt till en egentlig varuutstyrsel som har funktionella inslag eller i vilken det ingår former ur det allmänna formförrådet. Svensk administrativ praxis tycks kräva närmast total frånvaro av funktionella inslag i formgivningen. Men att teknisk funktion och kännetecknsfunktion kan finnas samtidigt och att former ur det allmänna formförrådet kan inarbetas är den vita pricken på Dunhills pipskaft ett exempel på. Den runda vita pricken måste anses tillhöra det allmänna formförrådet och saknar uppenbart inneboende distinktivitet som varumärke. Efter inarbetning har den kommit att bli uppfattad *både* som varumärke och som markering av pipskaftets ovansida.

Frågan om möjligheten att ge registreringsskydd åt en varuutstyrsel vars form innehåller funktionella inslag har bl.a. prövats i fallet med rakapparaten PHILISHAVE (RÅ 1966 s. 35) , där regeringsrätten i likhet med underinstanserna vägrade bifall till ansökningen, oavsett vilken särskiljningsförmåga rakapparaten kunde anses ha vunnit under marknadsföringen.

Olika försök har gjorts att analysera innebörden av regeringsrättens motivering. *Moore* antar att "regeringsrätten inte alls funnit apparaten vara en utstyrsel i varumärkeslagens mening utan endast en funktionell form som helt faller utanför lagen och som följaktligen på grund av sin väsensskillnad icke genom inarbetning kan förvandlas till utstyrsel" och framhåller att "för att en utstyrsel skall kunna registreras som varumärke måste krävas att den i sig innehåller något varumärkesmässigt, t.ex. genom att den skapats för att tjäna en kännetecknsfunktion eller att den av köparen uppfattas som ett kännetecken".[1] *Carlman* finner att Philips rakapparat icke ansetts utgöra "sådan säregen utstyrsel av vara som avsågs i 1 § varumärkeslagen. I detta fall har sökanden hänvisats till möjligheten att genom ett, låt vara tidsbegränsat, mönsterskydd tillvarata sina intressen".[2] Det bör i detta sammanhang observeras att Carlman var referent vid ärendets föredragning i varumärkesbyrån och då var skiljaktig emedan han fann varuutstyrseln vara säregen och registrerbar. Den ende som har kommenterat regeringsrättens avgörande i relation till 5 § varumärkeslagen och det absoluta frihållningsbehovet är *Ljungman*. Han har i de senare ingivna varumärkesansökningarna 1977-3395/6/7 analyserat bl.a. regeringsrättens motivering för att vägra registrering av utstyrseln för rakapparaten Philishave. Ljungman antar att regeringsrätten i likhet med

besvärsavdelningen har ansett rakapparatens formgivning utgöra ett typiskt industriellt mönster men att regeringsrätten i motsats till besvärsavdelningen har avvisat möjligheten att genom inarbetning tillgodose kravet på säregen form. Ljungman finner att denna tolkning står i strid med grundläggande principer i svensk varumärkesrätt. "Så snart en utstyrsel av själva varan är inarbetad, åtnjuter den skydd enligt 2 § första stycket varumärkeslagen." Det finns enligt Ljungman ingen rättsregel som utestänger möjligheten att beakta inarbetning vid registreringsprövningen. Inte heller finns det något rimligt skäl att neka registrering av en utstyrsel som redan åtnjuter skydd på grund av inarbetning. Enligt Ljungman kan det knappast påvisas någon industriell formgivning som inte skulle kunna erhålla särskiljningsförmåga genom en stark inarbetning. Han ifrågasätter också om man har tillräckligt beaktat skillnaden mellan mönsterskydd och varumärkesskydd när det talas om risken att skapa ett oberättigat monopol genom att skydda en inarbetad utstyrsel av själva varan. Man förväxlar här, säger Ljungman, intresset av utrymme för konkurrerande tillverkning med kännetecknensrättens funktion att underlätta varudistributionen och konsumenternas valmöjligheter.

Risken för monopolisering av varutillverkningen genom skydd för varuutstyrsel motverkas enligt Ljungman effektivt av 5 § varumärkeslagen, som ger frihet för konkurrenter att tillgodogöra sig sådana delar av formgivningen som huvudsakligen tjänar till att göra varan mera ändamålsenlig. Det finns inget allmänt intresse av att konkurrenterna också skall kunna tillgodogöra sig delar av formgivningen som enbart ger anvisning om varans ursprung. "Blott i den mån utrymmet för olika utföringsformer är så snävt att en konkurrent får svårigheter att hitta rimliga tekniska lösningar vid sidan av den ursprungliga varuutstyrseln, är det självfallet fritt för konkurrenten att använda den inarbetade eller registrerade utstyrseln." Enligt Ljungman hade fallet bort avgöras framför allt med beaktande av inarbetningens styrka och omfattning, men den frågan kom helt i skymundan. I Philishave-fallet var det fråga om att skydda en karakteristisk detalj i formgivningen, en detalj som i och för sig synes ha påfallande särskiljningsförmåga. Om en mycket omfattande inarbetning av denna detalj kunde styrkas, vilket torde vara fallet, ser Ljungman inga betänkligheter från monopolsynpunkt, så länge andra utföringsformer står till buds för andra tillverkare. Skulle inga sådana alternativ föreligga, fungerar 5 § varumärkeslagen som en säkerhetsventil.

Här har Ljungman givit en fullständigt korrekt och hållbar tolkning av verkan av 5 § varumärkeslagen vid varuutstyrslar, en tolkning som ger utrymme för en betydligt mera nyanserad praxis än den som kommer till uttryck i t.ex. Philishave-fallet.

Väsentligen samma tankegångar framfördes av *Eberstein* i hans uppsats "Om konflikter mellan inbördes självständiga immaterialrättigheter" i NIR 1964, s. 93-101. Särskilt finns det anledning att hänvisa till det som Eberstein säger i de båda sista styckena på s. 101.

Jag vill slutligen understryka en synpunkt som osökt anmäler sig vid läsningen av t.ex. marknadsdomstolens beslut i Conex-ärendet (MD 1981:2),

nämligen att ett konkurrensrättsligt skydd och därmed i realiteten även ett kännetecknensrättsligt skydd för en varas form enligt varumärkeslagen bör kunna beviljas efter att det har påvisats att formen inte är den enda tekniska lösningen och att den har blivit starkt inarbetad. Det borde således inte vara nödvändigt att kräva både egenart och stark inarbetning även om formen är övervägande funktionell. Resultatet av inarbetningen blir nämligen såväl konkurrensrättsligt som kännetecknensrättsligt att rättigheten inskränks till den speciella form som i sin helhet har blivit inarbetad och känd, varvid rättighetens omfång i realiteten endast sträcker sig till just den vara och den form som har inarbetats för denna. I Conex-fallet skulle detta innebära att rättigheten endast omfattar just muttrar till klämringskopplingar, ingenting annat. Följaktligen är det inte relevant att, som marknadsdomstolen gjorde, underkänna Conex-muttrarnas inneboende distinktivitet på grund av att samma formgivningsprincip hade kommit till användning i ett helt annat utseende vid tryckluftnipplar av märket FESTO och vid framställning av stångjärn med olika slags profiler. Ensamrätt till det speciella utseendet på Conex-muttrarna skulle naturligtvis inte stå i strid med frihållningskravet för denna forms användning för formgivning av dessa andra metallprodukter. Jämförelsen mellan konkurrensrätten och kännetecknensrätten är tillåtlig av det uppenbara skälet att marknadsdomstolens bedömning i Conex-fallet m.fl. fall är en kännetecknensrättslig bedömning klädd i marknadsföringsrättens språkdräkt.

---

1 NIR 1968 s. 75.
2 Carlman s. 131.

Statens offentliga utredningar 1987

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet
Otillbörlig efterbildning. [1]

Anm. Siffrorna inom klammer betecknar utredningens nummer i den kronologiska förteckningen.

Statens offentliga utredningar 1987

Kronologisk förteckning

1. Otillbörlig efterbildning. Ju.

KUNGL. BIBL.
1987 -06- 03
STOCKHOLM

ALLMÄNNA FÖRLAGET

ISBN 91-38-09506-8
ISSN 0375-250X