



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ulrika Tegnefjord

Renommésnyltning

Ur ett svenskt rättsperspektiv

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Immaterialrätt

Höstterminen 2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Ämnespresentation	3
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Material och metod	5
1.5 Disposition	5
2 RENOMMÉSNYLTNING	7
2.1 Definition	7
2.2 Värdefull tillgång	8
2.3 Co-branding	9
2.3.1 Repositionering	10
3 VARUMÄRKESLAGEN	12
3.1 Bakgrund	12
3.2 Ensamrätten	12
3.3 Anseendeskyddet	13
3.4 Praxis	16
3.5 Uppkomna skador	19
3.5.1 Varumärkets reklamfunktion	19
3.5.2 Urvattning	20
3.5.3 Degeneration	21
4 MARKNADSFÖRINGSLAGEN	22
4.1 Generalklausulen	22
4.2 Otillbörlig konkurrens	24
4.2.1 God affärssed	25
4.2.2 Marknadsetiska rådet	26

4.3	Marknadsföring	27
4.3.1	Vilseledande efterbildningar	27
4.3.2	Jämförande reklam	29
4.4	Praxis	29
5	MARKNADEN STYR	34
5.1	Utvecklingen	34
5.2	Varumärkesstrategi	34
5.3	Konkurrensrätten	35
5.4	Inom detaljhandeln	36
5.5	Varumärkesrådet	39
	Beslut nr 1:2002	39
	ANALYS OCH SLUTSATS	41
	LITTERATURFÖRTECKNING	43
	Böcker	43
	Artiklar	44
	Offentligt tryck	44
	Rättsfallsförteckning	44
	Övrigt	45

Sammanfattning

Varumärken har fått en allt större ekonomisk betydelse på marknaden. De är ofta företagets största tillgång och vikten av att ha ett fullgott skydd mot "snyltning" är väsentlig. Då marknadsföring och ett goodwilluppbyggande innebär stora ekonomiska uppoffringar, är det frestande att kringgå detta och istället välja att "snylta" på någon annans redan kända varumärke. Detta innebär ett otillbörligt utnyttjande av någon annans uppbyggda goodwill, s k renommésnyltning.

Renommésnyltning har varit en relativt eftersatt otillbörlighetsgrund men framförallt praxis från Marknadsdomstolen visar på en ökad beredvillighet att betrakta renommésnyltning som en självständig otillbörlighetsgrund. Det är viktigt att beivra renommésnyltning då det i förlängningen annars kan leda till ett hot mot konkurrensen på marknaden. Om en stor och dominerande aktör på marknaden tillåts att "snylta" på någon annans varumärke utan att detta beivras, medför det i förlängningen att övriga aktörer på marknaden riskerar att konkurreras bort. Exempelvis domineras den svenska dagligvaruhandeln av tre stora aktörer (Ica, Coop och Axfood), vilka sammantaget kontrollerar 90 % av marknaden. Situationen medför att ett beroendeförhållande växer fram mellan leverantören och kunden. Vid ett "snyltningsförfarande" leder detta till att många näringsidkare väljer att inte gå vidare med talan till domstol, de vågar helt enkelt inte då det kan innebära en stor ekonomisk förlust att stöta sig med en kund.

De utomrättsliga organ som finns, bl a Marknadsetiska Rådet och Detaljhandelns Varumärkesråd, fyller en viktig funktion med sina uttalanden i varumärkesrättsliga frågor. Tyvärr tycks inte deras uttalanden leda till att "snyltningsförfarandet" upphör.

Idag finns inget uttryckligt lagstöd mot renommésnyltning, vilket jag till en början ansåg var ett problem för dess tillämplighet. Dock kan marknadsdomstolens rikliga praxis, på vad som anses vara renommésnyltning samt ökad beredvillighet till att beivra olika "snyltningsförfaranden", mycket väl uppfylla kravet på att ett fullgott skydd föreligger mot renommésnyltning.

Förkortningar

FTC	Federal Trade Commission
HD	Högsta domstolen
ICC	Internationella Handelskammaren
IKL	1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal Konkurrens
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
MD	Marknadsdomstolen
MER	Marknadsetiska rådet
MFL	Marknadsföringslagen (1995:450)
NDM	Näringslivets Delegation för marknadsrätt
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NoP	Näringslivets Opinionsnämnd
PBR	Patentbesvärsrätten
PK	Pariskonventionen
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
VmL	Varumärkeslagen (1960:644)

1 Inledning

I föreliggande avsnitt ges en kort ämnespresentation och sedan preciseras frågeställningar och uppsatsens syften. I anslutning till detta görs nödvändiga avgränsningar. Material och metod diskuteras sedan kort. Avsnittet avslutas med en disposition i syfte att underlätta vid läsandet av uppsatsen.

1.1 Ämnespresentation

Företag kan välja att använda sig av andra företags goda anseende för att framhålla sin egen vara som högklassig i olika avseenden. Detta innebär att man snyltar på den andres uppbyggda goodwillvärde, s k renommésnyltning.^{1,2}

Immaterialrätten har under senare år fått en allt större betydelse för företag.³ Idag är den ofta en viktig del i företagets konkurrensstrategi.⁴ Immaterialrätten är inte bara livsnödvändig för våra kunskapsföretag utan blir allt viktigare för traditionella industriföretag.⁵

I en nyligen publicerad rapport från konsultfirman Accenture påvisas stora strukturella förändringar inom bilindustrin. I framtiden kommer antalet leverantörer att bli färre men viktigare och allt fler funktioner inom företaget kommer att "outsourcas". Konsulterna på Accenture menar att:⁶

" trenden kommer att gå ännu längre och allt fler funktioner kommer att outsourcas, även allt mer av monteringen. Bilföretagen kommer att koncentrera sig på marknadsföring och till slut bli varumärket det enda riktigt väsentliga att bibehålla och att vårda."

Vikten av att varumärket skyddas och vårdas blir till synes viktigare då företagen konkurrerar på en allt större marknad. Därav anser jag att det är mycket intressant att belysa otillbörlighetsgrunden renommésnyltning och vikten av att beivra detta förfarande, då det annars kan leda till en utarmning av det egna varumärket.

Företag tillverkar produkter, konsumenter köper varumärken. Därför får också varumärkena en allt större betydelse vid värderingen av ett företag.⁷ Den goodwill som knyter an till välkända märkesvaror kan representera stora ekonomiska värden och t o m utgöra ett företags viktigaste tillgång. Ett

¹ Bernitz, U: *Marknadsföringslagen* s. 71, Nordstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997.

² Levin, NIR 1995 s 477.

³ Levin, NIR 2001, s. 328.

⁴ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel*, s. 205, Malmö, 1997.

⁵ *Affärsplanering en handbok för nya tillväxtföretag*, McKinsey & Co, Ekerlinds förlag, Stockholm 2000.

⁶ *Teknik och vetenskap-magasinet om svensk forskning inom industri och akademi*, årgång 17, no 4/2001, Forskningsförlaget AB, Göteborg.

⁷ AWAPATENTs broschyr om varumärken.

idag redan existerande företag med ovan förhållanden är Nike. Nike har aldrig ägt någon egen produktionsanläggning eller någon kostsam distribution. Det enda som företaget äger och vårdar är varumärket Nike.⁸

Goodwillvärdets rättsliga grundval är ensamrätten till varumärket.⁹ Marknaden anser att starka varumärken kan höja bolagens försäljning och vinst. För att belysa detta påstående kan nämnas att i Business Weeks årliga lista över de 100 mest värdefulla varumärkena i världen värderas Coca Cola till 69,7 miljarder dollar.¹⁰ Allt fler företag inser vikten av att skydda sitt varumärke och att behålla det goodwillvärde man uppnått, därav är renommésnyltning en viktig aspekt att beakta.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mitt syfte med föreliggande uppsats har varit att belysa renommésnyltning och vad det innebär för en näringsidkare att någon ”snyltar” på ens vara eller tjänst. Då de flesta varumärken idag representerar ett högt värde är det viktigt med att ett fullgott skydd mot renommésnyltning föreligger, d v s vilka rättsregler som finns att tillgå. En annan aspekt som är intressant i sammanhanget är vilka skador som kan uppstå vid renommésnyltning och av vilka skäl en näringsidkare kan välja att inte driva ett ”snyltningsförfarande” vidare samt om denna underlåtenhet kan innebära att konkurrensen påverkas negativt d v s om produktutbudet minskar på marknaden i och med att dominerande aktörer inte beivras vid renommésnyltning. Jag har framförallt koncentrerat mig på följande frågeställningar:

- 1) Ger den svenska lagstiftningen ett fullgott skydd mot renommésnyltning?
- 2) Kan renommésnyltning i förlängningen ses som ett hot mot konkurrensen?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer inte behandla skadestandsfrågan, inte heller påföljdsfrågan vid ett varumärkesrättsligt intrång. Jag har främst beaktat svensk praxis men refererar även i vissa fall till relevanta EG-rättsliga avgöranden. Den nationella lagstiftning som behandlas är främst varumärkeslagen, marknadsföringslagen samt konkurrenslagen. Det EG-direktiv som ligger till grund för den svenska varumärkesregleringen

⁸ Föredrag av Roland Paakaker, Nike, European Supply Chain Forum, Stockholm, den 4 september 2002.

⁹ Bernitz, U; Karnell, G; Pehrson, L & C, Sandgren. *Immaterialrätt s 121*, Minab/ Gotab, Stockholm 1983.

¹⁰ Sydsvenskan 2002-07-30.

behandlas till viss del men tyngdpunkten ligger på den svenska lagstiftningen.

1.4 Material och metod

Jag har vid skrivandet av uppsatsen använt mig av en konventionell juridisk metod. Aktuell lagstiftning och förarbeten till dessa har studerats. Det finns i dagsläget inget uttryckligt lagstöd som reglerar otillbörlighetsbegreppet renommésnyltning, utan detta regleras främst med hjälp av marknadsföringslagens 4 § (den s k generalklausulen). I och med införandet av marknadsföringslagens 8 a § p.7 har renommésnyltning vid jämförande reklam blivit direktsanktionerad. Detta gäller dock inte rent generellt vid renommésnyltning.

Detta innebär att praxis och doktrin får en betydelsefull och i många fall avgörande roll. Främst är det praxis från marknadsdomstolen som beaktas, för att definiera begreppet renommésnyltning.

Varumärkeslagens 6 § 2 stycke behandlar skyddet för kännetecken som är väl ansedda. Immaterialrätten blir först tillämplig vid ett varumärkesrättsligt intrång och vägledande praxis från Högsta domstolen rörande renommésnyltning är bristfällig. Dock känns det som en radikal förändring är på gång gällande synsättet som finns gällande renommésnyltning. Det finns en ansevärd mängd litteratur att tillgå inom ämnesområdet (dock får det framhållas att det rör sig om litteratur av skiftande kvalitet). Den doktrin jag främst använt mig av är tongivande namn inom immaterialrätten. Dagspressen har debatterat flitigt om renommésnyltning vilket jag anser har tillfört en nyanserad bild kring problematiken. Jag har även försökt att förkovra mig inom viss ekonomisk litteratur för att beakta renommésnyltning och dess följder ur ett icke juridiskt perspektiv. Detta har känts relevant med tanke på att varumärkets ekonomiska betydelse har ökat avsevärt under den senaste tiden.

1.5 Disposition

Under kapitel två behandlar jag begreppet renommésnyltning, vad det rent konkret innebär och att varumärken idag bör ses som en värdefull tillgång för företaget. Renommésnyltning innebär oftast något negativt men i vissa avseenden kan det vändas till något positivt. En s k *co-branding* innebär att två eller flera näringsidkare ”snyltar” på varandra men att detta medför något positivt för båda parter.

I kapitel tre behandlas den svenska varumärkeslagen och vilket skydd det finns att tillgå vid ett varumärkesrättsligt intrång, det s k utvidgade anseendeskyddet. De olika skador som kan uppkomma på ett varumärke behandlas samt vikten av att beivra ett ”snyltningsförfarande”.

Marknadsföringslagens skydd och syn på renommésnyltning behandlas i kapitel fyra. Abundant praxis finns att tillgå från Marknadsdomstolen som klargör lagens tillämplighet på ett belysande sätt.

Under kapitel fem diskuteras marknadens syn på renommésnyltning, vilka orsaker som kan föranleda en näringsidkare att inte ingripa mot renommésnyltning. De utomrättsliga organ som finns på marknaden (bl a Detaljhandelns Varumärkesråd och Marknadsetiska Rådet) behandlas och vilken funktion de har eller kan få. Det känns relevant att belysa vad den s k marknaden anser om renommésnyltning.

Slutligen följer en analys och slutsats av föreliggande arbete.

2 Renommésnyltning

Kapitlet inleds med en definition av begreppet renommésnyltning och varumärkets betydelse som tillgång för företaget. Därefter diskuteras *co-branding* och repositionering.

*”Sedd över tid har renommésnyltning varit en relativt eftersatt otillbörlighetsgrund.”*¹¹

2.1 Definition

*Renommésnyltning föreligger om en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigt särskilt anknyter till andra näringsidkares välkända verksamhet, produkter eller kommersiella symboler utan att det föreligger förväxlingsbarhet eller vilseledande i övrigt.*¹²

Förfarandet utgör en etablerad typ av otillbörlig marknadsföring och kan angripas med stöd av MFL 4 §, den s k generalklausulen. I dag finns inget direkt lagstöd för renommésnyltning vilket innebär att det blir svårare att beivra tilltaget. I betänkandet till den nuvarande marknadsföringslagen (MFL 1995:450) föreslog man att renommésnyltning skulle vara direktsanktionerad.¹³

I utredningen ansåg man att renommésnyltning redan förelåg vid ett uppmärksamhetsskapande utnyttjande av annans anseende och att det primära var de skador som en annan näringsidkare åsamkas vid renommésnyltning. Dock instämde inte regeringen med utredningens åsikt, vilket medförde att lagförslaget avstyrktes.

Vad kan det finnas för anledningen till att renommésnyltning inte har fått en så framträdande plats i den svenska marknadsföringslagstiftningen? En tänkbar förklaring enligt Nordell är att Marknadsdomstolens försiktiga inställning till otillbörlighetsgrunden renommésnyltning torde ha sin grund i motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring. Där deklarerar departementschefen tydligt att *”bedömningen av renommésnyltning i första hand borde bygga på intresset att skydda konsumenterna”*.¹⁴ Näringsidkare har därav troligen ansett att det är mer tillförlitligt att använda sig av andra otillbörlighetsgrunder såsom vilseledande efterbildning och jämförande reklam. Denna tänkbara orsak får anses överensstämma med de utlåtande som Marknadsetiska rådet har yttrat. Fram till Robinsonfallet 1999 finns det bara ett par avgöranden där marknadsdomstolen fällt en reklamkampanj

¹¹ Nordell, *Festskrift till Ulf Bernitz*, s. 115.

¹² Bernitz, U: *Marknadsföringslagen* s. 71, Nordstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997.

¹³ SOU 1993:59 s. 328.

¹⁴ Nordell, *Juridisk tidskrift* 1999-2000 s. 655.

uteslutande på otillbörlighetsgrunden renommésnyltning.¹⁵ Dock tycks detta vara under förändring. Utav de 26 avgöranden som Marknadsdomstolen hittills har fällt under 2002 är 5 stycken grundade på renommésnyltning som otillbörlighetsgrund (2002:9, 2002:17, 2002:20, 2002:22 samt 2002:24). Detta innebär att renommésnyltning utgör 20 procent av alla otillbörlighetsgrunder! Vad kan detta bero på? Är det en allmän ökning av ”snyltande” beteende i vårt samhälle eller är det så att näringsidkarna och domstolarna allt mer har börjat beakta renommésnyltning som en självständig otillbörlighetsgrund? Denna förändring är positiv då det är av yttersta vikt att renommésnyltning beivras för att säkerställa de marknadsinvesteringar som görs eller har gjorts. Marknadsdomstolen har tydligt deklarerat ett avståndstagande mot renommésnyltning, vilket är efterlängtat inom näringslivet. Många frågetecken kvarstår emellertid kring renommésnyltningens gränser särskilt mot känneteckensrätten.¹⁶

2.2 Värdefull tillgång

Snyltningsrisken intensifieras då varumärket tenderar att bli en allt mer värdefull tillgång för företagen. Det är viktigt att åtgärder mot olika snyltningsbeteenden finns att tillgå för att ett varumärke skall kunna byggas upp och bevaras som en tillgång för företaget.

Företag riskerar goodwillskador när distinktiviteten försvagas dvs att en urvattning av märket och dess reklamvärde uppstår. Detta gäller även när förväxlingsbara varor marknadsförs.¹⁷ Kanske är goodwillskador mest känsliga för en varumärkesinnehavare eftersom det normalt krävs omfattande insatser för att kunna reparera den uppkomna skadan. Dessutom torde beräkningsgrunden för att fastställa ersättning för skadan vara svår att fastställa. Det verkar som välrenommerade företag i högre utsträckning accepterar annans användning av deras kännetecken då det gäller marknadsföring av välrenommerade varor. *”Gratisreklamens fördelar måste alltså uppskattas som större än risken för degeneration.”*¹⁸

Varumärken är symboler som inte har något egentligt värde i sig men kan ha ett högt värde om de används i rätt miljö. Detta innebär konkurrensfördelar för näringsidkaren då goda associationer skapar ett mervärde hos kundkretsen. Av betänkandet¹⁹ framgår att renommésnyltning primärt bygger på ett oauktoriserat associationsskapande. Det anses vara otillbörligt att utnyttja annans goda anseende för att komma i åtnjutande av en oförtjänt uppmärksamhet eller ett omotiverat förtroende. Betänkandets konklusion om själva kärnan i renommésnyltning är att det är fråga om utnyttjandet av annan image med skaderisk för denne.

¹⁵ Nordell, Juridisk tidskrift 1999-2000 s.651.

¹⁶ Nordell, Juridisk tidskrift 1999-2000 s. 658.

¹⁷ Levin, M: *Noveller i varumärkesrätt* s. 190, Gotab, Stockholm 1990.

¹⁸ Nordell, NIR 1992 s. 503.

¹⁹ SOU 1993:59 s. 322-329.

Den senaste tidens utveckling inom varumärkesområdet speglar en förskjutning i företagens intresse från materiella till immateriella tillgångar. Detta kan delvis förklaras i de enorma summor ett varumärke kan representera. 1988 förvärvade Nestlé bolaget Rowtree (bl a med varumärken som After Eight och Kit Kat) för 4,5 miljarder dollar, vilket motsvarade 5 gånger det bokförda värdet.²⁰ Utvecklingen är troligen en given följd av en mer kommersialiserad livsåskådning och ett mer kommersialiserat samhälle.

Välkända varumärken anses vara ett av företagens viktigaste konkurrensmedel-*"brands are at the heart of marketing and business strategy"*.²¹ Därför är det anmärkningsvärt och bör uppmärksammas att många internationella företag är av den åsikten att *"det svenska skyddet mot produktefterbildningar och renommésnyltning är otillräckligt, även om möjligheterna att genom registrering skydda varans förpackning ökat väsentligt genom 1992 års ändringar av varumärkeslagen"*.²² Detta kan rent konkret innebära ett avskräckande skäl från att välja att etablera företag i Sverige, vilket i slutändan kommer att påverka konkurrenssituationen på marknaden. I "normala fall" är konkurrensen effektiv på marknaden, eftersom annars föreligger hot om att internationella företag kan komma att vilja etablera sig på marknaden, om konkurrensen inte är tillräckligt effektiv. Försvinner detta hot kan det medföra allvarliga störningar i konkurrensen. Som lagen är utformad idag kan renommésnyltning utgöra både varumärkesintrång och otillbörlig marknadsföring, beroende på omständigheterna.

2.3 Co-branding

Co-branding är egentligen varumärkesstrategins motsvarighet till allianser och *"joint ventures"*, d v s de mer klassiska begreppen vad gäller partnerskap och samarbeten inom näringslivet.²³ I normalfallet betraktas renommésnyltning som något negativt då en näringsidkare försöker "snylta" på en annan näringsidkares nedlagda goodwillarbete. Begreppet används främst för en form av otillbörlig marknadsföring enligt marknadsföringslagen. Co-branding däremot syftar på en konstruktiv situation och innebär att begreppet renommésnyltning får en positiv innebörd.²⁴ Konkret innebär det att två starka varumärken används på ett samverkande sätt och snyltar på varandra så att båda erhåller fördelar. Det finns ett flertal belysande exempel på *co-branding* bl a mellan IKEA och Marabou/KALLES KAVIAR. Genom ett sådant samarbete uppnår man positiva associationer med inslag av hemlängtan för många utlandssvenskar på IKEA varuhusen runt om i världen. Dessutom är samarbetet mellan McDonalds och Disney ett annat belysande exempel på "varumärkes

²⁰ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 5.

²¹ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 56.

²² SOU 2001: 26 s. 145.

²³ Brand News10/2000 s. 25.

²⁴ Brand News 10/2000 s.10.

synergier”. Kampanjerna skiftar i tema och sker ofta i samband med lanseringen av en ny Disneyfilm.²⁵ *Co-branding* innebär en ömsesidig renommésnyltning som kräver klara linjer av inblandade företag.²⁶

2.3.1 Repositionering

Inom den ekonomiska litteraturen talar man om repositionering vilket åsyftar den process varigenom ett företags varumärke positioneras samtidigt som ett konkurrerande varumärkes position undergrävs. Ett belysande exempel på detta är Avis marknadsföring på 1970-talet ”*We’re Number Two. We Try Harder*”. Genom denna slogan ville Avis konkurrera med Hertz, som var marknadsledande inom biluthyrningsbranschen.²⁷ Liknade tendenser kan skönjas i dagsläget. Vid ett flertal tillfällen har en dagligvaruhandel marknadsfört sig tillsammans med ett välkänt varumärke i dagspressen. Marknadsföringen har inneburit att näringsidkaren har framhållit sig som återförsäljare av ”originalet” (ex. Heinz ketchup) gentemot konkurrenten med ”kopian”. Det är intressant då företeelsen dels kan ses som en viss typ av renommésnyltning, dels som en ren misskreditering.

- Dels ”snyltar” man på det välkända varumärket i och med att man framhäver sig tillsammans med det. Reklamkampanjen innebär dock något positivt för både dagligvaruhandeln och varumärkesinnehavaren, s k *co-branding*. I varje fall sett ur en försäljningssynpunkt.
- Dels så misskrediterar man konkurrenten genom att i reklamen framhäva denne som en återförsäljare av kopior av originalet, s k repositionering. I MFL 8 a § står det att en näringsidkare får peka ut en annan näringsidkare direkt eller indirekt i reklamsammanhang såtillvida han inte misskrediterar eller är nedsättande mot dennes verksamhet eller produkter.

Marknadsdomstolen har bl a i **MD 1994:22 Kvantum** uttalat sig om att nedvärderande beskrivningar av en konkurrent är både lagstridiga och otillbörliga. I fallet som handlar om en lågprisbutik vid namn Jagaren och Icabutiken Kvantum, går Kvantum ut i dagspressen och kommenterar en prisjämförelse som Jagaren genomfört. Kvantum använder sig av negativa uttryck som ”fuskat” och ”blivit utnyttjade”.

²⁵ Företaget Disney tar fram en ny produkt (film, serietidning etc) var femte minut.

²⁶ Brand News 10/2000 s. 10.

²⁷ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 269.

Jag anser att det får anses vara misskrediterande mot en annan näringsidkare att framhålla i en reklamkampanj att denne saluför kopior. Så länge det inte är fastslagit vad som är original respektive kopia bör man vara försiktig i sina uttalanden.

Bernitz anser att det egentliga syftet med jämförande reklam är att lyfta fram den egna produkten på konkurrentens bekostnad,²⁸ vilket i realiteten oftast innebär en misskreditering av konkurrenten och dennes produkter. Jämförande reklam kan också ses som ett medel för att åstadkomma renommésnyltning eller förväxling utav varor.

²⁸ Bernitz, NIR 1998 s 186.

3 Varumärkeslagen

Avsnittet behandlar inledningsvis det utökade skyddet för väl ansedda varumärken. I anslutning till detta diskuteras praxis och de skador som eventuellt kan uppkomma i samband med snyltning.

*”A product is something that is made in a factory, a brand is something that is bought by a customer. A product can be copied by a competitor, a brand is unique. A product can be quickly outdated, a successful brand is timeless”.*²⁹

3.1 Bakgrund

I samband med den industriella revolutionen växte ett behov av en varumärkeslagstiftning fram. Renommésnyltning förekom genom att vissa näringsidkare kopierade välkända märkesprodukter och sålde dem som original. Märkesinnehavarna försökte skydda sig igenom att uppmana kunderna att inte köpa kopierade varor. Man kunde i dåtidens annonser läsa vädjande uppmaningar som: *”Note our brand name: not genuine without this mark.”*³⁰

I Sverige infördes den första varumärkeslagstiftningen 1884 och den var mer inriktad på att reglera förhållandet mellan varumärkesinnehavaren och konsumenten. Utvecklingen talar för att allt fler varukännetecken kommer att behöva ett förstärkt skydd mot otillbörligt utnyttjande.³¹

3.2 Ensamrätten

Rätten till ett varumärke innebär att ingen annan får använda ett märke i sin näringsverksamhet som är förväxlingsbart med märkesinnehavarens varumärke. Denna rätt till ett varumärke uppkommer antingen genom registrering eller genom inarbetning. Registrering är att föredra ur flera aspekter både ur bevissynpunkt och framförallt att rätten till varumärket innefattar ett skydd i hela landet. Registrering genom inarbetning begränsas till det område där inarbetning konkret uppnåtts. Varumärkesrätten innebär att ett skydd upprätthålls för varor och tjänster. Den har en viktig individualiseringsfunktion d v s särskilja varor eller tjänster från andra av samma eller liknade slag. Eberstein uttryckte redan 1915 att varumärket till sitt väsen skall vara ett individualiseringsmedel för viss näringsidkares varor och ingenting annat.³²

²⁹ Melin, F: *Varumärket som ett strategiskt konkurrensmedel* s. 38.

³⁰ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 16.

³¹ SOU 2001: 26 s. 266.

³² Nordell, NIR 1998 s. 205.

När en näringsidkare ges ensamrätt till ett varumärke innebär det att näringsidkaren kan hindra andra från att dra nytta av nedlagt goodwillskapande arbete. Då det i annat fall finns risk för så kallade *free-riders*, är ett starkt skydd nödvändigt för att tillförsäkra utvecklingens framåtskridande. Det föreligger en intressekonflikt i den immaterialrättsliga lagstiftningen, dels rättsinnehavarens intresse av att inte utnyttjas genom renomménnyltnings dels viljan av att hålla det tekniska området fritt från tidsobegränsade ensamrätter.³³

Ett intrång i ensamrätten kan inträffa på flera sätt:³⁴

- Genom märkeskopiering så kallad *counterfeiting*. Syftet är att vilseleda beträffande det kommersiella ursprunget dvs att kopian skall framstå som originalet. Detta är allvarligt då det inte bara innebär en ren ekonomisk förlust utan även en goodwillskada vilket kanske är mer beaktansvärt. Framförallt drabbar plagiering välkända internationella märken.
- Av nya konkurrenter som vill utnyttja märket vilket innebär att det blir ett gränsfall till förväxling. Denna situation torde dock i längden vara lika allvarlig som ren plagiering, vilket motiverar omedelbara åtgärder så långt som möjligt.

3.3 Anseendeskyddet

I varumärkeslagen 6 § kan följande utläsas:

Kännetecken anses förväxlingsbara enligt denna lag endast om de avser varor av samma eller liknande slag.

Förväxlingsbarhet kan även åberopas för ett kännetecken som är väl ansett här i landet, om användningen av ett annat liknande kännetecken skulle vara till förfång för det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende.

Enligt huvudregeln i VmL 6 § 1 st förutsätts en varuslagslikhet men väl ansedda varumärken faller utanför detta krav i och med undantagsregeln i VmL 6 § 2st. Regeln är alltså tänkt att fungera som ett skydd mot såväl otillbörligt utnyttjande av känneteckens renommé som degeneration av sådana kännetecken. Man kan härmed konstatera att skyddsomfånget för väl ansedda varumärken har ökat och tillämpningskraven mildrats om man beaktar tidigare lagstiftning. I den så kallade Kodakregeln förväntades varumärket vara igenkänt av 80 % av omsättningskretsen för att regeln skulle anses tillämplig. Bedömningsfrågan har varit flitigt omdiskuterad sedan den nya anseenderegeln infördes. Inom doktrinen finns det de som å ena sidan förespråkar kvantitativa undersökningar dvs för hur stor mängd (ex.

³³ Levin, NIR 1996 s. 306.

³⁴ Löfgren, C: *Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter* s.38. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Juristförlaget 1991.

procentsats) kännetecknet är känt. Men å andra sidan finns det de som förespråkar en kvalitativ bedömningsgrund i stället för ett anseendekrav. Häribland återfinns bland Levin *"lokutionen innefattar främst en kvalitativ bestämning"*.³⁵

EG-domstolen klargjorde vissa frågetecken i och med det skiljedom i Chevy-avgörandet, där det fastslogs att något krav på procenttal inte fick ställas.³⁶

Skydd ska föreligga om användningen av ett liknande kännetecken innebär ett otillbörligt utnyttjande av det väl ansedda varumärkets ställning på marknaden eller är skadligt för varumärkets särskiljningsförmåga eller goodwill. Grundén drar den slutsatsen att *"Med hänsyn till lagtextens uttryckssätt- synes det inte vara något krav att fördel eller förfång av en faktisk användning kan påvisas"*.³⁷ Således räcker det med att påvisa en potentiell skaderisk. Det relevanta är om en vara kan förknippas med det ansedda kännetecknet. Redan vid en låg grad av faktisk koppling synes otillbörlig fördel eller förfång föreligga.³⁸ Det verkar som om praxis och doktrinen är överens om hur rekvisitet skall tolkas. I Securitas-målet³⁹ fastslogs det att ett rent goodwillutnyttjande kan fällas utan att direkt skada kan konstateras hos den utnyttjade. HD bedömer den fördel utnyttjaren får och förfarandets påverkan på kännetecknets särskiljningsförmåga.

Goodwillskador kan uppstå genom renomménölytning, parodierande reklam och smutskastning. Detta leder oftast till skador på varumärkets reklamfunktion, urvattnings- samt degeneration.

Det utökade skyddet för ett varumärkes reklamfunktion har framför allt skapats med tanke på näringsidkarens behov. *"Modern europeisk immaterialrätt har tagit ytterligare ett steg från ett objektskydd till att vara ett pragmatiskt anlagt skydd för gjorda marknadsinvesteringar."*⁴⁰

I varumärkesdirektivet artikel 5.2 finns inget krav på att förväxling skall föreligga, dock behövs den svenska lagstiftaren detta "förväxlingskrav" vid skydd av ett varumärkes anseende.⁴¹ Detta utgör en förutsättning för att döma för intrång.⁴² I uttrycket förväxlingsbarhet ligger ett krav på likhet mellan kännetecknen. EG-domstolen har inte uttalat sig om det utvidgade skyddet med att dra otillbörlig fördel av eller vara till förfång för det äldre kännetecknets renommé kan omfatta även varor av samma eller liknande slag.⁴³ Men man har fastslagit att det utvidgade skyddet för väl ansedda märken inte kräver en risk för förväxling.⁴⁴

³⁵ Levin, *Festskrift till Gunnar Karnell* s. 428. Gotab AB, Stockholm 1999.

³⁶ Case C-375/97 General Motors Corporation v Yplon SA.

³⁷ Grundén, NIR 1995 s. 240.

³⁸ Grundén, NIR 1995 s. 239.

³⁹ NJA 1989 s. 854.

⁴⁰ Levin, NIR 1995 s. 477.

⁴¹ EG-dir 89/104.

⁴² Levin, *Festskrift till Gunnar Karnell* s. 428. Gotab AB, Stockholm 1999.

⁴³ Levin, NIR 2001 s. 329.

⁴⁴ C-251/95. Puma-avgörandet.

Enligt doktrinen kan anseendeskyddsregeln därför kritiseras för att inte motsvara EG-direktivets bestämmelser. Bl a anser Levin att det är ett misstag från svensk sida och som har sin grund i nordisk tradition (där man är främmande till att frikoppla sig från förväxlingsläran).⁴⁵ Dock konstaterar Levin att *”för de få fall där ett otillbörligt utnyttjande också riskerar att skada utan sådan förväxling skulle det stå i bjärt kontrast till varumärkesrättens syfte om väl ansedda märken tilläts bli en tummelplats för oseriös marknadsföring inom varuslagslikhet.”*⁴⁶

Varumärkesrätten kan ses som ett verktyg för att skydda investeringar som gjorts för att bygga upp ett varumärkes goodwill (t ex i reklam). Framförallt VmL 6 § 2 stycke är inriktad på varumärkets reklamfunktion. Varumärkeslagen syftar inte bara till att skydda varumärkets särskiljningsförmåga utan även dess goodwill.⁴⁷ Detta tankesätt att se kännetecken som en självständig tillgång återfinns inom EG-rätten. Man har bl a uttalat sig i det s k Chevyfallet att de nationella domstolarna ska göra en helhetsbedömning vid fastställande av anseendeskyddet *”särskilt varumärkets marknadsandel, i hur stor omfattning, i vilket geografiskt område och hur länge varumärket har använts samt hur stora investeringar som gjorts för att marknadsföra varumärket”*.⁴⁸ Detta synsätt, med att ett utvidgat skydd beror på hur stora investeringar som har gjorts för att saluföra varan återfinns i flera av EG-domstolens uttalanden. Det ligger i tiden att skydda investeringar i varumärken mot urvattning och otillbörligt utnyttjande av annan.⁴⁹ Levin anser att det krävs ett fristående skydd för reklamen när märken fått ett sådant goodwillvärde att de kan omsättas självständigt.⁵⁰ Detta mera moderna och handelsinriktade synsätt stämmer överens med Frank Schechters urvattningslära vilket innebär att man ska behandla varumärket som en värdefull tillgång i sig.⁵¹

Då välkända varumärken är ett viktigt konkurrensmedel på marknaden har fler företag börjat uppmärksamma varumärkesrättens möjligheter till skydd för sina produkter.⁵² T ex genomförde Pharmacia en lyckad varumärkeslansering av Nicorette när patenttiden löpte ut.⁵³ Det visade sig vara en kommersiellt lyckad strategi eftersom marknadsandelarna ökade med 50 %.⁵⁴

⁴⁵ Levin, M: *Om förväxlingsbara och icke förväxlingsbara varumärken i ljuset av EG-rätten* ur Festskrift till Gunnar Karnell, 1999, s. 430

⁴⁶ Levin, NIR 2001 s. 331.

⁴⁷ Pehrson, L: *Varumärken från konsumentsynpunkt* s. 320. Schmidts boktryckeri AB, Helsingborg 1981.

⁴⁸ Case C-375/97 General Motors Corporation v Yplon SA.

⁴⁹ SOU 2001:26 s. 149.

⁵⁰ Levin, Brand News 00/01 2002 s. 27.

⁵¹ Levin, *Festskrift till Gunnar Karnell* s. 430. Gotab AB, Stockholm 1999.

⁵² Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel*, s. 205, Malmö 1997.

⁵³ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel*, s. 190 ff, Malmö 1997.

⁵⁴ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 190 ff.

Det utökade skyddet för välkända varumärken ses inte bara med positiva ögon utan det finns de som ser vissa nackdelar och risker med skyddet. Bland annat kan det utökade anseendeskyddet i VmL 6 § 2 st innebära att artificiella monopol bildas på marknaden. Vilket anses leda till effektivitetsförluster, höga priser och ett begränsat utbud d v s i slutändan en samhällsekonomisk förlust.⁵⁵

3.4 Praxis

Praxis som behandlar ansedda kännetecken är knapphändig i Sverige sedan ändringen av varumärkeslagens 6 § 2 stycke gjordes. Gallianomålet är ett prejudicerande avgörande.⁵⁶

Gällande tolkning av de olika rekvisiten så har inte frågan om ett kännetecken uppfyller kravet på ett vara *väl ansett* prövats i HD. Dock finns det administrativ praxis som berör detta.

I tidigare rättspraxis talar man om begreppet ”på övligt sätt”⁵⁷

I **NJA 1988 s 543 Levismålet** behandlades frågan om ”övligt sätt”⁵⁸ vid parallellimport, där W-Invest (en icke auktoriserad återförsäljare) av Levis jeans använde sig av varumärket Levi i reklamsammanhang. Levi Strauss ansåg att det var fråga om renomménölytning och varumärkesintrång. Domstolen fastställde att W-invest ”*måste i sin marknadsföring anses ha obehörigen använt sig av den goodwill som Levi Strauss varumärke åtnjuter.*” Detta har otvivelaktigt medfört en viss skada på Levi Strauss goodwill och W-Invest får anses ha gjort sig skyldiga till varumärkesintrång.

HD har vidhållit denna restriktiva hållning gällande användande av annans varumärke dels vid parallellimport, dels vid försäljning av reservdelar t ex. NJA 1998 s 474 (Volvoservice).

NJA 1995 s. 635 Gallianomålet:

Frågan var om kännetecknet för en liköressens, Gaetano, gjorde intrång i varumärkesrätten till Galliano för likörer. Högsta domstolen konstaterade att det rörde sig om varor av liknade slag, likörextraktet är ju tänkt att blanda med sprit så att slutprodukten blir en likör. Produktnamnen GALLIANO och GAETANO uppfattades som väldigt snarlika, dessutom var etiketternas utformning ganska lika. Båda använde sig av guldkantade beige etiketter

⁵⁵ Ståhl, F: *Konkurrensrättsliga aspekter på skyddet för väl ansedda varumärken* s. 58, Institutet för Immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet 1997.

⁵⁶ Jämför utfallet i MD 1996:3 Partyman vilket visar på att MFL i vissa fall kan ge ett vidare skydd än VmL.

⁵⁷ NJA 1967 s 458 Polycolormålet. Där fastslogs att parallellimport normalt inte innefattar något varumärkesintrång, återförsäljaren bör ha rätt att på ”övligt sätt” använda märket i t ex annonser och reklam.

⁵⁸ Enligt Bernitz skulle ”övligt sätt” betyda ”sedvanlig” eller ”i överensstämmelse med god sed”.

med lila bokstäver. Domstolen diskuterade att extraktet Gaetano kom att utnyttja likören Gallianos renommé men att detta inte var betydelsefullt vid bedömning av förväxlingsrisken. ”Sådan snyltning kan mycket väl förekomma utan att det finns någon som helst risk för förväxling.” Slutligen kom högsta domstolen fram till att de aktuella kännetecknen inte kunde anses förete en så hög grad av likhet att 6 § 2 st VmL kunde tillämpas. En bidragande orsak till beslutet torde vara att försäljningsställena var (och är) helt olika.

Avgörandet ovan har kritiserats av doktrinen. Bland annat anser Wessman att det är märkligt om ett varumärke får starkare skydd när varorna är olika än när de är lika, t ex att ett väl ansett varumärke för likör skyddas mot ett liknande märke för parfym, men inte mot ett liknande märke för likörextrakt. ”Därför bör huvudregeln tolkas i ljuset av undantagsregeln så att ett väl ansett varumärke erhåller ett starkt skydd såväl inom som utom området för varuslagslikhet.”⁵⁹ Nordell tycker att det är anmärkningsvärt att HD helt avfärdade renommésnyltning som en betydelseskapande faktor vid varumärkesintrång.⁶⁰ Levin anser att HD:s uttalande om att snyltning kan förekomma utan förväxling föreligger må vara förenligt med EG-praxis, men ställer sig frågande till ”att snyltning inte skulle innebära en kränkning”.⁶¹ Jag instämmer till fullo i den kritik som har riktats mot Högsta Domstolens avgörande i Gallianomålet, det belyser verkligen att lagtexten är fragmentariskt utformad. Dock ska man erinra sig att lagändringen genomfördes 1993 och att Gallianomålet behandlades 1995, vilket kanske kan ses som en ”förmildrande anledning” till utfallet i fråga.

Det finns inget direkt stöd för att anseendeskyddsregeln även skall gälla vid varuslagslikhet. Dock har det ansetts orimligt att ett varumärke skulle ha ett starkare skydd mot intrång från liknande märken utom varuslaget än inom varuslaget. I administrativ praxis har man i några fall anfört att det utökade skyddet för väl ansedda varukännetecknen får anses innefatta ett skydd mot att ett yngre märke drar otillbörlig fördel av det väl ansedda kännetecknets goodwill och ett skydd mot bl a urvattning, utan krav på förväxling i egentlig mening.⁶² Denna slutsats kan man bl a utläsa i PBR:s avgörande **Tulusba Akdow**.⁶³ ”Patentbesvärshöjningen har tidigare funnit att det utvidgade skyddet för väl ansedda varumärken får anses innefatta ett skydd mot att ett yngre märke drar otillbörlig nytta av det väl ansedda varumärkets goodwill och skydd mot att konsumenterna vilseleds när det gäller det kommersiella ursprunget samt skydd mot urvattning.”

⁵⁹ Wessman, NIR 1998 s. 496.

⁶⁰ Nordell, *Festskrift till Bernitz* s. 114.

⁶¹ Levin, *Om förväxlingsbara och icke förväxlingsbara varumärken i ljuset av EG-rätten* s. 435.

⁶² SOU 2001: 26 s. 252.

⁶³ Patentbesvärshöjningen 1999-04-23.

EG-domstolen fastslog i Puma avgörandet att det utvidgade skyddet för väl ansedda märken inte kräver en risk för förväxling.⁶⁴ Vilket rent konkret innebär att det finns ett goodwillskydd som sträcker sig över varuslagslikhet.

Ett avgörande i **Stockholms tingsrätt (T/-937-97)** behandlade renommésnyltning i samband med marknadsföring av reservdelar till en produkt. KF marknadsförde sina rakblad Blåvitt med informationen att de passade till Gilettes rakhyvlar. TR kom fram till att KF hade använt sig av den goda renommé som var förknippat med Gilettes varumärke för att tillgodogöra sig dess goodwill på sitt eget varumärke Blåvitt. Handlandet bedömdes således som ett varumärkesintrång. Intressant är att samma mål också bedömdes enligt marknadsföringslagen men där kom domstolen fram till att renommésnyltning inte förelåg.⁶⁵ Jag anser att domstolens bedömning i Gillette II är felaktig och att det helt klart rör sig om användande av annans goodwill s k renommésnyltning. Det fodras ett befogat intresse för att omtala att en viss vara passar till ett visst fabrikat. Bedömningsgrunden för vad som ska anses falla in under begreppet renommésnyltning måste anses vara otydlig eller svårtolkbar om man drar en slutsats av tingsrättens domar. Jag anser att det föreligger en viss grad av tveksamhet kring användandet och tolkning utav begreppet renommésnyltning, dels med stöd av tingsrättens olika domar dels med stöd av Bernitz uttalande. *”Även om det är vanligt att ett förfarande samtidigt kan vara ett bedöma som intrång i immaterialrätt, ofta varumärkesintrång, och som otillbörlig marknadsföring, kan situationen mycket väl vara den att förfarandet bedöms som otillbörlig marknadsföring utan att vara immaterialrättsligt otillåtet. Också den omvända situationen låter sig tänkas”.*⁶⁶

Vissa paralleller kan dras till ”Rolls-Royce” fallet där syftet var att åstadkomma en statushöjande effekt för Mazda.⁶⁷ Användningen av varumärket hade medfört en risk för att kännetecknet skulle förlora sin särskiljningsförmåga och kunde inte anses vara en tillåten form av jämförande reklam. Domstolen ansåg att det var vilseledande om kommersiellt samband d v s ett varumärkesrättsligt intrång. *”Förfarandet synes också utgöra ett tydligt exempel på renommésnyltning.”*⁶⁸ Koktvedgaard har betecknat rättsfallet som *”ett skolexempel på otillåten snyltende reklame”.*⁶⁹

Viss kritik kan utläsas i doktrinen mot de nationella domstolarna. Bl a så anser Nordell att en klar riktlinje inte kan tolkas i svensk praxis gällande var

⁶⁴ C- 251/ 95 Puma.

⁶⁵ Stockholms TR dom den 4 september 2000 (Gillette II).

⁶⁶ Gunnarsson, P: *Renommésnyltning och otillbörligt goodwillutnyttjande* s. 16. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Juristförlaget 1992.

⁶⁷ Uppsala Tingsrätt 1980 DT 828 Rolls-Royce.

⁶⁸ Bernitz, NIR 1998 s. 198.

⁶⁹ Bernitz, NIR 1998 s. 199.

gränsen för åberopande av annans kännetecken bör sättas. Nordell anser att hänsyn bör tas till marknadseffektiviteten d v s mellan rättighetsinnehavarens egenintresse av ensamrätt och annans nytta av att använda hans kännetecken.⁷⁰ Renommésnyltning får anses falla in under känneteckensrätten, eftersom åberopande av annans kännetecken kan ses som ett åberopande av det mervärde som finns i annans kännetecken. De svenska domstolarna har blivit mer generösa till rätten att få åberopa annans kännetecken vid varumärkesintrångsfrågor. Dock fokuserar man på det kommersiella sambandet mellan kännetecknet och på en förväxlingslära av det mera traditionella slaget. Detta är inte i överensstämmelse med varumärkesdirektivet riktlinjer.⁷¹

3.5 Uppkomna skador

Det finns olika typer av skador som kan uppkomma på ett varumärkes goodwillvärde bl a skador på varumärkets reklamfunktion, urvattning samt degeneration. Gemensamt för samtliga av dessa skador är att en värdeminskning sker. Levin anser att goodwillskador kanske är som allra känsligast för en varumärkesinnehavare, eftersom de inte säkert kan repareras eller skattas i pengar.⁷²

3.5.1 Varumärkets reklamfunktion

*”Med reklam avses varje av en identifierbar sändare betald form av presentation via massmedia i syfte att främja försäljningen av varor eller tjänster”*⁷³

Märkets reklamfunktion är grundläggande och oerhört betydelsefullt. Men innan varumärkesinnehavaren uppnått en sådan goodwill d v s gott anseende har man oftast investerat anseendiga summor i varumärket. Det välkända märket riskerar att förlora sitt reklamvärde om ett liknande märke används av andra för helt olika varuslag. Dessutom kan kvalitetsmärkenas anseende lida skada om varumärket används för att marknadsföra undermåliga varor. *”Ett märkes reklamfunktion har ansetts böra åtnjuta ett starkt och självständigt skydd i sig och som är frikopplat från förväxlingsläran”*.⁷⁴

⁷⁰ Nordell, *Festskrift till Bernitz*, s. 122.

⁷¹ Nordell, *Festskrift till Bernitz*, s. 121.

⁷² Levin, M: *Noveller i varumärkesrätt* s. 216 ff.

⁷³ Levin, M: *Suggestiv Reklam- otillbörlig marknadsföring eller ett naturligt sätt att påverka konsumenten* s. 1, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Liberförlag, Stockholm 1980.

⁷⁴ Levin, *Om förväxlingsbara och icke förväxlingsbara varumärken i ljuset av EG-rätten*, s. 430.

3.5.2 Urvattning

Urvattning innebär att märket blir diffust och intetsägande för kundkretsen. Varumärket tappar sin distinktivitet och framkallar inga specifika associationer längre. Risk för att detta ska uppstå anser jag främst föreligger för de varumärken som "lånar ut sitt namn" alltför frikostigt och omfattande. T ex Cartier som finns på klockor, smycken, cigaretter, glasögon mm. Förmedlar samtliga produkter samma känsla av lyx eller? Detta är ett vanligt fenomen bland märkesinnehavare att man önskar vidga sitt täckningsområde maximalt. De flesta modeskapare t ex Boss har vidgat sitt produktområde till att innefatta mer än kläder. Anledningen till detta är troligtvis att man önskar utöka sitt täckningsområde i ett vinstmaximerande syfte. Märkesutvidgningar av exklusiva produkter skapar kvalitetsassociationer. Dock bör man vara restriktiv mot en alltför massiv licensiering t ex varumärket Pierre Cardin som idag återfinns inom mer än hundra olika produktområden. Detta har medfört att märkesinnehavaren har haft svårt att upprätthålla en likvärdig kvalitet överlag, eftersom vissa licenstagare har dragit nytta av det renommé Pierre Cardin representerade till att marknadsföra mindre lämpliga produkter. Detta har inneburit att varumärket har urvattnats, det framkallar inga exklusiva associationer längre.⁷⁵

Skillnaden mellan ett självständigt urvattningsskydd och den utvidgade förväxlingsläran är markant. Förväxlingsläran (det s k Kodakskyddet) handlar främst om att skydda konsumenterna mot en förväxling med ett synnerligen känt märke. Urvattningsskyddet tar å andra sidan sikte på att märkesinnehavarens ensamrätt inte skall utsättas för otillbörlig förstörelse, vilket har fått ett särskilt genomslag i vår ekonomiska tidsålder, där immaterialrättens investeringsskyddande funktion har fått en allt större betydelse.⁷⁶

Genom skicklig marknadsföring kan man minska risken för urvattning. T ex så har Yamaha lyckats bibehålla sin goodwill, trots att varumärket används för så skilda produkter som motorcyklar och flyglar, vilket får ses som anmärkningsvärt.

Följden av ett varumärkesintrång blir ofta att ett märke urvattnas.⁷⁷ Det är allmänt konstaterat att risken för urvattning är större för mycket välkända märken än för de mindre välkända.⁷⁸ Anledningen till att urvattning uppstår kan bero på flera faktorer, bl a underlåtenhet i att beivra intrånget. Många näringsidkare inser nog inte hur pass allvarligt ett intrång verkligen är och vilka skador som detta medför. Tänkbara orsaker till varför en varumärkesinnehavare underlåter att ingripa behandlas under kapitel fem.

⁷⁵ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 318.

⁷⁶ Levin, NIR 2001 s. 328.

⁷⁷ SOU 1958:10, s. 333.

⁷⁸ Holmqvist, L: *Degeneration of Trademarks* s. 150 ff, Malmö 1971.

3.5.3 Degeneration

Varumärkesdegeneration uppstår när varumärket förlorar sin särskiljningsförmåga. Konkret innebär det att varumärket inte längre individualiserar näringsidkarens produkt utan har övergått till att representera en generisk beteckning i stället. Klassiska exempel på detta är bl a termos, jeep och nylon. De flesta varumärken som har degenererat har varit mycket väl kända men doktrinen är ense om att risken inte ökar på grund av detta. Degeneration av ett varumärke innebär en mycket större värdetförlust för varumärkesinnehavaren då det innebär att varumärket upphör. Det är relativt ovanligt att degeneration inträffar men för att utesluta detta bör man vårda och kontrollera användningen av märket noggrant.

Som en parentes kan nämnas att degeneration uppfattas som något positivt inom den ekonomiska världen. När konsumenter använder ett varumärke för att beskriva en produkttyp skapas en monopolliknande situation som är eftersträfvansvärd, *”en målsättning och ett signum för framgång i marknadsföringen av ett varumärke.”*⁷⁹

⁷⁹ Urde, M: *Märkesorientering s. 111*, Team Offset & Media, Malmö 1997.

4 Marknadsföringslagen

Inledningsvis diskuteras generalklausulen i marknadsföringslagen och vad begreppet god affärssed innebär. Vilseledande efterbildningar och jämförande reklam diskuteras också. Avsnittet avslutas med praxis från Marknadsdomstolen.

*"He that steals my purse steals trash, but he that filches from me my good name....makes me poor indeed."*⁸⁰

4.1 Generalklausulen

Grundtanken i den gamla marknadsföringslagen var skyddet för konsumenterna och inte att beivra otillbörlig konkurrens mot näringsidkare.⁸¹ Detta ändrades i och med "PreGlandinfallet".⁸² Marknadsdomstolen var tidigare obenägen att ingripa på detta område men har i senare praxis utvecklat och erkänt renommésnyltning som en självständig typ av otillbörlig konkurrens riktad mot näringsidkare.⁸³

Den nuvarande marknadsföringslagen (1995:450) syftar till att förhindra otillbörlig marknadsföring och är tänkt att omfatta såväl konsumenter som näringsidkare. I slutbetänkandet till lagens utformning föreslog man ett införande av en katalog med tolv preciserade lagstadganden riktade mot olika typer av otillåtna marknadsföringsåtgärder.⁸⁴ Under sjunde punkten står det om förväxlingsrisk och renommésnyltning. Regeln tar bl a sikte på vissa slag av vilseledande efterbildningar. I fråga om renommésnyltning föreskriver regeln att en näringsidkare inte får dra fördel av en annan näringsidkares verksamhet, varor eller tjänster på ett sätt som är ägnat att snylta på dennes kommersiella anseende. Förslaget genomfördes inte utan regeringen ansåg att otillbörliga förfaranden även fortsättningsvis skulle angripas med stöd av generalklausulen. Man ansåg att något uttryckligt förbud mot renommésnyltning *"inte når upp till den grad av konkretion som är nödvändig"*.⁸⁵ Ambitionen med 1995 års marknadsföringslag var att *"förening ett gott konsumentskydd med ett skydd på internationell nivå också mot otillbörliga konkurrensåtgärder riktade mot näringsidkare och som även uppfyller de krav som olika EU-direktiv ställer"*.⁸⁶

⁸⁰ Iago i Shakespeare's Othello.

⁸¹ Prop 1970:57.

⁸² MD 1987:10 PreGlandin.

⁸³ Gunnarson, P: *Renommésnyltning och otillbörligt utnyttjande* s. 15.

⁸⁴ SOU 1993:59 s. 59 ff.

⁸⁵ Prop. 1994/95: 123 s. 76.

⁸⁶ Bernitz, NIR 1996 s 129.

För att renommésnyltning skall anses som otillbörlig enligt marknadsföringslagen krävs det att det rör sig om ett kommersiellt renommé, d v s ett gott anseende med ett visst kommersiellt sammanhang.⁸⁷

Därav ansågs inte renommésnyltning föreligga i **MD 1988:19 Globen**:

Statoil hade ett annonserbjudande om ett picknickset som skulle likna Globen utseendemässigt samt att man i annonskampanjen visade ett foto på Globenbyggnaden. MD kom dock fram till att Globen inte hade ett kommersiellt anseende och att det rörde sig om annonser för en näringsidkare som hade ett eget mycket väl inarbetat kännetecken.

Detta argument för att renommésnyltning skall anses föreligga, d v s att den snyltande parten förutsätts ha ett lägre anseende än den som det snyltar på, ändrades i och med MD 1999:21 Robinsonfallet. Detta får anses vara ett mera korrekt antagande. Dock är det mest troliga scenariot att en näringsidkare väljer att ”snylta” på någon annan med ett högre goodwillvärde än han själv har lyckats uppnå. Detta utesluter dock inte att renommésnyltning kan inträffa mot en i anseende betraktat likvärdig part eller en med lägre anseende.

MFL är uppbyggd kring tre generalklausuler (4, 15 och 17 §§) samt förbudskatalogen som behandlar vissa specificerade marknadsföringsåtgärder (5-13 §§). Detta ansågs öka lagens tydlighet. Den s k generalklausulen (MFL 4 §) mot otillbörlig marknadsföring har inte till syfte att skydda produkter eller kännetecken som sådana mot kopiering eller efterbildning. Det faller under immaterialrättens s k ensamrätt. Bedömningen av vad som är otillbörligt eller inte är i huvudsak en etisk bedömning. Däremot kan marknadsdomstolen förbjuda en näringsidkare att marknadsföra varor eller tjänster som är ägnade att vilseleda köparna om det kommersiella ursprunget. Dock krävs det inte att någon verkligen har blivit vilseledd för att ett ingripande enligt generalklausulen kan ske.

I förarbetena till den tidigare MFL står det att ”*Marknadsföringslagen bör vara fullt tillämplig även på varukännetecken, oavsett att detta leder till en viss dubbling i förhållande till varumärkeslagstiftningen*”.⁸⁸ Detta innebär att marknadsföringslagen kompletterar varumärkeslagen, vilket kan ses som något positivt att det finns kompletterande lagregler som täcker upp vid behov. Men framförallt kan man ifrågasätta lagstiftarens avsikt med uttalandet, är man medveten om eventuella luckor i varumärkeslagen vore det inte bättre att stifta lagregler så att man uppnår en fullgod lagstiftning ?

⁸⁷ Svensson, C.A; Stenlund, A; Brink, T; Ström, L-E: *Praktisk marknadsrätt* s. 223.

⁸⁸ Prop. 1970:57 s. 89 f.

*”Sett till utvecklingen i ett vidare perspektiv, där allt fler rättsskydd och under allt längre skyddstider är det kanske en risk för att allt för långtgående dubbla skyddsmöjligheter i värsta fall kan leda till en immaterialrättslig ”härdsmlta”.”*⁸⁹

4.2 Otillbörlig konkurrens

Nedsvärtning och förlöjligande av konkurrenter i marknadsföring tillhör de klassiska grunderna i samband med skydd mot otillbörlig konkurrens.⁹⁰ Det man framför allt anser faller under otillbörlig eller illojal konkurrens är oriktig och vilseledande reklam samt andra ohederliga marknadsföringsmetoder bl a misskreditering av konkurrent. I marknadsföringsutredningen⁹¹ lades det fram ett förslag om en särskild bestämmelse för att beivra misskreditering. Regeringen ansåg dock problematiken med att precisera detta förfarande, särskilt i förhållande till tryck- och yttrandefriheten. Detta innebär att misskreditering fortfarande bedöms enligt generalklausulen, MFL 4 §. Vikten av att ha ett fungerande skydd mot misskreditering är dels att skydda enskilda intressen, dels att motverka dominansställningar på marknaden. På en marknad som t ex den svenska med många oligopol och stark organisering föreligger en ökad risk för att etablerade företag (enskilt eller i samverkan) agerar mot introduktionen av nya företagsformer och nya produkttyper.⁹²

Missvisande jämförelser kan också ibland innehålla misskrediterande uttalanden om konkurrenter, vilket helt klart innebär en skada för den drabbade och riskerar därmed att snedvrida normala konkurrensåtgärder. Emellanåt förekommer misskrediterande åberopanden av andra företags varor eller tjänster utan att någon konkurrenssituation föreligger. Praxis från marknadsdomstolen på *”sådan inverterad renommésnyltning”* är bl a Armani (MD 1987:11) och Boss (MD 1993:9).⁹³ Det finns inget uttryckligt lagstöd för att konkurrens förutsätts för dess tillämplighet men i förarbetena till 1970 års MFL framstår det att *”misskreditering handlar alltid om uppgifter i en konkurrensrelation”*. Denna riktlinje återfinns i marknadsdomstolens praxis, vilket innebär att flera fall där konkurrensbindning saknas tas upp som renommésnyltning bl a i MD 1993:9, Boss.⁹⁴

Värt att notera är att i marknadsföringsutredningens förslag till särskild förbudsbestämmelse mot misskreditering inte framhölls någon begränsning

⁸⁹ Nordell, NIR 2000 s 117.

⁹⁰ Yttrande av Marianne Levin i MERs uttalande 7/96.

⁹¹ SOU 1993:59

⁹² Yttrande av Marianne Levin i MERs uttalande 7/96.

⁹³ Yttrande av Marianne Levin i MERs uttalande 7/96.

⁹⁴ Yttrande av Marianne Levin i MERs uttalande 7/96.

till konkurrensrelationer.⁹⁵ Tvärtom framhölls uttryckligen i utredningens överväganden att misskreditering, som onödigt skadar en annan näringsidkare, kan slå över hela marknaden och behöver inte bara vara riktad mot en konkurrent.⁹⁶ Uttalandet kan vara värt att beakta trots att det konkreta lagförslaget inte genomfördes.

För flera utländska rättsordningar är konkurrenskravet väsentligt för att misskreditering skall anses föreligga. I Pariskonventionen⁹⁷ krävs en direkt konkurrensrelation för att regler om otillbörlig konkurrens skall vara tillämpliga. Misskreditering i reklam av ett annat företag strider enligt artikel 7 i Grundregler för reklam mot god affärssed.

4.2.1 God affärssed

Otillbörlighetsrekvisitet kan konkretiseras genom att anknyta till begreppet ”god affärssed”, där riktlinjer utformats av Internationella Handelskammaren (ICC) för att definiera dess betydelse. I de nordiska länderna utgör deras Grundregler för Reklam en central normkälla. ICC:s regler är tillämpliga på all slags reklam för varor, tjänster och andra nyttigheter. Marknadsdomstolen åberopar ofta dessa regler i sina beslut, dock bör man vid tillämpligheten av dem beakta att de har en vidare räckvidd än generalklausulen.⁹⁸

I artikel 10 stadgas:

”Reklam får inte utformas så att det goda renommé (goodwill), som är förknippat med andra företags, organisationers, personers eller institutioners namn, kännetecken eller ensamrätt i övrigt, utnyttjas på ett otillbörligt sätt”.

Den lagstiftning som fanns att tillgå tidigare var 1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (IKL). Nu har dessa regler i stället integrerats med andra lagar bl a i marknadsföringslagen. Dock hade IKL ingen reell betydelse utan det var i stället Näringslivets Opinionsnämnd (Nop) som styrde normbildningen.⁹⁹ Detta utomrättsliga organ upphörde med sin verksamhet 1971 men hade en stor betydelse för marknadsdomstolens fortsatta utveckling. Där hade nämligen tidigt utvecklats praxis till skydd mot illojal efterbildning av produkter och förpackningar. I förarbetena till Lagen om otillbörlig marknadsföring, som infördes 1970, betonade man att generalklausulen skulle avse handlingar som stred mot god affärssed. För att kunna tolka dessa handlingar skulle

⁹⁵ SOU 1993:59 s. 305.

⁹⁶ Yttrande av Ulf Bernitz i MERs uttalande 7/96.

⁹⁷ Paris Convention for the Protection of Industrial property of March 20, 1883.

⁹⁸ Bernitz, U: *Svensk marknadsrätt* s. 109.

⁹⁹ Bernitz, U: *Svensk marknadsrätt* s. 90 ff.

domstolarna använda sig av ICC: s regler samt praxis från Näringslivets Opinionsnämnd.¹⁰⁰

En annan viktig grund för bedömningen enligt marknadsföringslagstiftningen finns i artikel 10 bis Pariskonventionen där det stadgas att alla handlingar som kan framkalla förväxling med en konkurrents företag eller varor skall förbjudas.¹⁰¹ Numera är Marknadsdomstolens praxis vägledande för att utröna generalklausulens räckvidd och tillämplighet.

Man kan för närvarande se en viss tendens av inrättande av olika opinionsnämnder inom näringslivet t ex Varumärkesrådet. Trots att det är ett organ utan sanktionsmöjligheter så väcker dess uttalande ett massmedialt intresse, vilket i sig kan vara ett nog så påtrycksfullt sätt. De flesta näringsidkare vill undvika dålig publicitet då det påverkar deras försäljning och produkter i slutändan. Dessutom finns Marknadsetiska rådet som ett utomrättsligt aktivt organ.

4.2.2 Marknadsetiska rådet

Marknadsetiska rådet (MER), som inrättats av Internationella Handelskammarens Svenska Nationalkommitté (ICC) samt Näringslivets Delegation för marknadsrätt (NDM), har till uppgift att självständigt göra uttalanden om marknadsföringsåtgärd eller annan åtgärd med anknytning till marknadsföring är förenlig med vad som är eller bör anses vara god affärssed.¹⁰² Främst grundas dessa avgörande på ICC:s Grundregler för reklam. En tanke med min kontakt med marknadsetiska rådet var att belysa ett utomrättsligt organs syn på renommésnyltning. Då renommésnyltning oftast innebär en stor ekonomisk skada för näringsidkaren, känns det relevant att utröna vad den s k marknaden anser om saken. Av de fall som MER tar upp för yttrande är det endast ett fåtal som klassificeras som renommésnyltning, främst är det misskrediterande reklam som fallen gäller.¹⁰³

Jag har valt att referera två fall av renommésnyltning, vilka visar att marknadsetiska rådets uttalanden ligger i linje med marknadsdomstolens praxis.

MERs uttalande 4/96:

Fallet handlar om Lotus som marknadsför ett data/fax program- Lotus Notes. Företaget hade en helsidesannons i Dagens Nyheter för Lotus Notes

¹⁰⁰ Prop. 1970:57 s.64.

¹⁰¹ Paris Convention for the Protection of Industrial property of March 20, 1883.

¹⁰² Svensson, C.A; Stenlund, A; Brink, T; Ström, L-E: *Praktisk marknadsrätt* s. 305, Graphic Systems, Stockholm 1996.

¹⁰³ Telefonsamtal med Torsten Brink, jurist på Marknadsetiska rådet den 29 oktober 2002.

som dominerades av en bild av bl a en arm försedd med en Röda Korsbindel.

Röda Korset anser att annonsen profiterar både genom text och bild på ett osmakligt sätt på hjälporganisationen, vilket innebär en otillåten renommésnyltning. Lotus å andra sidan hävdar att man erhållit tillstånd från Internationella Röda Korset. Här går meningarna isär om det erhållna tillståndet givits av behörig person eller ej. Trots förfrågan från MER:s sida inkommer inget svar från Röda Korset i Genève. Därav finner MER ingen anledning till att fälla någon anmärkning mot den påtalade annonsen. Fallet handlade till en början om renommésnyltning men visade sig vara en avtalsrättslig fråga till sist.

MERs uttalande 2/91 Rolex:

Fallet behandlar frågan om en annonsering kan anses vara misskrediterande och innebära renommésnyltning. En marknadsföringsbyrå i Göteborg, Formbyrån, gick ut med en annons som bestod av ett foto på en Rolexklocka samt rubriken *"Är du tillräckligt dum för att köpa en klocka för 22.700:-"*. Detta ansåg Rolex vara ett obehörigt utnyttjande av Rolex namn och goda renommé samt uppfattades som nedsättande och misskrediterande. Formbyrån å andra sidan ansåg att de inte konkurrerar med Rolex så att renommésnyltning därav inte kunde anses föreligga. Rådet uttalar sig att detta saknar betydelse vid bedömningen av om det är fråga om renommésnyltning eller inte. Slutligen anser rådet att förfarandet är att ses som renommésnyltning och att det inte är förenligt med god affärssed.

4.3 Marknadsföring

Marknadens utveckling har medfört att marknadsföring har blivit en allt viktigare del av immaterialrätten.¹⁰⁴ Först i och med industrialismens genombrott ses det moderna varumärket som ett verktyg i marknadsföringen.¹⁰⁵ Nästan all reklam bygger på användandet av varu- och näringskännetecken.¹⁰⁶ Om kännetecknet dessutom har erhållit ett större ekonomiskt värde är det viktigt att bibehålla skyddet ur en konkurrensrättslig aspekt. Med termen marknadsföring avses i juridiska sammanhang *avsättningsfrämjande åtgärder*.¹⁰⁷ Framförallt åsyftas då reklam men även varans förpackning anses fylla ett viktigt reklamsyfte.

4.3.1 Vilseledande efterbildningar

MFL innehåller ett skydd mot vilseledande efterbildning i 8 §.

¹⁰⁴ Kallifatides, J; Levin, M: *Immaterialrättsliga överlappningar* s. 156.

¹⁰⁵ Bernitz, U; Karnell, G; Pehrson, L; Sandgren, C: *Immaterialrätt* s. 121, Minab/Gotab, Stockholm 1983.

¹⁰⁶ Levin, NIR 1994 s. 524.

¹⁰⁷ Bernitz, U: *Svensk marknadsrätt* s. 88.

En näringsidkare får vid marknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller dock inte efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell.

Tanken enligt förarbetena¹⁰⁸ var att hindra vilseledande efterbildningar angående dess kommersiella ursprung. Även om det inte klart framgår av paragrafens ordalydelse, tar den främst utgångspunkt i rena varu- och förpackningsutstyrlar.¹⁰⁹ Det råder en efterbildningsfrihet så länge den inte överskrider gränsen mot ineffektiv eller illojal konkurrens. De kriterier som skall vara uppfyllda för att vilseledande efterbildning ska föreligga är följande:¹¹⁰

1. att originalet har särprägel d v s att utformningen har en särskiljande funktion (ändamålet med produktens utseende är att estetiskt kunna skilja den från andra produkter.)
2. att originalet är känt på marknaden så att det förknippas med en viss näringsidkare d v s med ett visst kommersiellt ursprung.
3. att fara för förväxling föreligger. Vid bedömning av risken för förväxlingsrisk är helhetsintrycket som förpackningarna ger avgörande. Förväxlingsrisk föreligger om förpackningarna skapar samma bestående minnesbild hos konsumenten.

Immaterialrättens ensamkonstruktion täcker inte alla situationer som hotar ett varumärke. Praxis har visat att t ex vilseledande efterbildningar inte med framgång kunnat hindras med de immaterialrättsliga lagarna. Bernitz anser att det kompletterande skydd som marknadsföringslagen erbjuder till varumärkeslagen fyller ett viktigt behov.¹¹¹ Marknadsdomstolen tycks vara beredd att ge mycket väl inarbetade förpackningar och utstyrlar skydd även mot ganska måttliga förväxlingsrisker.¹¹²

T ex uttalade sig marknadsdomstolen i **MD 1995:10 Knorr-fallet**: Man ansåg att förpackningarna skapade väsentligen samma minnesbild hos konsumenten. Domstolen påtalade också att ”*vid självbetjäning spelar produktbenämningen mindre roll för identifikationen än helhetsintrycket vid ett flyktigt påseende*”.

Detta mycket viktiga rekvisit vid bedömning av om förväxlingsrisk skall anses föreligga, anser jag återkommer i flera av Marknadsdomstolen avgörande. Vilket är betydelsefullt med tanke på att större delen av handeln

¹⁰⁸ Prop. 1994/95:123 s. 167.

¹⁰⁹ Nordell, *Festskrift till Bernitz*, s. 117.

¹¹⁰ Svensson, C.A; Stenlund, A; Brink, T; Ström, L-E: *Praktisk marknadsrätt* s. 194 ff, Graphic Systems, Stockholm 1996.

¹¹¹ Bernitz, U: *Marknadsföringslagen* s. 58.

¹¹² Svensson, C.A; Stenlund, A; Brink, T; Ström, L-E: *Praktisk marknadsrätt* s. 200, Graphic Systems, Stockholm 1996.

sker inom detaljhandeln ofta i kombination av tidspress. Att det görs en helhetsbedömning inom praxis som även väger in andra viktiga aspekter, måste ses som betryggande för känneteckensinnehavarna.

4.3.2 Jämförande reklam

Utvecklingen i de kontinentaleuropeiska ländernas syn på tillåtligheten av jämförande reklam hänger nära samman med de förändringar som skett i utformningen av ICC:s regler för reklam.¹¹³ Detta beror till stor del på den allmänna samhällsutvecklingen, vilken alltmer återspeglar ett angloamerikanskt synsätt. Jämförelser i reklam med andra näringsidkares produkter är tillåtet till viss mån, då det anses vara konkurrensfrämjande samt att det har en konsumentupplysande funktion. Dock krävs det att jämförelsen är korrekt och väsentlig.

Det ställs höga krav på vederhäftighet vilket har framkommit i flera fall i marknadsdomstolen.¹¹⁴ I realiteten innebär ofta jämförande reklam ett inslag av renommésnyltning och misskreditering av konkurrenten. Denna nackdel med jämförande reklam är en mycket uppmärksam fråga inom de kontinentaleuropeiska länderna. *"Man menar att vad som framstår som jämförande reklam många gånger inte tillkommer i ett egentligt jämförelsesyfte utan huvudsakligen utnyttjas som ett medel för att ställa den egna produkten i en fördelaktig relation till ett mera känt märke och dra nytta av det senares image."*¹¹⁵

I och med införandet av marknadsföringslagens 8 a § p.7 har renommésnyltning vid jämförande reklam blivit direktsanktionerad. Detta gäller dock inte rent generellt vid renommésnyltning.

4.4 Praxis

Det finns en rätt omfattande praxis från marknadsdomstolen som behandlar vilseledande om kommersiellt ursprung, renommésnyltning och liknande former av otillbörlig marknadsföring. Fallen har främst rört efterbildning av ett visst kännetecken eller av en särpräglad förpackning.

Marknadsdomstolens praxis visar på en ökad beredvillighet att ingripa mot renommésnyltning. Bernitz anser att näringsidkare som marknadsför en efterbildning skall vara skyldiga att i konsumenternas och andra näringsidkares intresse söka undvika nära till hands liggande risker för vilseledande förväxling mellan produkterna. *"Denna princip synes också ha tillämpats i marknadsdomstolens förhållandervis stränga praxis under senare år angående förpackningsefterbildningar även om principen inte uttryckligen uttalats av domstolen:"*¹¹⁶

¹¹³ Bernitz, NIR 1998 s. 186.

¹¹⁴ Svenson, C.A; Stenlund A; Brink, T; Ström, L-E: *Praktisk marknadsrätt* s. 80. Graphic Systems, Stockholm 1996.

¹¹⁵ Bernitz, NIR 1998 s. 198.

¹¹⁶ Bernitz, Juridisk Tidskrift 1993/94 s. 544.

Det första avgörandet från Marknadsdomstolen där renommésnyltning förbjöds som en självständig form av otillbörlig marknadsföring var följande:

MD 1987:10 PRE-GLANDIN:

Det var företaget Naturmedica som i sin marknadsföring av hälsokostpreparatet MAXGLANDIN anknöt på Cederrothts välkända preparat PRE-GLANDIN. MD ansåg att man utnyttjade Cederrothts goda renommé för att skapa en förmånlig bild av MAXGLANDIN hos konsumenterna.

Bossfallet kan ses som ett vägbrytande avgörande, där marknadsföringslagen träder in som ett komplement till varumärkeslagen.

MD 1993:9 Boss:

I detta fallet ansåg Marknadsdomstolen att ett försäkringsbolag i annonsering otillbörligt utnyttjat den goda renommé som tillhörde kännetecknet Boss. Försäkringsbolaget skulle lansera en ny typ av försäkringstjänst (Boss) som speciellt riktade sig till affärsmän. Därav använde man sig av kännetecknet Boss för att ge en fördelaktig bild av tjänsten, dessutom valde man att annonsera i Veckans Affärer mm vilket ansågs vara riktat till samma målgrupp.

Ett fall som behandlar vilseledande efterbildning av förpackningsutstyrsel är:

MD 1996:3 Partyman:

Ett företag har vid marknadsföring av liköressens använt uttrycket LIQUORE GALANTO, ordet GALLIANO samt en etikett som har vissa likheter med en för likören Galliano använd etikett. Marknadsföringen har inte ansetts innebära vilseledande om kommersiellt ursprung, då det inte utretts att förväxlingsrisk föreligger. Däremot har den befunnits innebära renommésnyltning.

Målen synes markera en ökad beredvillighet från Marknadsdomstolens sida till en mer aktiv tillämpning av renommésnyltning som självständig typ av otillbörlig marknadsföring.¹¹⁷

MD 1999:21 Robinson Chips:

Fallet handlar om ett TV-bolags ensamrätt till namnet Robinson. Under hösten 1997 sände Sveriges Television programmet Expedition Robinson, vilket väckte stor uppmärksamhet i massmedia. Man förhandlade med OLW om ett eventuellt samarbete men det ledde inte till något konkret avtalsförhållande. En kort tid därefter lanserade OLW en ny produkt på marknaden de s k Robinson Chipsen. SVT hävdade att OLW snyltade på deras goda renommé genom att i marknadsföringen anspela och syfta på

¹¹⁷ Bernitz, NIR 1996 s. 132.

SVT och Robinson. Dessutom ansåg SVT att det förelåg ett vilseledande av konsumenter, därför att man kunde anta att det var SVT som låg bakom lanseringen av chipsen *"Det finns en tydlig koppling mellan snacks och lördagsunderhållning"*.

OLW å andra sidan hävdar att man inte utnyttjat något som är skyddat för SVT utan bara använt *"en gammal romanfigur"*.

Marknadsdomstolen ansåg att det otillbörliga i detta fallet bestod i att "den snyltande" till sin ekonomiska fördel utnyttjat det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenterna vilken skapats genom insatser av den andre näringsidkaren. Sålunda ansåg man att det var fråga om renommésnyltning i en vidare mening än vad som brukar avses med begreppet. Detta betyder emellertid inte att det bör vara tillåtet för utomstående att fritt utnyttja det uppmärksamhetsvärde som SVT skapat genom TV-programmet. Domstolen ansåg härmed att renommésnyltning förelåg gällande marknadsföringen.

Nordell har delvis kritiserat utgången av rättsfallet och menar att begreppet renommésnyltning har fått en ny innebörd. Då man traditionellt sett talar om renommésnyltning så har det förutsatts att den som det snyltas på har ett högre goodwillvärde än den som snyltar. I det här fallet anser Nordell att ingendera av parterna kan anses ha ett högre goodwillvärde än den andre.¹¹⁸ *"Nu har MD för första gången tagit tag i renommésnyltning som egen och bärande otillbörlighetsgrund."*¹¹⁹

Rättsfallet kan jämföras med **MD 1985:11 Marlboro**. Vid marknadsföring av kondomer hade Nils Adamsson använt sig av förpackningar som liknade Marlboro förpackningen. MD ansåg att det kan anses otillbörligt att i reklam utnyttja någon annans renommé. Dock kommer man till den slutsatsen att de bägge produkterna måste anses vara mycket välkända, vilket anses vara avgörande för bedömning av om renommésnyltning föreligger eller ej. Min personliga åsikt är att ett varumärke mycket väl kan snylta på ett annat varumärke trots att bägge produkterna får anses vara likvärdiga i anseende och välkändhet. Det finns inget logiskt i resonemanget att "snyltningen" skulle anses vara ursäktlig på grund av att bägge varumärkena är lika välkända. Vad skulle i så fall anses vara skäl för att acceptera ett sådant agerande? Artikel 4.4a i varumärkesdirektivet¹²⁰ innehåller rekvisitet *"without due cause"*, vilket innebär ett undantag från ensamrätten i fall där någon har *skälig anledning* av att använda ett äldre märke. Detta infördes inte i den svenska varumärkeslagen, rekvisitet ansågs kunna undvaras med tanke på att den danska varemärkesloven inte innehöll något uttryckligt undantag från ensamrätten.

Även Bernitz tycks vara av den åsikten att den påtalade marknadsföringen av Robinsonchips anknyter till SVT:s synnerligen välkända program på ett

¹¹⁸ Nordell, *Festskrift till Ulf Bernitz*, s 116.

¹¹⁹ Nordell, *Juridisk tidskrift 1999-2000* s.656.

¹²⁰ Dir 89/104/EEG.

sådant sätt att den därmed innebär såväl renommésnyltning som vilseledande marknadsföring.¹²¹

MD 2000:25 Hästensruta:

I detta fallet ansåg Hästens sängar att Skeidar Möbler & Interiör dragit fördel av det kommersiella anseende Hästen har, genom att använda ett snarlikt rutmönster på sina sängar. Marknadsundersökningar påvisade att 80 % av allmänheten uppfattade Hästensrutan som ett varumärke. Marknadsdomstolen konstaterade att det inte förelåg någon risk för vilseledande om kommersiellt ursprung, då det handlar om relativt dyra sällanköpsvaror. Dock inbjuder det liknande rutmönstret till en jämförelse av Hästensruta. En förutsättning för att ett förfarande skall kunna innebära renommésnyltning och därmed vara otillbörligt, är att det som utnyttjas är känt på marknaden så att det förknippas med en annan näringsidkares verksamhet. Skeidars marknadsföring av sängar med ett likartat rutmönster har en stark anknytning till Hästens rutmönster och associerar till detta. Skeidars marknadsföring ansågs därför utgöra renommésnyltning.

Båda dessa avgöranden, Robinson och Hästens visar att inget vilseledande förutsatts för att renommésnyltning skall anses föreligga.

Ytterligare ett mål gällande Hästens rutiga mönster refereras nedan. Kan man dra en slutsats av att Hästens intensiva marknadsföringskampanjer och att omsättningen under åren 1987 till 2000 har ökat från 13,6 miljoner kronor till 200 miljoner kronor, är en bidragande orsak till att Hästen utsatts för renommésnyltning vid ett flertal tillfällen? Säkert är det att framgångsrika och välexponerade kännetecken riskerar att utsättas för flera snyltningsförsök än sina mindre framgångsrika konkurrenter.

MD 2002:24 Hästensruta:

Hästens sängar anser att möbelgrossisten, NMG bedriver en aktiv snyltning mot bolaget. NMG fungerar som återförsäljare till flera möbeltillverkare bl a med blåvitrutiga sängar. Bolaget har inte någon fast affärslokal utan bedriver en ambulerande försäljning på olika ställen i landet, vilket innebär att man annonserar och bedriver försäljning i en temporär lokal. NMG:s sängar försäljs under sådana former som förekommer vid s k *counterfeiting*. Beteendet är känt från immaterialrätten där kända varumärken eller upphovsrättsliga verk utnyttjas för försäljning av billigare kopior. Eftersom bolaget dessutom annonserar i dagspressen blir skadorna desto mer omfattande. Domstolen anser att sängarnas rutmönster starkt associerar till Hästens rutmönster och därigenom utnyttjar NMG kommersiellt ett uppmärksamhetsvärde som Hästen uppnått hos konsumenterna. Bolagets marknadsföring bedöms härmed utgöra renommésnyltning.

¹²¹ Enligt rättsutlåtande givet av professor Ulf Bernitz i föreliggande rättsfall (NJA 1999:21).

MD 2001:26 Alcro-Beckers AB:

Fallet gäller marknadsföring av målarfärg. Alcro-Beckers har i sin marknadsföring använt sig uttryck som "Nya Rödfärg Special", "Falurött för alla". Detta anser Stora Kopparbergs Bergslags, vilka saluför Falu Rödfärg är renommésnyltning och otillbörlig marknadsföring enligt 4 § MFL. Alcro å andra sidan ifrågasätter om varumärket Falu Rödfärg har tillräcklig särskiljningsförmåga för att renommésnyltning överhuvudtaget skall vara möjlig. Dessutom anser Alcro att de anknyter till en allmän företeelse som "den svenska seden med rödmålade hus" och att det innebär ett fritt associationsskapande. Domstolen konstaterar att renommésnyltning innebär ett utnyttjande av uppbyggt värde, vilket innebär skada för den utnyttjade och en försämring av konsumenternas marknadsöverblick. Gällande rekvisitet "vara känt på marknaden", konstaterar man att varumärket Falu Rödfärg åtnjuter ett mycket gott anseende och är välkänt bland allmänheten. MD anser att det måste vara godtagbart att använda beteckningen "faluröd" för att ange en kulör men att de aktuella formuleringarna går klart över dessa ramar och associerar så nära till Falu Rödfärg att de får anses utnyttja dess goda anseende på ett sätt som utgör renommésnyltning.

MD 2002:20. Arla.

Arla Foods förbjuds av Marknadsdomstolen att sälja yoghurt som benämns med champagnesmak. Yoggi Champagne släpptes på marknaden 1999 och marknadsfördes som yoghurt med stil. *"Doftar och smakar champagne och passar utmärkt på frukostbordet"*. Dessa marknadsföringsåtgärder fick champagnefirmorna att anmäla Arla till marknadsdomstolen, där dom fallit på att Arlas agerande är att betraktas som renommésnyltning. Arlas marknadsföring av yoghurt med champagnesmak associerar till det av de franska champagneproducenterna och champagneföretagen inarbetade varukännetecknet champagne. Arla har därmed utnyttjat den speciella goodwill och den nimbus som anknyter till champagne. MD påtalar i sina domskäl att champagne åtnjuter ett särskilt högt renommé och har ett synnerligen högt uppmärksamhetsvärde, så vid bedömningen härvid bör man se till helhetsbilden av marknadsföringen (liksom i Robinsonfallet MD 1999:21). Mot bakgrund av det anförda anser MD att det föreligger ett tydligt fall av medveten renommésnyltning. Domstolen påtalar att gällande punkten jämförande reklam är MFL 8 a §, inte tillämplig då yoghurt och champagne inte är konkurrerande produkter.

5 Marknaden styr

Inledningsvis ges en kort beskrivning av utvecklingen inom området. Såväl varumärkesstrategins som konkurrensrättens betydelse belyses och diskuteras. Vidare diskuteras inrättandet av Varumärkesrådet.

*”Goodwill is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of the good name, reputation, and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom. It is the one thing which distinguishes an old established business from a new business at its first start.”*¹²²

5.1 Utvecklingen

Sedan varumärkeslagen infördes har utvecklingen inom handel och näringsliv karakteriseras av en ökande globalisering samt en ökande koncentration inom producent- och distributionsledet.¹²³

5.2 Varumärkesstrategi

Varumärkesstrategi innebär att man ska definiera företagets ”grundtanke” och förvalta, förmedla, utveckla denna så att avkastningen ökar.¹²⁴ För ett företag som har ett värdefullt varumärke kan det löna sig att utvidga till nya marknader och varuslag s k *brand extension*. Detta innebär ofta att lönsamheten ökar men det föreligger vissa risker med expansionen bl a risk för urvattning. Företaget kan välja en annan men säkrare väg för marknadsutvidgning, genom licensavtal låter man ett annat företag tillverka och sälja produkten. Coca-Cola är ett lysande exempel på en framgångsrik licensiering, där drycken smakar likadant världen över.

Etablering av en ny produkt kräver omfattande marknadsföringsåtgärder och välkända varumärken ses ofta som ett etableringshinder. Detta innebär att vid introduktion av en ny produkt är det både tids- och kostnadsbesparande att utnyttja ett redan etablerat varumärke. Tillvägagångssättet kan dels vara genom uppköp av varumärket eller företaget, dels genom att ”snylta” på det redan kända märkets goodwill. Detta innebär att det redan etablerade företaget också måste öka sina marknadsföringsåtgärder för att inte hamna bak efter. Ett exempel som kan nämnas är att Procter & Gambles reklamkampanj för dambindan Always innebar en fördubbling av de totala

¹²² Bieniaszewski Sandberg, A: *Goodwillskyddet enligt svensk immaterialrätt och marknadsrätt* s. 7, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt, Juristförlaget, Stockholm 1994.

¹²³ SOU 2001: 26 s. 141.

¹²⁴ Levin, M; Wessman, R: *Varumärkesrättens grunder* s. 25. Gotab, Stockholm 1996.

marknadsföringskostnaderna för dambindor i Tyskland.¹²⁵ Ökningen berodde till stor del på att andra företag ökade sina reklaminsatser för att försvara sina marknadsandelar. Procter & Gamble har fler forskare anställda än Harvard, Berkeley och MIT har gemensamt för att kunna följa med i den allt snabbare produktlanseringen.¹²⁶

Många av dagens framgångsrika företag som Coca-Cola, Nestlé med flera grundades redan i slutet på 1800-talet. Melin anser att en starkt bidragande orsak till företagets framgång har varit att de tidigt uppmärksammade varumärkets betydelse som konkurrensmedel.¹²⁷ Den ökande medvetenheten hos känneteckensinnehavarna om ensamrättens värdefulla betydelse, har medfört att varumärkesstrategier blivit ytterst väsentliga för företagets agerande.¹²⁸

5.3 Konkurrensrätten

Konkurrensrätten är uppbyggd för att förhindra konkurrensbegränsningar på marknaden så att det ekonomiska systemet skall fungera effektivt.¹²⁹ Syftet är att främja önskvärd konkurrens. Belysande är departementschefens uttalande i förarbetet till konkurrenslagen:

*”Verksamheten syftar icke till den klassiska nationalekonomiska teorins fria konkurrens utan till den ur samhällets synpunkt mest effektiva konkurrensen, d v s en konkurrens som driver utvecklingen i den riktning, som på längre sikt kan förmodas innebära det bästa utnyttjandet av samhällets resurser. Vissa begränsningar av konkurrensen är otvivelaktigt icke blott godtagbara utan förmånliga och rent av nödvändiga ur samhällets synpunkt”.*¹³⁰

I flera kontinentaleuropeiska länder (bl a Frankrike och Tyskland) samt våra nordiska grannländer, Danmark och Norge finns det lagregler mot otillbörlig konkurrens. Dessa utgör ett viktigt komplement till den immaterialrättsliga lagstiftningen. I Sverige saknas ett skyddsnät mot snyltning och goodwillutnyttjande i lagstiftningen mot illojal konkurrens. Detta beror på att man traditionellt sett i Sverige har en motvilja mot att erkänna efterbildning som en form av otillbörlig konkurrensåtgärd. Till skillnad från Danmark, Norge och övriga kontinental europeiska länder, anser man att immaterialrätten är en ensamlagstiftning. Levin anser att detta ökar behovet av ett separat goodwillskydd inom varumärkesrätten.¹³¹ Bernitz med flera anser att Sverige har närmat sig det allmäneuropeiska rättsläget genom

¹²⁵ SOU 2001:26 s. 142.

¹²⁶ Nordström, K.A; Ridderstråle, J: *Funky Business- talang får kapitalet att dansa* s. 77, Elanders Graphic Systems, Stockholm 1999.

¹²⁷ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 251.

¹²⁸ Nordell, NIR 2002 s. 103.

¹²⁹ Bernitz, U: *Den svenska konkurrenslagen* s. 16, Norstedts Tryckeri, Stockholm 1996.

¹³⁰ Bernitz, U: *Svensk marknadsrätt* s. 33, Marknadsrättsförlaget AB, Stockholm 1991.

¹³¹ Levin, M: *Noveller i varumärkesrätt* s. 103, Gotab, Stockholm 1990.

införandet av marknadsföringslagens 8 §.¹³² Denna paragraf anses ha en särskild anknytning till immaterialrätten, då den innebär ett skydd mot vilseledande efterbildningar. Detta har sin grund i att en vidareutveckling av marknadsdomstolens praxis inneburit att skyddet för förväxlingsbara efterbildningar har ökat.

Eftersom det föreligger en brist på lagstiftning mot otillbörlig konkurrens i form av efterbildningar, föreslår Levin att en informationsplikt skulle krävas för att undvika ursprungsförväxlingsrisken. Därmed skulle med stor sannolikhet merparten av snyltande utstyrselar försvinna, då attraktionen i att efterlikna annans utstyrsel inte ligger i dess praktiska egenskaper utan i dess faktiska känneteckensfunktion på marknaden. Dock skulle problemet med urvattning kvarstå.¹³³

Det finns två huvudprinciper för utformning av lagstiftning mot konkurrensbegränsning, förbudsprincipen och missbruksprincipen. Förbudsprincipen innebär att lagen förbjuder konkurrensbegränsande avtal. Missbruksprincipen å andra sidan innebär att lagstiftningen kan ingripa mot skadliga konkurrensbegränsningar i enskilda fall. Svensk rätt är främst uppbyggd på missbruksprincipen.

Ett starkt och flexibelt skydd för varukännetecken är av stor betydelse för en effektiv konkurrens. Då det är kännetecknets ekonomiska värde d v s gjorda marknadsinvesteringar som skyddas, faller det sig naturligt att väl ansedda kännetecken tillerkänns ett större skydd än andra märken.¹³⁴ Man bör utgå från konsumenternas helhetsbilder och *”beakta att välkända kännetecken med mera har en igenkännande kvalitet som lätt frestas till ett från konsument- och konkurrenssynpunkt illojalt utnyttjande”*.¹³⁵

5.4 Inom detaljhandeln

I dagsläget är konkurrensen mycket hårdare inom livsmedelsbranschen än i början på 1990-talet. Det finns flera bidragande orsaker till detta bl a har konkurrensen från detaljisternas egna märkesprodukter ökat samt att rivaliteten mellan de redan etablerade livsmedelsföretagen har ökat.¹³⁶ Lanseringen av livsmedelsprodukter har ökat från 2700 stycken 1981 till runt 20 000 1996.¹³⁷

¹³² Bernitz, U; Karnell, G; Pehrson, L.; Sandgren, C: *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 247, Elanders Gotab AB, Stockholm 2001.

¹³³ Levin, M: *Noveller i varumärkesrätt* s. 185.

¹³⁴ SOU 2001: 26 s. 265.

¹³⁵ Bernitz, Juridisk tidskrift 1993/94 s. 545.

¹³⁶ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 252 ff.

¹³⁷ Nordström, K.A; Ridderstråle, J: *Funky Business- talang får kapitalet att dansa* s. 77, Elanders Graphic Systems, Stockholm 1999.

I Sverige domineras dagligvaruhandeln av framförallt tre aktörer. Ica, Coop och Axfood som kontrollerar mer än 90 procent av marknaden. Av denna procentsats står Ica för cirka hälften, vilket ger Ica ett betydelsefullt inflytande. Ingen har väl kunnat undgå att uppmärksamma den massiva reklam satsning man genomfört framförallt genom TV-reklam. Att den svenska marknaden domineras av tre stora block innebär att det är svårt för konkurrenter och lågprishandel att slå sig in på marknaden. De svenska konsumentpriserna ligger runt 20 procent högre än i övriga EU-länder. Detta beror på flera orsaker bl a löner och skatter, stora avstånd men framförallt handlar det om bristande konkurrens.¹³⁸ Ett annat hinder är plan- och bygglagen (PBL) som kommunerna kan använda sig av för att styra var stormarknader och lågprisvaruhus ska få etablera sig. En sådan etablering innebär en press för de redan etablerade företagen, vilket i slutändan gynnar konsumenterna. Regeringen har fattat beslut om att PBL ska ses över, i direktiven betonas just frågan om att konkurrensen skall tillmätas större vikt.

En alltmer framväxande tendens till *store brands* kan skönjas d v s att butikskedjorna säljer flera olika produkter under sitt eget varumärke. Det finns flera skäl till kedjornas strategier. Marginalerna är mycket högre på egna märkesvaror och dessutom stärker butikerna sitt eget varumärke.¹³⁹ I dag ligger försäljningen av egna märkesvaror på cirka 10 procent av dagligvaruhandelns totala omsättning och det spekuleras om en kraftig ökning de närmaste åren.¹⁴⁰ Målet för många är att för varje produktkategori endast ha två *national brands* d v s produkter med producentens eget varumärke (ex. Gevalia och Zoega) och ett *own brand* d v s butikskedjans eget varumärke (ex. Ica). Ett internationellt fenomen, som hittills endast fått ett begränsat genomslag i Sverige, är att *own labels* ofta utformas för att likna den ledande produkten på marknaden, t ex genom att förpackningen ges en liknande utformning.¹⁴¹ I marknadsföringslagen ges möjlighet att ingripa mot s k *look-alikes* men kravet på att förväxlingsrisk föreligger har i praxis satts ganska högt. Detta får i vissa fall anses vara något positivt eftersom det annars föreligger en risk för uppkommen monopolsituation på marknaden, vilket inte alltid är eftersträvänsvärt.

Utvecklingen med den fortgående koncentrationen inom näringslivet och vad det kan få för verkan ur konkurrenssynpunkt oroar både Sverige och flera andra länder alltmer.¹⁴² I USA har Federal Trade Commission (FTC) försökt att begränsa användningen av välkända varumärken som uppnått en alltför dominerande marknadsposition. Man betraktar dessa som en

¹³⁸ Sydsvenskan 2002-11-06.

¹³⁹ Näringsliv, Svenska Dagbladet 2002-07-12.

¹⁴⁰ Gustav Carping, forskare vid Jönköpings handelshögskola uttalar sig i Näringsliv den 12 juli 2002 att svenska matbutiker om några år kommer att likna dem i Storbritannien, med cirka 40 procent egna märkesvaror.

¹⁴¹ SOU 2001:26 s. 145.

¹⁴² Bernitz, U: *Svensk marknadsrätt* s. 31. Marknadsrättsförlaget AB, Stockholm 1991.

konkurrensbegränsande faktor, eftersom då varumärkena är starkt etablerade kan de begära ett förhållandevis högt pris jämfört med likvärdiga produkter.¹⁴³

Som konkurrensmedel föreligger en stark koppling mellan varumärkets värdering och varumärkets styrka. Tillkomsten av ny konkurrens på en marknad är att föredra och välkomnas särskilt av konsumenterna. Dock bör detta inte ursäktas ett *”förväxlingsbart utnyttjande av kända, icke funktionella marknadsföringsinslag som många konsumenter förbinder med ett visst företag”*.¹⁴⁴

I framtiden kommer märkeskännedom att bli allt viktigare som en följd av en allt mer intensifierad konkurrens. Detta med tanke på att konsumenternas spontana erinran i genomsnitt är begränsad till tre eller fyra varumärken per produktkategori.¹⁴⁵ Därav är förpackningen ur märkesinnehavarens perspektiv viktig då den utgör produktens ansikte utåt.

¹⁴³ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 105.

¹⁴⁴ Bernitz, Juridisk tidskrift 1993/94 s. 545.

¹⁴⁵ Melin, F: *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel* s. 169.

5.5 Varumärkesrådet

Initiativet till att bilda Varumärkesrådet kommer från Dagligvaruleverantörers Förbund (DLF) d v s leverantörernas egna branschorganisation. Syftet med rådet är att bidra till en hög etisk standard och att motverka plagiat av produkter och produktdesign. Rådet tar självmant upp olika fall för granskning.

Konkurrensen på livsmedelsmarknaden är hård, då marknaden domineras av en mängd olika varumärken varav några är ytterst etablerade. Detta innebär att stora ekonomiska insatser krävs av en part som önskar nå framgång där. Utveckling av ett varumärke, marknadsföring och etablering av produkten är både tidskrävande och kostsam. Det finns olika sätt att kringgå detta bl a kan man välja att ”snylta” på en välkänd produkt på marknaden för att på så sätt kapa åt sig marknadsandelar. Dagligvaruhandeln präglas framförallt av snabba köpimpulser, så risken för att förväxling kan uppstå är mycket stor. Fallet med Gevalias mycket välkända kaffeförpackning kontra Ica och Coops röda efterföljare är belysande på den problematik som kan uppstå. Dagligvaruleverantörernas varumärkesråd med Jan Rosén i spetsen har tydligt uttalat sig om att det rör sig om renommésnyltning och att företagen förlorar stora belopp på det. Vidare menar Rosén att varumärken blir allt mer betydelsefulla och att livsmedelshandeln är oerhört varumärkestät, vilket innebär att det är extra viktigt att veta vems kännetecken det är.

Varumärkesrådet fällde Ica och Coop för plagiering av kända varumärken i april 2002, men varorna finns fortfarande tillgängliga i butikerna mer än ett halvt år senare. En anledning till detta är säkert att Varumärkesrådet inte kan tvinga handeln att följa de beslut som fattas och den eftersträvarsvärda effekt man vill uppnå uteblir. Följande uttalande av en inköpsdirektör på Ica talar sitt tydliga språk: *”Röd är en signalfärg för bryggkaffe, vi tänker inte ändra förpackningen”*.¹⁴⁶

Det är helt uppenbart ett allvarligt problem med att leverantörer inte vågar vidta åtgärder mot sina kunder vid renommésnyltning. I nio fall av tio väljer varumärkesleverantören att inte driva ärendet vidare.¹⁴⁷ Detta måste anses anmärkningsvärt. Att livsmedelsmarknaden domineras av ett oligopol innebär att en beroendeställning växer fram, vilket inte kan ses som något gynnsamt på en väl fungerande marknad. Jag anser att underlåtenhet att beivra renommésnyltning och andra dominerande förhållanden kommer att leda till att konkurrensen på marknaden hotas.

Beslut nr 1:2002

Fallet behandlar frågan om det föreligger förväxlingsbar eller otillbörlig efterbildning av Gevalias Brygg kaffe från Ica Mellanrost eller Signum Bryggmalet. Fördelat på marknadsandelar har Gevalia ca 40 procent på den

¹⁴⁶ Näringsliv, Svenska Dagbladet 2002-07-12.

¹⁴⁷ Telefonsamtal med Mathias Dittrich, marknadsdirektör på DLF den 3 juni 2002.

svenska kaffemarknaden, emedan både Ica och KF ligger på mellan 4 och 5 procent. Rådet anser att Gevalias förpackning som helhet uppvisar en viss särprägel. Någon klar förväxlingsrisk mellan förekommande kännetecken hos de ifrågavarande förpackningarna kan Rådet således inte uppfatta. Dock menar man att det rör sig om dagligvaror som exponeras i butiksmiljö där särskilda svårigheter uppkommer för konsumenterna att särskilja de olika produkterna. Rådet konstaterar att det rör sig om medvetna efterbildningar av Gevalias förpackning då den uppnått anseelig renommé på marknaden. Detta förfarande är inte acceptabelt enligt marknadsföringslagens regler om god marknadsföringssed. Rådet framhåller vikten av att upprätthålla varuförpackningars särskiljande kvalitéer och att motverka urvattning av såväl varumärkesvärden som goodwillvärden. Slutligen anser man att sådan närgången efterbildning som förevarande måste anses vara oacceptabelt.

Beslut nr 2:2002

GB producerar en glasstårta som marknadsförs under varumärket Vienetta, frågan är om Icas marknadsföring av glasstårtan Glassdröm Vanilj är förväxlingsbar eller utgör otillbörlig efterbildning av Vienetta.

Rådet konstaterar att produkterna är i stort sett identiska, de ser likadana ut och väger t o m lika mycket. Vienetta har ett särpräglat utseende, har marknadsförts under femton år och uppvisat en anseelig framgång. GB har investerat stora belopp i produkten (jfr med EG-domstolens uttalande i Chevyfallet) och Vienetta får anses ha uppnått en betydande renommé hos konsumenterna. Rådet finner att Icas marknadsföring av Glassdröm utgör renommésnyltning och bör anses otillbörligt enligt generalklausulen i 4 § MFL. Dessutom anser man att det föreligger en betydande risk för förväxling mellan produkterna. Glassdröm strider mot MFL genom att vara en efterbildning av Vienetta och därmed vilseleder om sitt kommersiella ursprung.

Analys och slutsats

Under uppsatsens skrivande har jag främst försökt att besvara nedan frågeställningar. Övriga kommentarer och åsikter redovisas i den löpande texten.

Ger den svenska lagstiftningen ett fullgott skydd mot renommésnyltning?

Ger den svenska lagstiftningen ett fullgott skydd mot renommésnyltning? Som lagen ser ut idag kan renommésnyltning utgöra både varumärkesintrång och otillbörlig marknadsföring, beroende på omständigheterna. Framförallt föreligger en överlappning mellan marknadsföringslagen och varumärkeslagen gällande renommésnyltning, efterbildning och vilseledande kännetecken i reklam. Det finns inget uttryckligt lagrum mot renommésnyltning, vilket leder till att praxis får en framträdande och viktig roll i tolkningen av begreppet renommésnyltning som otillbörlighetsgrund. Granskar man Marknadsdomstolens avgörande, som dömande instans framkommer det att under åren 1975 fram till 1999 (med Robinsonavgörandet som markerade ett nytt synsätt) finns det bara ett par avgöranden där man dömt uteslutande på otillbörlighetsgrunden renommésnyltning. Förändringens vindar tycks dock blåsa här - hela 20 procent av Marknadsdomstolens avgöranden under 2002 är baserade på renommésnyltning. Detta innebär helt klart att Marknadsdomstolen har markerat ett tydligt avståndstagande mot renommésnyltning vilket är efterlängtat av majoriteten inom näringslivet. Den allmänna uppfattningen inom näringslivet har länge varit den att renommésnyltning är en självständig typ av otillbörlig konkurrens riktad mot näringsidkare. Marknadsdomstolens uttalanden om att en helhetssyn är viktig vid bedömning av om förväxlingsrisk skall anses föreligga måste anses som betryggande för varumärkesinnehavaren, särskilt då handeln alltmer präglas av en tidspress vilket innebär att även smärre ”snyltningsförsök” kan beivras.

Skyddsomfånget för väl ansedda varumärken har ökat i och med varumärkeslagens 6 § 2 stycke. Dock anser jag att det föreligger en viss grad av tveksamhet kring användandet och tolkningen utav begreppet renommésnyltning. Den praxis som finns från Högsta domstolen visar en påfallande motvilja mot att använda renommésnyltning som begrepp vid en intrångstalan. Däremot tycks man i underinstanserna vara mer beredvilliga att tolka vissa förfaranden som renommésnyltning. Snyltningsrisken intensifieras då varumärket tenderar att bli en allt mer värdefull tillgång för företagen. Det är oerhört viktigt att åtgärder mot olika snyltningsbeteenden finns att tillgå för att ett varumärke skall kunna byggas upp och bevaras som en tillgång för företaget. Marknadens utveckling har medfört att marknadsföring har blivit en allt viktigare del av

immaterialrätten och tydliga riktlinjer bör finnas mot ”snyltning” i alla former. *”Utvecklingen talar för att allt fler varukännetecken kommer att behöva ett förstärkt skydd mot otillbörligt utnyttjande”.*¹⁴⁸

Kan renommésnyltning i förlängningen ses som ett hot mot konkurrensen?

Eftersom välkända varumärke anses vara ett av företagens viktigaste konkurrensmedel är det mycket viktigt med ett fullgott skydd mot renommésnyltning. Underlåter man att beivra förfarandet kan det leda till en minskad konkurrens på marknaden, vilket medför negativa konsekvenser för konsumenterna. Utvecklingen med den fortgående koncentrationen inom näringslivet och vad det kan få för verkan ur konkurrenssynpunkt oroar både Sverige och flera andra länder alltmer. I Sverige domineras dagligvaruhandeln av framförallt tre aktörer som kontrollerar mer än 90 procent av marknaden. Detta är helt klart ett mycket stort problem, eftersom det leder till att ett beroendeförhållande utvecklas mellan leverantören och kunden, vilket helt naturligt avskräcker många näringsidkare från att vidta åtgärder mot ett snyltningsförfarande. Tillåter man stora aktörer att helt nonchalant plagiera varumärken utan att förfarandet beivras är utvecklingen på väg mot helt fel håll. Detta kan orsaka allvarliga störningar på en väl fungerande marknad. Om inte ett fullgott skydd mot renommésnyltning föreligger kan det fungera som ett avskräckande skäl från att välja att etablera företag i Sverige, vilket ytterligare kan ha en effekt på konkurrenssituationen. Jag anser helt klart att renommésnyltning bör beaktas och beivras för i annat fall kan det innebära ett hot mot konkurrensen på marknaden.

Avslutningsvis tycker jag att Kocktvedgaards citat är belysande: *”Benyttelsen af en andens velkendte varemærke indebærer altid en otilbørlig udnyttelse af egenverdien.”*¹⁴⁹

¹⁴⁸ SOU 2001:26 s. 266.

¹⁴⁹ Levin, NIR 1995 s. 470.

Litteraturförteckning

Böcker

- Bernitz, U: *Den svenska konkurrenslagen*, 1996, Norstedts Tryckeri , Stockholm 1996.
- Bernitz, U; Karnell, G; Pehrson, L & C, Sandgren. *Immaterialrätt*, Minab/Gotab, Stockholm 1983.
- Bernitz, U: *Marknadsföringslagen* . Nordstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997.
- Bernitz, U: *Svensk marknadsrätt*, Marknadsrättsförlaget AB, Stockholm 1991.
- Bernitz, U; Karnell, G; Pehrson, L,; Sandgren, C: *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Elanders Gotab AB, Stockholm 2001.
- Bieniaszewski Sandberg, A: *Goodwillskyddet enligt svensk immaterialrätt och marknadsrätt*, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Juristförlaget 1994.
- Gunnarsson, P: *Renommésnyltning och otillbörligt goodwillutnyttjande*, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Juristförlaget 1992.
- Holmqvist, L: *Degeneration of Trademarks*, Beson-Tryck AB, Malmö 1971.
- Kallifatides, J; Levin, M: *Immaterialrättsliga överlappningar*, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Jure bokhandel 2001.
- Levin, M: *Noveller i varumärkesrätt* , Gotab, Stockholm 1990.
- Levin, M: *Om förväxlingsbara och icke förväxlingsbara varumärken i ljuset av EG-rätten* ur Festskrift till Gunnar Karnell, Gotab AB, Stockholm 1999.
- Levin, M: *Suggestiv Reklam- otillbörlig marknadsföring eller ett naturligt sätt att påverka konsumenten*, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Liberförlag, Stockholm 1980.
- Levin, M; Wessman, R: *Varumärkesrättens grunder*, Gotab, Stockholm 1996.
- Löfgren, C: *Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter* .Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Juristförlaget 1991.
- Melin, F: *Varumärkesrätten som strategiskt konkurrensmedel*, Team Offset & Media, Malmö 1997.
- Nordell, *Festskrift till Ulf Bernitz*, NIR, Elanders Gotab AB, Stockholm 2001.
- Nordström, K.A, Ridderstråle, J: *Funky Business- talang får kapitalet att dansa*, Elanders Graphic Systems, Stockholm 1999.
- Pehrson, L: *Varumärken från konsumentsynpunkt*, Schmidts boktryckeri AB, Helsingborg 1981.
- Ståhl, F: *Konkurrensrättsliga aspekter på skyddet för väl ansedda varumärken*, Institutet för Immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet 1997.

Svensson, C.A; Stenlund, A; Brink, T; Ström, L-E: *Praktisk marknadsrätt*, Graphic Systems, Stockholm 1996.
Urde, M: *Märkesorientering*, Team Offset & Media, Malmö 1997.

Artiklar

Bernitz, Juridisk Tidskrift 1993/94 s. 540. "Förväxlingsbart utnyttjande av kännetecken och marknadsföringskoncept?".
Bernitz, NIR 1996 s 128. "Den nya svenska marknadsföringslagen".
Bernitz, NIR 1998 s. 185. "EG-direktivet om jämförande reklam och dess genomförande i Norden".
Grundén, NIR 1995 s 227. "Skyddet för kända och ansedda kännetecken".
Levin, Brand News 00/01 2001 s. 26. "Nästan allt kan vara ett varumärke".
Levin, NIR 1994 s. 516. "En ny nordisk känneteckensrätt inför 2000-talet".
Levin, NIR 1995 s 464. "Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU".
Levin, NIR 1996 s. 297. "Varumärkesrättsligt "designskydd" ur ett svenskt perspektiv".
Levin, NIR 2001 s. 327. "Kommentar till svensk rättspraxis – VM-rätt PBR upphäver Tulosba Akdows registrering".
Nordell, Juridisk tidskrift 1999-2000 s. 651. "Renommésnyltning i Marknadsdomstolen".
Nordell, NIR 1992 s. 482. "Att åberopa, använda, begagna eller utnyttja annans kännetecken".
Nordell, NIR 1998 s. 205. "Skyddet för kommersiellt särpräglade utstyrsalar i svensk känneteckens- och marknadsrätt".
Nordell NIR 2002 s. 103. "Upphovsrättsligt skydd för kännetecken".
Wessman, NIR 1998 s. 486. "Förväxlingsläran under förändring i Europa".

Offentligt tryck

Direktiv 89/104/EEG. Varumärkesdirektivet.
Pariskonventionen den 20 mars 1883 för industriellt rättsskydd.
Prop. 1970:57. Ny marknadsföringslag.
Prop. 1994/95:123. Ny marknadsföringslag.
SOU 1958:10. Ny varumärkeslag.
SOU 1993:59. Ny marknadsföringslag.
SOU 2001:26. Ny varumärkeslag.

Rättsfallsförteckning

C-251/95. *Puma-avgörandet*.
C-375/97 General Motors Corporation v Yplon SA, "*Chevyfallet*".
MD 1985:11 *Marlboro*.
MD 1987:10 *Pre-Glandin*
MD 1988:19 *Globen*

MD 1993:9 *Boss*.
MD 1994:22 *Kvantum*.
MD 1995:10 *Knorrället*.
MD 1996:3 *Partyman*.
MD 1999:21 *Robinson chips*.
MD 2000:25 *Hästensruta*.
MD 2001:26 *Alcro-Beckers*.
MD 2002:20 *Arla*
MD 2002:24 *Hästensruta..*
NJA 1967 s 458 *Polycolormålet*.
NJA 1988 s 543 *Levismålet*.
NJA 1989 s. 854. *Securitasmålet*.
NJA 1995 s. 635. *Gallianomålet*.
NJA 1998 s. 474 *Volvoservice*.
PBR 1999-04-23. *Tulusba Akdow*.
Stockholms Tingsrätt (T / -937-97) *Gilette*.
Uppsala Tingsrätt (1980 DT 828) *Rolls-Royce*.

Övrigt

Affärsplanering en handbok för nya tillväxtföretag, McKinsey & Co, Ekerlinds förlag, Stockholm 2000.
AWAPATENTs broschyr om varumärken.
Brand News 10/2000 s. 10.
Brand News 10/2000 s. 24.
Föredrag av Roland Paakaker, Nike, European Supply Chain Forum, Stockholm, den 4 september 2002.
Marknadsetiska Rådets uttalande 2/91 *Rolex*.
Marknadsetiska Rådets uttalande 7/96 *Röda korset*.
Näringsliv, Svenska Dagbladet 2002-07-12 "*Lägre priser eller utarmat förbud*".
Sydsvenskan 2002-07-30 "*Ericsson rasar på topplista över varumärken*".
Sydsvenskan 2002-11-06 "*Brist på konkurrens dyrt för konsumenterna*".
Teknik och vetenskap- magasinet om svensk forskning inom industri och akademi, årgång 17, no 4/2001, Forskningsförlaget AB, Göteborg.
Telefonsamtal med Mathias Dittrich, marknadsdirektör på Dagligvaruleverantörers Förbund den 3 juni 2002.
Telefonsamtal med Torsten Brink, jurist på Marknadsetiska Rådet den 29 oktober 2002.
Varumärkesrådets beslut nr 1:2002 *Gevalia*.
Varumärkesrådets beslut nr 2:2002 *Vienetta*.